



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

LUCIANA ROSA RIGO

ERRO DO JUDICIÁRIO E O PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA

Tubarão

2011

LUCIANA ROSA RIGO

ERRO DO JUDICIÁRIO E O PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel.

Linha de pesquisa: Justiça e Sociedade.

Orientador: Lauro José Ballock, Msc.

Tubarão

2011

LUCIANA ROSA RIGO

ERRO DO JUDICIÁRIO E O PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA

Esta monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 20 de junho de 2011.

Professor e Orientador Lauro José Ballock, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Léo Rosa de Andrade, Dr.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Walmor Coutinho, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

À minha família, pelo apoio dispensado a mim
em minha vida acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Não poderia deixar de agradecer ao meu marido, que sempre ofereceu apoio aos meus estudos. Por me disponibilizar a oportunidade de ingressar na vida acadêmica e não poupar esforços para que eu conclua esta etapa de minha vida.

Também aproveito para agradecer minha irmã Luana, que em muito contribuiu para que eu seguisse em frente.

À minha filha Bruna, do qual muitas vezes não pude dar a atenção necessária devido ao meu empenho pelos estudos.

Ao meu orientador, Lauro José Ballock, que demonstrou grande domínio em relação à matéria e sempre esteve disponível para solucionar quaisquer dúvidas.

E as minhas colegas de classe, como a Luciana Barbosa e a Carol que demonstraram o verdadeiro significado das palavras companheirismo e cooperação.

“Para se ter sucesso é necessário amar de verdade o que se faz.” (STEVE JOBS).

RESUMO

Neste presente estudo o tema abordado é o erro judiciário e o estado de inocência, cujo objetivo geral é analisar erro judiciário na decretação da prisão cautelar em face do princípio do estado de inocência. Para alcançar este objetivo foi utilizado o método dedutivo como método de abordagem, que visou analisar a responsabilidade do judiciário, bem como foram utilizadas doutrinas a respeito desse assunto a fim de se chegar a uma conclusão para a responsabilização do Estado e do judiciário na decretação de uma prisão cautelar injusta. Partindo-se assim de premissas gerais, para uma conclusão específica. Quanto ao procedimento utilizado na coleta de dados, não poderia se dar outra classificação a esta pesquisa se não à de pesquisa bibliográfica, onde a análise de obras e atuais teorias a respeito do assunto proposto será a principal forma de coleta de dados com o intuito de dar um maior conhecimento a respeito do assunto. Pelo estudo, a conclusão que se verificou, foi de que o juiz não pode ser motivado pelo clamor público, para prender um suposto acusado, pois há um princípio importante a ser observado, que é o estado de inocência. Se esse princípio não for observado, consequentemente o Estado e o juiz deverão ser responsabilizados.

Palavras-chave: Estado de inocência. Erro Judiciário. Prisão ilegal. Indenização.

ABSTRACT

In this study the theme addressed is the miscarriage of justice and the state of innocence, whose general objective is to analyze the miscarriage of justice in the precautionary prison adjudication in the face of the principle of state of innocence. To achieve this objective the deductive method was used as a method of approach, which aimed to analyze the responsibility of the judiciary, and doctrines on this subject were also used in order to reach a conclusion to the accountability of the state and the judiciary in the adjudication of a precautionary unjust imprisonment. Basing on general assumptions to reach a specific conclusion. Concerning the procedure used to collect data, this research could not have another classification than research literature, where the analysis of works and current theories on the subject will consist in the main form of data collection in order to give a better understanding of the subject. Through the study, the conclusion verified was that the judge should not be motivated by public outcry, to arrest an alleged accused, because there is an important principle to be observed, which is the state of innocence. If this principle is ignored, hence the state and the judge should be held accountable.

Keywords: State of Innocence. Miscarriage of Justice. Illegal Prison. Indemnification.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. -Artigo

CF - Constituição Federal

CPP - Código de processo penal

CC - Código Civil

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA	11
1.2 JUSTIFICATIVA	12
1.3 OBJETIVOS	12
1.3.1 Objetivo geral	12
1.3.2 Objetivos específicos	13
1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS	13
1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS	14
2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO PENAL	15
2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	15
2.2 PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA	17
2.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	19
2.3.1 Sub princípios da proporcionalidade	22
2.3.1.1 Sub princípio da adequação	22
2.3.1.2 Sub princípio da necessidade	23
2.3.1.3 Sub princípio da proporcionalidade em sentido estrito	24
3 PRISÃO CAUTELAR	25
3.1 REQUISITOS DAS MEDIDAS CAUTELARES	25
3.2 TIPOS DE PRISÃO CAUTELAR	27
3.3 PRISÃO EM FLAGRANTE	28
3.3.1 Requisitos e fundamentação da prisão em flagrante	29
3.4 PRISÃO TEMPORÁRIA	30
3.4.1 Requisitos da prisão temporária	30
3.5 PRISÃO PREVENTIVA	32
3.5.1 Motivação da prisão preventiva	34
3.6 FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DA PRISÃO PREVENTIVA	36
3.6.1 Garantia da ordem pública	36
3.6.2 Garantia da ordem econômica	37
3.6.3 Conveniência da instrução criminal	38
3.6.4 Assegurar a aplicação da lei penal	39
4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	40

4.1 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO.....	42
4.1.1 Princípios da irresponsabilidade total	42
4.1.2 Princípio da responsabilidade do Estado	43
4.1.3 Sistema misto	43
4.2 TIPOS DE RESPONSABILIDADE	44
4.2.1 Responsabilidade objetiva	44
4.2.2 Responsabilidade subjetiva.....	45
4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO JUIZ	46
4.4 RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ERRO JUDICIÁRIO FRENTE A PRISÃO REVENTIVA	47
4.5 INDENIZAÇÃO DA PRISÃO ILEGAL POR ERRO JUDICIÁRIO	49
4.6 ERRO JUDICIÁRIO	52
5 CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS	55
ANEXO - Alterações da Lei 12403/2011	59

1 INTRODUÇÃO

Devido ao atual número cada vez mais crescente, de prisões cautelares injustas e indevidas, nasce a partir daí, a responsabilidade do Estado e do juiz, a fim de proteger o cidadão supostamente acusado de um crime não cometido, em nome do princípio constitucional do estado de inocência.

O Estado querendo dar uma resposta imediata para sociedade que clama por justiça, coloca antecipadamente alguém na prisão, o que, no entanto, se descobre mais tarde que essa mesma pessoa, não foi o autor do crime.

Há então um confronto entre o Estado e o cidadão acusado de um delito não praticado.

1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

O exercício da função jurisdicional impõe ao juiz o dever de dizer o direito, ou seja, de determinar a incidência da norma ao caso concreto, de interpretar e buscar uma aplicação mais justa possível, que fica vinculada à decisão, através da sentença.

Contudo, a necessidade de se adotar certas providências, a fim de se evitar o risco de agravamento de condição, a perda de objeto, leva o juiz a tomar certas cautelas, até que profira a sentença. Entre esses provimentos, constam as medidas cautelares, que têm como objetivo, salvaguardar provas ou a sua antecipação, a busca de informes de modo extraordinário, sendo que, em determinadas ocasiões, a providência se faz imperiosa. (MARTINS, 2004, p.116). O magistrado necessita do preenchimento de requisitos específicos para a concessão das cautelares. Em crimes de grande repercussão, principalmente aqueles que aparecem na mídia, a população espera que se tomem providências imediatas, como a prisão do acusado, independente de haver qualquer sentença. O juiz, movido pelo clamor público e muitas vezes sem os requisitos necessários para decretar a prisão preventiva, acaba por prender um ser humano, desrespeitando leis e princípios. Os juízes que promovem o julgamento antecipado dos casos penais, no momento em que decretam a prisão preventiva dos acusados, baseando-se na garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, ao invés de garantirem um processo penal acusatório, criam um processo penal inquisitório, violando o

tão consagrado princípio constitucional do estado de inocência. Indaga-se, então, aqui se as prisões cautelares estão ferindo, desta maneira, o princípio constitucional do estado de inocência, por meio do exercício jurisdicional errôneo.

1.2 JUSTIFICATIVA

O presente estudo serve como instrumento de prevenção de erros judiciários, baseados em indícios que não seriam suficientes para se promover uma prisão cautelar, em face do clamor público, por exemplo, que pressiona muitas vezes o juiz a tomar como uma das providências a prisão do suposto acusado, violando um dos mais preciosos princípios que é do estado de inocência, conforme preceitua o art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Mas, segundo decisão do Superior Tribunal de Justiça, “[...] quando o crime praticado se reveste de grande crueldade e violência, causando indignação na opinião pública, fica demonstrada a necessidade da cautela.” (RT, 656/374). Esta decisão contradiz o princípio constitucional do estado de inocência. Por meio desta análise, este trabalho visa a impedir que inocentes respondam por atos não praticados e a impedir prisões preventivas com fundamentos inconstitucionais, sob o argumento do Poder Judiciário, de que tem a obrigação de dar uma resposta em tempo razoável à sociedade. É relevante mostrar que esta afirmação não pode ser aceita e que se o juiz não tiver a predisposição de condenar o acusado antecipadamente, não estará preocupado com os clamores sociais, diga-se “ordem pública” que, em muitos casos, serve como fundamento para a prisão cautelar injusta.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo geral

Analisar o erro judiciário na decretação da prisão cautelar em face do princípio do estado de inocência.

1.3.2 Objetivos específicos

Analisar como a pressão popular influencia na opinião do juiz que, o qual devido mais a ela, pode decretar uma prisão cautelar sem justa causa.

Verificar a influência do clamor público, sobre a decisão do juiz ao conceder uma prisão cautelar.

Demonstrar as principais consequências que uma prisão antecipada trás para o condenado.

Verificar a responsabilidade do estado pelo erro Judiciário.

1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Este trabalho se utilizará do método dedutivo como método de abordagem, visando analisar a responsabilidade do judiciário, bem como doutrinas a respeito desse assunto a fim de se chegar a uma conclusão para a responsabilização do Estado e do judiciário na decretação de uma prisão cautelar injusta. Partindo-se assim de premissas gerais, para uma conclusão específica.

A pesquisa se identifica como exploratória quanto ao seu nível de profundidade, pois visa proporcionar um maior conhecimento acerca do assunto.

Quanto ao procedimento utilizado na coleta de dados, não poderia se dar outra classificação a esta pesquisa se não a de pesquisa bibliográfica, onde a análise de obras e atuais teorias a respeito do assunto proposto será a principal forma de coleta de dados, visando dar um maior conhecimento à respeito do assunto.

O principal instrumento de coleta de dados da monografia, segundo o tipo de pesquisa utilizado na coleta de dados será a leitura do material selecionado, bem como subsidiariamente a legislação concernente ao tema proposto e eventuais trabalhos científicos, doutrinas, jurisprudências, e notícias a respeito do assunto.

1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS

O desenvolvimento da monografia foi estruturado em três capítulos.

No primeiro capítulo foi tratado acerca dos princípios constitucionais penais norteadores, dos direitos fundamentais do cidadão. Foi conceituado os três mais importantes para esse trabalho, que são os princípios da dignidade da pessoa humana, estado de inocência e o princípio da proporcionalidade.

No segundo capítulo foi tratada acerca das prisões cautelares, entre elas, a prisão em flagrante, a temporária e em especial a prisão preventiva, que é objeto desse trabalho.

No terceiro capítulo foi abordada a responsabilidade do Estado, em decorrência do erro judiciário e também a indenização devida para as vítimas desse erro. Foi comentado acerca do erro judiciário em relação à prisão preventiva e suas consequências na vida da sociedade e do cidadão.

2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO PENAL

Princípios são o que existe de mais importante no mundo do Direito, sendo que nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio. Para Nunes (2002, p.19), “[...] o princípio, em qualquer caso concreto de aplicação das normas jurídicas, da mais simples à mais complexa, desce das altas esferas do sistema ético- jurídico em que se encontra para imediata e concretamente ser implementado no caso real que se está a analisar.’

Serão tratados na presente monografia, os princípios da dignidade da pessoa humana, estado de inocência e princípio da proporcionalidade.

2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos princípios basilares relevantes na vida do ser humano e, por tamanha importância, não poderia ficar de fora, quando está em jogo a liberdade de um ser humano. Martins (2004, p.38) assim ressalta a relevância desse princípio:

Para esse princípio, deve-se pressupor a existência de respeito à vida e à, integridade física do ser humano, como a presença de condições mínimas para a existência digna, resguardadas a intimidade e a identidade do indivíduo, como a garantia para com outrem, sem que se possa excluir também sua condição psicofísica.

Esse princípio tem tamanha importância que vem edificado como princípio fundamental em nossa Constituição, que tem como um de seus fundamentos: a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988).

O princípio da dignidade da pessoa humana vem acima de tudo, é um direito fundamental, imprescindível, pelo que, na administração do Estado, nos atos do executivo ou na promulgação de leis esse princípio precisa ser observado.

Precisa mais ainda ser observado pelo Judiciário, na hora de se decidir uma prisão, ainda mais se ela for ilegal, devido ao erro judiciário, ofendendo esse princípio fundamental que é a dignidade da pessoa humana. Nesse mesmo sentido ressalta Nanni(1999, p. 65):

[...] o respeito à dignidade da pessoa humana não deve ficar apenas no discurso, é missão irrenunciável do Judiciário, que deve respeitar a pessoa humana, evitando e

coibindo quaisquer lesões, reprimindo todas as pessoas transgressoras, inclusive o órgão estatal e os próprios atos emanados desse Poder,obstando-se prisões ilegais, erros judiciários, abusos desenfreados ou qualquer outro ato que ofenda a pessoa em sua dignidade, compreendida esta na mais ampla acepção possível.

A intolerância entre os seres humanos, os abusos por parte do Poder Público, as grandes guerras, principalmente a última delas, a Segunda Grande Guerra Mundial, fez com que se tomassem atitudes para coibir atos de selvageria com seus semelhantes. Esses atos muitas vezes são praticados pelo próprio Estado que deveria servir de exemplo para os seus cidadãos.

O grande marco,para o ressurgimento dos Direitos Humanos, foi a Segunda Grande Guerra Mundial, que trouxe uma forte reação de toda comunidade internacional, da qual houve a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948, que dispõe em seu art. 1º, que “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos mais importantes princípios, é ele que dá a diretriz para a harmonização dos princípios.

Para Nunes (2002, p.57),

[...] forçoso repetir que é dever de todos, especialmente aqueles que militam no campo jurídico-advogados, promotores de Justiça, juizes, professores de Direito, etc., pautar sua conduta e decisões pela necessária implementação real do respeito à dignidade da pessoa humana, princípio absoluto!

De acordo com o autor, não se pode tomar decisões sem a observância desse princípio constitucional, cuja respeitabilidade consiste na consideração da existência humana.

Salientando o valor desse princípio, Moraes (2002, p.128) afirma que:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas, sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Portanto esse princípio enquanto qualidade moral do homem infunde respeito, pois está associada à sua honra, decoro, às expressões de decência, à consciência do próprio valor,mas mesmo diante da necessidade da aplicação desse princípio, verifica-se com muita frequência situações que é violado, ou seja, não respeitado.

Segundo Carvalho (2007, p.284), “São imprescindíveis à dignidade: o direito à vida, à igualdade, à integridade física e psíquica, à honra, assim como todos os demais direitos fundamentais que têm na dignidade da pessoa humana uma referência valorativa unificadora.”

Esse princípio, a dignidade da pessoa humana, depende da proteção e garantia dos direitos fundamentais sem os quais não se realiza. A dignidade por ser qualidade intrínseca ao ser humano, ela é irrenunciável e alienável e configura-se como elemento essencial e natural da pessoa humana.

2.2 PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA

Esse princípio retrata que todos são inocentes até que haja uma condenação transitada em julgado.

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, está disposto que “nenhuma pena será imposta ao réu antecipadamente”.

Para Tourinho Filho (2008, p. 62), “a prisão antecipada se justifica como providência exclusivamente cautelar, vale dizer, para impedir que a instrução criminal seja perturbada ou, então, para assegurar a efetivação da pena.” Ou seja, para que alguém seja privado de sua liberdade, a prisão antecipada tem que ser justificada. A Constituição consagra em seu art. 5º, inciso LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” Diante desse princípio verifica-se que a regra é a liberdade, e que a prisão é exceção. Se o réu é presumidamente considerado inocente, sua prisão antes da sentença condenatória transitada em julgado, somente será admitida em nível de cautela. Segundo Tourinho Filho (2008, p.64),

A prisão provisória, qualquer que seja, só se justifica se for necessária. E mais: necessária aos fins do processo. [...] Do contrário, o réu estaria sofrendo uma pena antecipadamente, e isso violenta o princípio da presunção de inocência. Não havendo perigo de fuga do indiciado ou imputado e, por outro lado, se ele não estiver criando obstáculo à averiguação da verdade buscada pelo juiz, a prisão provisória torna-se medida inconstitucional.

Muitas vezes, o juiz, pressionado pelo clamor público, coloca antecipadamente um inocente na prisão, o que contradiz o princípio do estado de inocência. A garantia da ordem pública, como um dos requisitos que o juiz usa para decretar uma cautela, nem sempre é mais adequado. O clamor público, na maior parte das vezes, traz consequências sérias,

fazendo com que o juiz coloque na prisão o indivíduo que está sendo investigado. Um dos fundamentos usados pelo juiz para decretar uma prisão cautelar, é a argumentação de que a prisão provisória é baseada na garantia da ordem pública e, que se não for decretada a prisão, a credibilidade da justiça fica comprometida. Para Dalabrida (2004, p. 87), “a prisão preventiva só pode ser adotada em caráter excepcional, em situações em que a liberdade do acusado possa comprometer o regular desenvolvimento e a eficácia da atividade processual.” No entanto, o princípio do estado de inocência precisa ser observado, porque além de ser uma garantia constitucional, tem que analisar o ser humano, a privação de sua liberdade, as consequências sérias que uma prisão indevida acarreta na vida deste ser. Esse princípio tem um peso importante, e precisa ser analisado. Portanto, na dúvida, não prende.

Diante do quadro sociocultural em que vive a sociedade, a violência merece destaque, aliás, não é exclusividade brasileira e a presunção de culpabilidade de outros tempos parece ganhar força. Do modo como a violência é mostrada pelos meios de comunicação, passível de crítica, percebe-se que a presunção de inocência, acaba por sair violada.

Segundo Gomes (1998, p. 116), “viola-se a presunção de inocência como regra de garantia quando, na atividade acusatória ou probatória, não se observa estritamente o ordenamento jurídico.” Diante disso tudo, como fica o princípio do estado de inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado? De acordo com o entendimento de Camargo (2005, p. 257),

Enquanto não sobrevier uma sentença condenatória irrecorrível, ou seja, enquanto essa não afirmar definitivamente a culpa e lhe determinar a respectiva pena, o acusado tem que ser tratado como inocente, o que naturalmente, inclui a manutenção do seu estado de liberdade física.

Muitas vezes o juiz decreta a prisão provisória sem preencher os requisitos necessários, que é o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, violando o princípio do estado de inocência. Acerca do tema, assevera Capez (2009, p. 278):

Sem preencher os requisitos necessários gerais da tutela cautelar (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), sem necessidade para o processo, sem caráter instrumental, a prisão provisória, da qual a prisão preventiva é espécie, não seria nada mais do que uma execução da pena privativa de liberdade antes da condenação transitada em julgado, e, isto sim, violaria o princípio da presunção de inocência.

Há autores que usam expressões consideradas mais adequadas que o *fumus boni iuris*, pelo *fumus commissi delicti*, e o *periculum in mora* pelo *periculum libertatis*, caso em que trataremos melhor à frente.

Na dúvida, não deveria o juiz condenar o indivíduo que está sendo investigado, porque consequências sérias podem acarretar na vida do ser humano, desde a impossibilidade de ser inserido no ambiente de trabalho, até seu convívio familiar fica comprometido.

Quanto a isso, Capez (2009, p. 39) ressalta que “A dúvida sempre beneficiao acusado. Se houver duas interpretações, deve-se optar pela mais benéfica; na dúvida, absolve-se o réu, por insuficiência de provas [...]”. O princípio do estado de inocência possui função relevantíssima, exigindo que toda privação de liberdade antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, deva ter natureza cautelar, com a imposição de ordem judicial totalmente motivada.

Esse princípio não admite a antecipação dos resultados finais do processo, ou seja, se a prisão não tiver razões de extrema necessidade, ligadas a efetividade do processo ou da própria realização da jurisdição penal, não há por que prender antecipadamente.

Para Oliveira (2008, p.415) é necessário, “[...] que essa fundamentação seja construída em bases cautelares, isto é, que a prisão seja decretada como acautelamento dos interesses da jurisdição penal, com a marca da indispensabilidade e da necessidade da medida.”

2.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade tem extrema importância no direito penal e deve ser respeitado pelo julgador, que deverá aplicá-lo, observando-se a necessidade e adequação da medida à gravidade do crime. Ele serve como um limite à intervenção do Estado na esfera da liberdade individual do cidadão, de que se verifica a necessidade de se levar em consideração, quando se tratar de estabelecer o alcance da pretensão punitiva.

Esse princípio está previsto no artigo 282 do CPP, que ressalta:

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.

Esse princípio impõe proteção ao indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas, que causem aos cidadãos danos mais graves que o normal.

É considerado um dos princípios mais importantes para o Direito em geral, com uma particularidade em especial para o direito penal.

Para Queiroz(2005, p. 32-33), “[...]o referido princípio é o mais importante do Direito Penal, na medida em que tudo no Direito Penal é proporcionalidade, pois tudo o que se discute na esfera penal passa pelos juízos de necessidade, adequação, proporcionalidade, isto é, intervenção jurídico- penal.”

Porém, verifica-se uma grande dificuldade para encontrar o verdadeiro limite de restrição de direitos, sem impor ao indivíduo uma restrição desproporcional a um direito fundamental.

Para Nunes (2002, p.41),

[...] o princípio da proporcionalidade se impõe como instrumento de resolução do aparente conflito de princípios. Quando o intérprete se depara com uma circunstância na qual um princípio colide com o outro, um dos principais meios de que ele pode se utilizar para solucionar o problema é, exatamente, o princípio da proporcionalidade - quer ele se declare, quer não; quer tenha consciência disso ou não.

Para se conseguir essa proporcionalidade, não será fácil, devido ao número elevado de infrações penais existentes em nosso ordenamento jurídico.

Se o juiz, ao analisar as circunstâncias judiciais, concluir que todas são favoráveis ao agente, não poderá determinar a pena-base na quantidade máxima cominada, o que levaria a aplicar uma pena desproporcional ao fato praticado.

O princípio da proporcionalidade deve ser ponderado, esse é o raciocínio de Silva Franco (1997, p. 67), que assim ressalta:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver umdesequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (quetem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).

O princípio da proporcionalidade e da adequação tem que ter uma harmonia, uma moderação, um equilíbrio por parte do órgão julgador, e que este não seja arbitrário, que aja de acordo com a situação, com o momento.

Para Quirino (1999, p.23), “segundo esse princípio, as medidas de cautela adotadas para garantir a efetividade do processo penal devem ser adequadas ao caso concreto e proporcionais à gravidade do crime e à pena que possivelmente possa ser aplicada ao mesmo.”

Esse princípio tem uma exacerbada importância, pois está dentro da seara dos direitos fundamentais. É um procedimento que conduz a uma solução do caso concreto.

Quando há um choque de direitos fundamentais e o interesse do Estado, Moraes (2008, p.32) assim afirma,

Tratando-se do âmbito da persecução penal, no qual os conflitos surgem do entrelaçamento entre os direitos fundamentais(individuais) e o interesse persecutório, (estatal), a proporcionalidade interfere para determinar quanto aqueles direitos podem ceder, sem que essa compressão signifique sua supressão.

A proporcionalidade é posta na defesa das garantias fundamentais do cidadão, mas não significa que são sempre superiores ao interesse persecutório. Os direitos fundamentais não são absolutos, a ponto de impedirem que qualquer ato persecutório restritivo de direito fundamental seja vedado. Moraes (2008, p.32) afirma que, “A difícil tarefa da proporcionalidade reside em, diante do caso concreto, delimitar até que ponto esses direitos poderão ser comprimidos ou, da perspectiva persecutória, até que ponto o interesse investigativo pode adentrar na esfera jurídica do cidadão.”.

Ocorrerá violação ao princípio da proporcionalidade sempre que houver dois valores legítimos a serem pesados, e o julgador priorizar um deles, a partir do sacrifício exagerado do outro.

O princípio da proporcionalidade, para Luisi(2003, p. 184), “[...] há de ser proporcional à importância do bem, à gravidade da ofensa e à intensidade de culpabilidade do agente.”

Esse princípio é protetor dos direitos fundamentais, ele cumpre a função de controle da arbitrariedade do Estado. Por ser um princípio jurídico que não está expresso na Constituição, mas sim implícito, mesmo assim tem condições de ser exigido em decorrência da sua natureza, exercendo função que limita a atuação do Estado, proibindo o excesso de arbítrio e impondo obediência ao princípio da proporcionalidade.

Para Stumm (1995, p. 121),

Enquanto manifestação do Princípio do Estado de Direito, deve ser o princípio da proporcionalidade, além de material, procedimental, pois deve o Estado de Direito atender ao princípio da unidade e ao da concordância prática ao concretizar o conteúdo da Constituição.

O respeito ao conteúdo constitucional deve atender, no entendimento de Canotilho (1991, p.352),a “especificidade(conteúdo, extensão, e alcance) o sacrifício unilateral de um princípio em relação aos outros, antes aponta para a harmonia dos mesmos, de forma a obter-se a máxima efectividade de todos eles.”

2.3.1Sub princípios da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é estruturado por três subprincípios: princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Não se pode negar a imprescindibilidade da observância destes subprincípios: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, no âmbito do direito penal, uma vez que este apenas se legitima quando oferece a mais efetiva tutela aos bens jurídicos constitucionais em conflito. Cabe ressaltar que devido à sua extrema importância, Moraes (2008, p. 37) assevera que, “[...] esses requisitos somente podem ser examinados diante do caso concreto, quando são oferecidos todos os dados fáticos ao juízo de ponderação, permitindo-lhe a avaliação jurídica da oportunidade e a medida para qualquer restrição de direitos de um indivíduo específico.”

2.3.1.1 Sub princípio da adequação

Esse princípio determina que se averigue, no caso concreto, se a decisão normativa do direito fundamental atinge a finalidade almejada, ou seja, se a medida é útil e apropriada para atingir à finalidade perseguida. Para D’Urso (2007, p. 67), “O meio escolhido que se preste para atingir o objetivo último deve revelar-se adequado porquanto implica na inexistência de outro igualmente eficaz e menos danoso a direitos fundamentais.” Adequação implica conformidade e utilidade ao fim pretendido, o meio a ser escolhido deverá ser adequado visando ao atingimento do resultado pretendido.Existem violações a este princípio, que assim especifica Mello (2007, p. 213),

[...] a violação ao princípio da adequação pode ser percebida no processo penal, em face da inutilidade, ou do desvio de finalidade, de determinadas medidas cautelares,

que são determinadas sem que as mesmas possuam qualquer utilidade instrumental, mas sim como verdadeira antecipação de pena, como, por exemplo, nos casos de prisão preventiva em face da ordem econômica, pois na verdade está se antecipando injustificadamente uma privação da liberdade, e não assegurando qualquer utilidade ou eficácia para o processo.

O não respeito a esse princípio fere direitos fundamentais, como o caso de uma prisão antecipada, que se fundamenta na ordem econômica. Segundo Oliveira Pacelli (2005, p. 409),

[...]a magnitude da lesão não seria atenuada e os efeitos da conduta não seriam diminuídos com a prisão preventiva do autor, assim seria mais adequado o sequestro e a indisponibilidade de bens, em vez da segregação da liberdade, inadequada para atingir o fim que almeja.

Do mesmo modo, não são adequadas prisões provisórias para crimes de menor potencial ofensivo, ou para situações em que é cabível a aplicação de penas alternativas ou quando há a possibilidade de fixação de regime aberto, caso em que estariam violando este princípio, e conseqüentemente, violando direitos fundamentais do ser humano.

2.3.1.2 Sub princípio da necessidade

O requisito da necessidade também é denominado de intervenção mínima, de subsidiariedade ou da alternativa menos gravosa. Esse requisito será analisado depois de observado o princípio da adequação. Esse requisito determina uma escolha comparativa, que será realizada pelo julgador, entre as opções já tidas como idôneas à satisfação do fim perseguido. O requisito da necessidade possui como características: o respeito à intervenção e à restrição mínima da esfera de direitos do sujeito que sofrerá a medida; a otimização dos direitos fundamentais diante das restrições a serem determinadas; e a comparação empreendida, segundo o critério de eficácia, entre os meios idôneos. Para Moraes (2008, p.38), “[...]o julgador, no instante de verificar esse requisito, deve sempre partir da perspectiva da defesa dos direitos fundamentais, preservando-os ao máximo diante da perseguição que se mostra necessária.”

Entende-se por necessidade, o emprego do meio mais hábil para alcançar o fim almejado, cabendo ao julgador escolher dentre os meios adequados, aquele que trouxer o menor número possível de consequências negativas a quem vai ser julgado.

2.3.1.3 Sub princípio da proporcionalidade em sentido estrito

Para o requisito da proporcionalidade em sentido estrito, cabe verificar se a medida utilizada ocasionará mais vantagens do que desvantagens ao indivíduo. Constitui requisito para a ponderação de resultados a adequação entre meios e fins. Para Stumm (1995, p.80), “A questão que se deve avaliar é como e em que grau se pode justificar uma ponderação orientada ao Direito.” Deve haver uma proporção entre os meios e os fins obtidos, impedindo a adoção de medidas excessivas e desproporcionais, que possam causar danos para o cidadão. A partir do momento que se verificar um conflito, a decisão dele vai exigir uma ponderação. Segundo Nunes (2002, p.43), “Deve-se empregar o meio que se mostrar mais vantajoso para a promoção do princípio prevalecente, mas sempre buscando desvalorizar o mínimo os demais.”

3 PRISÃO CAUTELAR

As prisões cautelares não têm nenhuma relação com o fato praticado pelo acusado, mas sim, a necessidade de garantir a eficácia da investigação ou de uma futura condenação. A garantia da ordem pública também é um dos requisitos das prisões cautelares. As prisões cautelares são alvo de polêmicas, porque há um choque entre a liberdade e o poder estatal de aplicar penas, penas estas que não obstante ultrapassam os limites, colocando antecipadamente nas cadeias, muitas vezes, inocentes. Para Gemaque (2006, p.55), “Conforme o grau de desenvolvimento cultural e político de determinado povo, mais seguros e bem delineados serão os mecanismos de exercício da poder estatal de utilização das prisões cautelares.” As prisões cautelares muitas vezes ofendem o princípio da dignidade da pessoa humana. O crescimento cada vez mais acentuado da criminalidade, o clamor público, faz com que o Estado tome providências, muitas vezes antecipadamente. Segundo Gemaque (2006, p. 57),

[...] na medida em que atualmente, diante da crescente criminalidade e do medo da sociedade moderna diante disso, existe um crescente clamor, incentivado e incrementado pela mídia, no sentido de recrudescer as medidas cautelares, aplicando-as como antecipação da pena definitiva, para fazer frente a crescentecriminalidade.

3.1 REQUISITOS DAS MEDIDAS CAUTELARES

Os requisitos para a decretação das medidas cautelares são o *fumus commissi delicti*, ou seja, fumaça do cometimento de um fato punível e o *periculum libertatis*, que nada mais é que o perigo da liberdade do agente, porque muitas vezes o agente estando em liberdade pode trazer riscos para a sociedade.

Há doutrinadores que ainda usam expressões consideradas não adequadas no sistema penal, que é o *fumus bonis iuris* e o *periculum in mora*. Segundo Gomes (2011, p. 33), “Essa terminologia é adequada ao processo civil. Não corresponde em nada com as finalidades do processo penal.” Ainda nesse sentido, Gomes (2011, p.33-34) assevera que, “o requisito basilar das medidas cautelares é o *fumus commissi delicti*, e que o fundamento de todas as medidas cautelares é o *periculum libertati*.”

Porém, existem do tema, doutrinadores como Capez, que tem entendimento diverso. Acerca assevera Capez (2009, p. 278):

Sem preencher os requisitos necessários gerais da tutela cautelar (*fumus bonis iuris* e *periculum in mora*), sem necessidade para o processo, sem caráter instrumental, a prisão provisória, da qual a prisão preventiva é espécie, não seria nada mais do que uma execução da pena privativa de liberdade antes da condenação transitada em jugado, e, isto sim, violaria o princípio da presunção de inocência.

Há autores que substituem a expressão *fumus bonis iuris* por *fumus commissi delicti* porque consideram mais adequada. Nesse sentido, Lopes Júnior (2011, p.14) assim justifica seu entendimento,

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto afirmar que o requisito para a decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios de autoria.

Seguindo a mesma linha a doutrina também considera equivocada a expressão *periculum in mora*, substituindo-a por *periculum libertatis*. Nesse sentido, Gomes (2011, p. 34) afirma que,

Não se mostra correto falar em *periculum in mora* no âmbito das medidas cautelares pessoais. Isso se justifica em relação às medidas reais. Não é a mora ou a demora que justifica a adoção de medidas cautelares pessoais, sim, é o estado de liberdade do agente que constitui o fundamento dessas medidas.

O fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo que o acusado pode criar, em razão da sua liberdade. Segundo Gomes (2011, p.34),

É o *periculum libertatis* que justifica a aplicação das medidas cautelares pessoais. O agente, estando em liberdade absoluta, pode representar risco concreto para bens jurídicos alheios. É isso que fundamenta a adoção de medidas cautelares. [...] A regra é a liberdade sem nenhuma restrição. Mas o juiz, para garantir o sucesso final do processo e do direito de punir, pode deferir medidas no curso do processo (ou da investigação) [...].

Portanto, para a decretação de medidas cautelares se faz necessária a prova da existência de um crime, ou seja, de um fato punível, e que haja indícios suficientes de autoria, que é o *fumus commissi delicti*, e, ainda, que o agente, que está em liberdade absoluta, possa apresentar risco concreto para a sociedade que é o *periculum libertatis*.

3.2 TIPOS DE PRISÃO CAUTELAR

No direito brasileiro, existem dois tipos de prisão: a de natureza provisória ou cautelar e a prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado.

Nos entendimentos de Gomes e Marques (2011, p.17), “As prisões processuais existentes no Brasil são: prisão preventiva e a prisão temporária, as demais foram revogadas pela Lei 12.403, de maio de 2011.”

Para Gomes (2011, p. 25),

Agora com o advento da lei de reforma do CPP, nos termos do art.283 (nova redação), passamos a contar com duas situações de prisão cautelar: (a) a temporária e (b) a preventiva. A prisão em flagrante, quando presentes os requisitos do art. 312 do CPP, deve ser convertida em preventiva (nos termos do novo art. 310, do CPP).

Alguns autores como Gomes tem esse tipo de posição, mas a prisão em flagrante, para muitos doutrinadores, tem caráter pré-cautelar. Nesse mesmo sentido, Bonfim (2011, p.58) afirma que,

Por derradeiro, insta salientar que, antes do advento da Lei n.12.403/2011, a ‘prisão em flagrante’ (arts.301 a 310 do CPP) também poderia ser incluída facilmente como modalidade de *prisão cautelar* ou *prisão provisória*. Não obstante, conforme se infere do art.310 do CPP, essa modalidade perdeu seu caráter autônomo, passando a figurar como verdadeira medida ‘pré-cautelar’ ou ‘subcautelar’.

Três são os tipos de prisões cautelares no entendimento de Bonfim (2011, p.58),

A prisão processual penal, também denominada prisão cautelar ou prisão provisória, subdivide-se em três modalidades: a) prisão preventiva (arts. 311 a 318 do CPP); b) prisão temporária (única modalidade de prisão prevista em lei extravagante- Lei n. 7960, de 21-12-1989); c) prisão domiciliar (arts. 317 e 318 do CPP). Trata-se de uma nova modalidade de prisão, acrescentada pela Lei n.12.403/2011, que já vinha sendo reconhecida e aplicada pela jurisprudência.

Para Lopes Junior (2011, p. 36) “Com esse sistema, o legislador consagrou o caráter **pré-cautelar da prisão em flagrante**.” (Grifo do autor). O flagrante no entendimento desse autor, não é uma medida cautelar, mas sim pré-cautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final de um processo e sim, que o detido esteja à disposição do juiz, para que ele adote ou não uma medida cautelar.

Têm também, com a nova alteração da lei, o art. 318 do CPP, que trás a prisão domiciliar como medida cautelar. Acerca do assunto assevera Nucci (2011, p.79) “A prisão domiciliar é uma forma alternativa de cumprimento da prisão preventiva; em lugar de se

manter o preso em cárcere fechado, é inserido em recolhimento ocorrido em seu domicílio, durante as 24 horas do dia.”

Seria nesse caso uma faculdade do juiz, mas também uma solução provisória, para se manter aquele em que se está investigando, em vez de mandá-lo para a prisão para ter que soltá-lo depois. Mas, depende do preenchimento de alguns requisitos que estão elencados no art. 318 do CPP, da nova alteração da lei.

3.3 PRISÃO EM FLAGRANTE

A prisão em flagrante, para Lopes Junior não deve ser considerada como medida cautelar. Mas isto não impede a prisão da pessoa flagrada na prática infração, ou seja, quando alguém é surpreendido praticando um delito ele pode e deve ser preso em flagrante, mas nas vinte e quatro horas subsequentes, se o juiz entender que o investigado deve ser mantido preso, deverá converter o flagrante em prisão preventiva. De acordo com o entendimento de Lopes Junior (2011, p.35),

A doutrina brasileira costuma classificar a prisão em flagrante, prevista nos arts. 301 e seguintes do CPP, como medida cautelar. Trata-se de um equívoco, a nosso ver, que vem sendo repetido sem maior reflexão ao longo dos anos e que agora, com a reforma processual de 2011, precisa ser revisado.

No entanto, existem autores que a consideram uma medida cautelar, a partir do momento em que o juiz passa a ter conhecimento. Nesse sentido, Nucci (2011, p. 54),

A partir do momento em que o magistrado mantém a prisão, torna-se esta medida cautelar de natureza judicial, de inteira responsabilidade do Poder Judiciário, encontrando respaldo constitucional, visto que, qualquer do povo pode prender, mas somente o juiz pode manter a prisão.

A prisão em flagrante se inicia com caráter administrativo, passando a ser medida cautelar, no momento em que o juiz passa a ter conhecimento da prisão. No mesmo entendimento, Nucci (2011, p. 54) afirma que:

Inicia-se a prisão em flagrante por força do poder de polícia estatal, conferindo nessas hipóteses, a qualquer pessoa; por isso, seu caráter administrativo. Na sequência, apresenta-se o auto de prisão formalizado ao juiz competente, que poderá analisar o seu conteúdo extrínseco e intrínseco. Considerando correta a prisão, sob os aspectos legais, mantém o auto, restando-lhe avaliar se é cabível a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança.

Para tanto é uma obrigação do Estado e uma faculdade para os particulares, evitar a continuidade da ação delitiva, detendo o autor da ação. Para Lopes Junior (2011, p. 36), “essa permissão é dada, porque existe a visibilidade do delito, o *fumus commissi delicti* é patente e inequívoco e, principalmente, porque essa detenção deverá ser submetida ao crivo judicial no prazo máximo de 24h.”

Assim determinam o artigo 306 do CPP e seus §§ 1º e 2º,

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

A prisão em flagrante, por poder ser praticada por um particular ou pela autoridade policial, é considerada uma medida precária, mera detenção, que não está dirigida a garantir o resultado final do processo.

Para Lopes Junior (2011, p. 36) “Com esse sistema, o legislador consagrou o caráter **pré-cautelar da prisão em flagrante**.” (Grifo do autor). O flagrante no entendimento desse autor, não é uma medida cautelar, e sim pré-cautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final de um processo, mas, que o detido esteja à disposição do juiz, para que ele adote ou não uma medida cautelar.

3.3.1 Requisitos e fundamentos da prisão em flagrante

Segundo o art. 5º, LXI, da CF: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.” (BRASIL, 1988).

Via de regra, a lei processual penal exige ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária, para a efetivação de qualquer prisão. (GEMAQUE, 2006, p. 117).

As prisões em flagrante devem ser bem fundamentadas, já que é uma garantia constitucional e está disposta no art.93, IX, da CF. Para Maciel (2011, p. 132),

[...] é ainda, no caso da prisão em flagrante, uma garantia de que o magistrado realizou efetivo controle sobre a legalidade da medida e sobre a necessidade da

manutenção da prisão. É muito comum na prática forense o juiz limitar-se a lançar a conhecida chancela do “flagrante formalmente em ordem.

Para Oliveira (2008, p. 462),

O que se vê na dura realidade do dia-a-dia, para a maioria dos presos provisórios, que não tem dinheiro para contratar um advogado, é a manutenção da prisão pelo simples exame da regularidade formal do auto de prisão em flagrante. Nenhuma palavra sobre a necessidade acerca da prisão. Afirma-se, laconicamente, ‘aguarde-se o encerramento do inquérito’, como se a única questão a ser analisada naquele momento fosse a aparência do delito.

Com a inovação do CPP, impõe ao juiz que se manifeste fundamentadamente sobre a prisão em flagrante sobre a qual esta sendo comunicado.

Ao receber a cópia do auto de prisão em flagrante, tem o juiz três opções, que são: relaxar a prisão; converter a prisão em flagrante em prisão preventiva ou em outra medida cautelar diversa da prisão ou ainda conceder liberdade provisória.

3.4 PRISÃO TEMPORÁRIA

Dentre as medidas cautelares, a prisão temporária é a mais controvertida, em razão de atingir o indiciado quando ainda não iniciada a ação penal. Acerca do tema assevera Gemaque(2006, p. 157):“Ao lado da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, é a que mais tem sido objeto de indevida utilização.”

A prisão temporária foi instituída pela Lei nº 7.960/89,e veio para substituir a prisão para averiguações, que existia no Brasil e era efetuada sem o mínimo controle. (GEMAQUE, 2006, p.157).

Deve o juiz verificar, antes de decretar a prisão temporária, se não existem medidas cautelares menos gravosas para o investigado. Portanto, deve o juiz observar os requisitos do art. 282 do CPP, que é a necessidade e a adequação, sempre que for decretar qualquer medida cautelar.

3.4.1 Requisitos da prisão temporária

Os requisitos necessários para decretar a prisão temporária são os dispostos no art. 1º, da Lei nº 7.960/89, que dispõem:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

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

Há controvérsias quanto a esses requisitos. Neste caso assevera Gemaque (2006, p.158) que,

A divergência situa-se basicamente em quatro posições nítidas: a) a prisão temporária é cabível em qualquer das três hipóteses do art.1º; b) só é cabível se ocorrerem as três situações do art. 1º; c) basta a combinação de dois dos requisitos; d) as hipóteses do art. 1º devem ser interpretadas de acordo com a prisão preventiva, prevista no art.312, do CPP.

Ainda nesse sentido, afirma Gemaque (2006, p.159) que:

Este pensamento, pela largueza que empresta ao instituto, o qual deve ter aplicação restritiva diante da excepcionalidade da medida, não se coaduna com sua natureza cautelar e, além disso, fere a razoabilidade e proporcionalidade de sua aplicação, na medida em que a admitiria inclusive para delitos de menor gravidade em que não haveria sequer aplicação de pena privativa de liberdade, quando da decisão final.

A segunda corrente, conforme Gemaque (2006, p.160), diz que:

[...] só seria possível a decretação da prisão temporária se concorressem as três hipóteses previstas no art. 1º, da Lei n. 7960/89. Se admitida essa concepção, teríamos a aplicação da prisão temporária reduzida à situações raríssimas, visto que sempre teria que haver cumulação da imprescindibilidade da medida para as investigações com o desconhecimento da identidade do indiciado incerto, além do requisito da limitação para os crimes previstos no inciso III.

Para a corrente que vê a necessidade de interpretar a prisão temporária juntamente com a prisão preventiva, prevista no art. 312, assevera Gemaque (2006, p. 160) que:

[...] também não pode ser admitida, pois as hipóteses são diversas e criaria o paradoxo de admitir-se a decretação da prisão preventiva em momento pré-processual em que ainda não haja provas efetivas para o oferecimento da denúncia, porque ausentes ainda os indícios de autoria e a prova da materialidade. A decretação da prisão preventiva obriga o oferecimento da denúncia, visto que, tanto para uma quanto para a outra, são necessários os indícios de autoria e a prova da materialidade.

O entendimento majoritário para a doutrina e jurisprudência e que melhor se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana é assim exposto por Gemaque (2006, p. 162):

O entendimento pela cumulação de apenas dois dos incisos esquece que muitas prisões temporárias são decretadas se presentes as circunstâncias do inciso II do art.1º, da Lei n. 7960/89, sem indagar da real imprescindibilidade para as investigações. Sustenta-se, em razão disso, que o inciso I e o inciso III (*fumus boni iuris*) são sempre obrigatórios e, portanto, são cumulativos, sendo que o inciso II é que poderá ou não ocorrer no caso concreto.

Este seria então entendimento que melhor se adapta à prisão temporária, em que essa medida cautelar só deve ser aplicada, quando houver a necessidade, pois, segundo o autor acima mencionado, o que realmente acontece é uma mistura entre a prisão preventiva e a prisão temporária, transformando esta em um mero antecedente daquela, servindo, muitas vezes, tão somente como autorização para um prolongamento das investigações policiais.

Para finalizar, o presente trabalho monográfico tratará melhor acerca do tema da prisão preventiva, visto que, é alvo de muitas prisões indevidas, e muitas delas são consequências do clamor público, ou seja, a sociedade espera do Estado-juiz uma solução imediata para o crime em tela.

3.5 PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é um tipo de prisão cautelar de natureza processual, decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou processo criminal antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos e motivos autorizadores. O caput e o parágrafo único do art.312 do código de processo penal, assim estabelece:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência obrigações 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 poderá ser decretada em razão de descumprimento de qualquer das impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Segundo Lopes Junior (2011, p. 69),

A prisão provisória pode ser decretada no curso da investigação preliminar ou do processo, inclusive após a sentença condenatória recorrível. Ademais, mesmo na fase recursal, se houver necessidade real, poderá ser decretada a prisão preventiva (com fundamento na garantia da aplicação da lei penal).

Para Gomes e Marques (2011, p. 16), “A prisão preventiva passou a ser medida cautelar excepcional, aplicável apenas se outras cautelares restarem insuficientes ou forem de aplicação impossível. Trata-se da prisão cautelar como *extrema ratio* da *ultima ratio* (§6 do art.282).” Os autores ainda complementam que, com o advento da Lei nº 12.403/2011, pessoas que cometeram crimes leves, punidos com menos de quatro anos de prisão, e que nunca foram condenadas por outro delito só serão presas em último caso. Antes da Lei, quem se enquadrava nesses casos, ou era preso, ou dependendo das circunstâncias era solto, ou seja, dependeria do juiz, caso ele entendesse que a pessoa oferecia riscos ou não à sociedade ao longo do processo.

Ainda sobre a prisão preventiva, asseveram Gomes e Marques (2011, p. 17):

A prisão preventiva só será decretada nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos ou se houver reincidência em crime doloso ou ainda se o crime praticado envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso enfermo ou pessoa com deficiência.

A prisão preventiva só pode ser decretada pelo juiz ou tribunal competente e deve ser muito bem fundamentada a sua decisão. Um dos fundamentos usados pelo juiz para decretar uma prisão cautelar é a argumentação de que a prisão provisória é baseada na garantia da ordem pública e, que se não for decretada a prisão, a credibilidade da justiça fica comprometida.

Segundo Vieira (2005, p. 15), “jamais pode o Juiz esquecer que se trata da liberdade de um ser humano - homem ou mulher -, do seu direito de ir e vir e, por isso, privá-lo desse *status* é, também, uma atitude arriscada, já que poderão sobrevir males irreparáveis, para tal pessoa e sua família.”

Portanto, é de se verificar, o entendimento de Távora e Sampaio (2007, p.184) neste sentido:

Logo, afora a hipótese da prisão pena, que é a regra, a exceção é a possibilidade da decretação de medida prisional no decorrer da persecução penal, sendo admissível se for estritamente necessário à mesma. Diga-se de pronto, cabendo aqui a devida insistência, que a prisão cautelar vincula-se à necessidade devidamente demonstrada e fundamentada. Prisão desnecessária é sumariamente prisão ilegal.

Martins (2004, p. 151) ressalta a importância dos cuidados que se deve ter para decretar uma prisão provisória:

A prisão provisória, pois, em qualquer de suas modalidades, não é medida corriqueira, despida de importância. É decisão da mais alta relevância, na qual se dá o confronto entre o interesse público e o privado, exigindo daquele que sobre ela venha a decidir suficiente maturação do pensamento, prudência, equilíbrio e, sobretudo, verificação de sua extrema necessidade.

É cada vez mais crescente no país o número de prisões cautelares apesar de nossa Carta Magna assegurar que ninguém será declarado culpado até o trânsito em julgado, sendo que todos são considerados inocentes, e que a prisão só será necessária em último caso, tal qual determina o § 6º do art. 282 do CPP.

Para Gomes (2011, p. 74), “A relevância do disposto no § 6.º do art. 282 é incontestável tendo em vista que o Brasil é, na atualidade, um dos campeões mundiais no uso (e abuso) da prisão cautelar: 44% dos presos não possuem sentença final condenatória.” Ou seja, verifica-se aqui um descaso por parte do órgão julgador, mostrando a verdadeira violação de um direito, ou mais, de uma garantia fundamental. A prisão que deveria ser exceção, de fato é a regra, está sendo usada como regra geral, ou seja, primeiro prende, depois julga.

Indignado com o rumo que as prisões provisórias estão tomando, Gomes (2011, p.75), afirma que,

A prisão provisória é uma dessas atrocidades, maquiada, racionalizada, explicada por meio das formas mais incríveis e imagináveis, porém é uma atrocidade, que chega a patamar inacreditável quando se vê a situação daquele lavrador que no Espírito Santo, ficou preso durante 11 anos (sem julgamento). Pior é saber que isso não é um fato isolado.

Verifica-se um total descaso no que concerne à aplicação da prisão provisória. O abuso da prisão cautelar ofende princípios constitucionais importantíssimos para o direito penal, que é o princípio da dignidade da pessoa humana e o estado de inocência, princípios esses que não poderiam ser violados em hipótese alguma.

3.5.1 Motivação da prisão preventiva

As prisões cautelares necessitam de motivação para a decretação da prisão, para poder garantir a ampla defesa e o contraditório de quem está sendo acusado. Segundo Marques (2011, p.101), “Deve existir fundamento fático e jurídico para prender, além de ordem escrita de autoridade judiciária competente.”

Muitos são os casos de juízes que decretam prisões preventivas baseadas em texto da lei, mas sem apresentar um fato concreto da vida real que justifique a restrição cautelar. (MARQUES, 2011, p. 101).

Não se pode prender o acusado preventivamente com o argumento de que o crime é grave, e a opinião do juiz sobre a gravidade do crime é irrelevante para decretar a prisão preventiva, posto que esse tipo de prisão necessita que haja prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria. Para Marques (2011, p.101),

Esse erro é cometido pelo fato de ausência de análise sistemática entre a regra processual do CPP e o princípio da presunção de inocência. Antes do trânsito em julgado da decisão penal condenatória, o réu é considerado constitucionalmente inocente. E como inocente, não se pode afirmar que ele praticou crime grave. Seria ilógico com a Constituição Federal. Ou seja, seria uma prisão inconstitucional e, portanto, nula de pleno direito. O relaxamento torna-se imperioso.

Prisões que não forem bem fundamentadas, ou a ausência da fundamentação, pode acarretar as nulidade, caso em que poderá ser reconhecida pelo Tribunal através de *habeas corpus*. É na Constituição Federal que se encontram os princípios da publicidade e da motivação das decisões judiciais, em seu art.93, IX, razão pela qual decisões que não forem bem fundamentadas e aqueles julgamentos que não forem públicos, salvo em hipóteses que estejam previstas em lei, terão decretadas a sua nulidade. (BRASIL, 1988).

Portanto afirma Marques (2011, p. 101)que, “[...] prisão motivada é prisão justificada por fundamento fático e jurídico.”

Para a prisão de alguém, muitas regras devem ser respeitadas, sob pena de relaxamento do flagrante ou revogação da preventiva. Ainda nesse sentido assevera Marques (2011, p.101)que,

Outros colegas do Poder Judiciário utilizam como argumentos fáticos, meras opiniões subjetivas, sem liame com as hipóteses jurídicas previstas na lei, ignorando o necessário juízo de tipicidade formal entre a lei e o mundo real. Exemplo: determino a prisão preventiva pois o crime praticado foi grave e cometido com extrema violência. Consequência: relaxamento da prisão cautelar por ausência de liame entre a opinião do juiz sobre o crime e os fundamentos jurídicos da preventiva.

Não há que se duvidar o quanto é importante a fundamentação e sua imprescindibilidade para a decretação e o quão é unânime a doutrina nesse sentido, como assevera Sanches Cunha (2011, p.160),

A decisão que decreta, substitui ou denega a prisão preventiva deve ser convicentemente motivada, mesmo que de forma concisa, indicando, com base nos elementos dos autos, a existência (ou não) da materialidade do fato, indícios suficientes (ou insuficientes) da autoria, sua imprescindibilidade (ou não) para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, preservação da instrução criminal e o asseguramento da aplicação da lei penal. Jamais deve se basear em proposições

abstratas, mas resultar de fatos concretos. Mera repetição das palavras da lei não caracteriza fundamentação.

Portanto se faz necessária a fundamentação, sob pena de não valer essa prisão preventiva, por falta de fundamentos necessários, que não confrontem com direitos constitucionais, como é o da dignidade da pessoa humana, o estado de inocência, a publicidade e a motivação da prisão preventiva.

3.6 FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DA PRISÃO PREVENTIVA

Necessita a prisão preventiva do preenchimento de alguns requisitos típicos de toda medida cautelar, que são: o *periculum in mora* (ou *periculum libertatis*) e o *fumus boni Juris* (*fumus comissi delicti*), a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e a garantia da aplicação da lei penal são também fundamentos para a aplicação da prisão preventiva. (SANCHES CUNHA, 2011, p. 145).

Sem o preenchimento desses requisitos a prisão preventiva, seria ilegal.

3.6.1 Garantia da ordem pública

A ordem pública é mais um dos fundamentos para a concessão da prisão preventiva, que consiste na tranquilidade do meio social. Para Sanches Cunha (2011, p.146),

Quando tal tranquilidade se vê ameaçada, é possível a decretação da prisão preventiva, a fim de evitar que o agente, solto, continue a delinquir. Assim, é possível a decretação da medida quando se constata que o agente, dada a sua periculosidade que ostenta, sente-se incentivado a prosseguir em suas práticas delituosas.

A garantia da ordem pública merece atenção e é causa de uma das maiores indagações da doutrina e jurisprudência. Segundo Quirino (1999, p. 30-31),

Para aferir se a liberdade do acusado representa perigo grave à manutenção da ordem pública, são verificados elementos tais como: (a) gravidade do delito e sua repercussão na sociedade; (b) antecedentes criminais e de vida social do acusado; (c) grau de periculosidade da personalidade do acusado.

Não são poucos os casos de prisões que só se baseiam na garantia da ordem pública, como se fosse o único argumento convincente para se colocar na cadeia aquele que está sendo acusado. Nesse sentido, afirma Quirino (1999, p. 31):

Não são raras as decisões que decretam a prisão preventiva muitas vezes sob argumentos de certo modo subjetivos, conceituando a garantia da ordem pública nessas situações como a salvaguarda do meio social, violentado pela gravidade do crime e pela periculosidade de seus agentes. Algumas decisões levam também em conta elementos como: se houve premeditação na execução do crime; se o dolo foi de grande intensidade; se é delito causador de clamor público; se é delito que afeta diretamente a fé pública; se se trata de crime que pode ocultar grandes quadrilhas especializadas; se o crime praticado se reveste de grande crueldade e violência ou causa indignação na opinião pública.

Para Bonfim (2011, p. 84),

[...] o significado da expressão “ garantia da ordem pública” não é pacífico na doutrina e na jurisprudência. Buscando a manutenção da paz no corpo social, a lei visa a impedir que o réu solto volte a delinquir durante a investigação ou instrução criminal (periculosidade). Pretende, também, resguardar a própria credibilidade da Justiça, reafirmando a validade e a autoridade da ordem jurídica, posta em xeque pela conduta criminosa e por sua repercussão na sociedade.

O conceito de ordem pública cuja garantia é uma das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva, prevista em lei, é um conceito vago e ambíguo que dá margem a diversas interpretações. Por esta razão não deve ser considerado, já que gera grande insegurança jurídica dada a subjetividade que permeia as decisões.

É importante que o magistrado ao decretar uma prisão preventiva, decida com cautela, pois muitas vezes pode ser adequada a prisão naquele momento, mas posteriormente pode o magistrado se deparar com uma decisão injusta, ou seja, ilegal, caso em que incidirá uma futura indenização para o investigado.

3.6.2 Garantia da ordem econômica

A garantia da ordem econômica é outro fundamento para a aplicação da prisão preventiva. Segundo Cagnani (2006),

O fato de ser a "ordem econômica" um conceito previsto constitucionalmente, não legitima, *de per se*, intervenções penais. Isso porque, quando se lança mão do Direito Penal para proteger um certo valor, há que se perquirir se este valor constitui-se em um autêntico bem jurídico-penal em todas as suas nuances, tendo em vista que quando o Estado exercita o seu *jus puniendi* está restringindo um Direito basilar do Estado Democrático de Direito, qual seja, o *jus libertatis*. Desta feita, para que o *jus*

puniendi se legitime como restrição a um princípio de maior valor (o sagrado Direito de liberdade), deve preencher todos os requisitos previstos nos cânones penais: a proteção de um bem jurídico válido, o atendimento aos princípios penais da necessidade, subsidiariedade, etc. porquanto estes constituem limites ao poder estatal de punir, sendo garantias individuais.

A garantia da ordem econômica juntamente com a garantia da ordem pública está disposta no art. 312 do código de processo penal. A ordem econômica tem por objetivo coibir a ganância do agente que comete ações atentatórias à livre concorrência. Nesse sentido assevera Cunha (2011, p.147) que,

Quando atividades ilícitas de grupo criminoso repercutem negativamente no comércio lícito e, portanto, alcançam um indeterminado contingente de trabalhadores e comerciantes honestos, geram evidente vulneração do princípio constitucional da livre concorrência e da livre iniciativa, merecendo a prisão cautelar.

Para Bonfim (2011, p.84) trata-se de,

Hipótese trazida pela Lei n.8.884/90, que tem origem histórica no combate aos chamados “crimes do colarinho branco”. O encarceramento, nesse caso, visa a impedir que o indiciado ou réu continue sua atividade prejudicial à ordem econômica e financeira. Busca, também, salvaguardar a credibilidade da Justiça, afastando a sensação de impunidade. Nesse caso, a magnitude da lesão econômica tem sido usada para justificar a prisão preventiva (*vide* art. 30 da Lei n. 7.492/86), tratando-se, pois, de decisão com base na gravidade concreta do delito.

Portanto, é importante observar, que a garantia da ordem econômica por si só, não é motivo suficiente para se promover uma prisão preventiva.

3.6.3 Conveniência da instrução criminal

A conveniência da instrução criminal seria um terceiro fundamento para a decretação da prisão preventiva, e tem como objetivo, preservar a prova processual. Segundo entendimento de Cunha (2011, p. 148), “Justifica-se a prisão quando o agente ameaça personagens atuantes no processo, alicia testemunhas falsas, desaparece com vestígios do crime, destrói documentos, enfim, dificulta ou desfigura a prova. Em todos esses casos, é cabível a aplicação da medida cautelar.”

Nesse mesmo sentido, assevera Bonfim (2011, p. 85) que,

Trata-se de segregar o acusado para impedir sua atuação com vistas a influenciar a colheita de provas. Deve-se demonstrar, com dados concretos, que, solto, o indiciado ou acusado pode suprimir os elementos probatórios indicadores de sua

culpabilidade, ameaçando vítimas e testemunhas, destruindo evidências materiais etc.

Para Nucci (2011, p. 66),

A conveniência da instrução criminal é restrita. Liga-se, basicamente, à atuação do réu em face da captação das provas. Se a sua atitude for imparcial, inerte e contemplativa, permitindo toda a sorte de acontecimentos, não há inconveniência para que permaneça solto. Todavia, caso resolva agir, impedindo a escorreita atuação estatal na colheita das provas e no regular trâmite do processo, passa a se tornar inconveniente que permaneça solto.

Para assegurar que o Estado, consiga fazer o seu trabalho, sem que o acusado interfira nas provas, muitas vezes se faz necessário, a prisão cautelar, para assegurar a conveniência da instrução criminal, sendo esse mais um dos requisitos da prisão preventiva.

3.6.4 Assegurar a aplicação da lei penal

A garantia de aplicação da lei penal, está vinculada à potencial fuga do agente, ou seja, segundo Nucci (2011, p. 66), “[...] não se trata de presunção de fuga, mas de colheita de dados reais, indicativos da possibilidade de saída do âmbito do controle do Estado. Somente o caso concreto pode evidenciar essa potencialidade de desaparecimento do cenário processual [...].”

Para Bonfim (2011, p. 84),

Nesse caso, a prisão cautelar faz-se necessária em nome da efetividade do processo penal, assegurando que o acusado estará presente para cumprir a pena que lhe for imposta. Dentre as hipóteses autorizadoras da prisão preventiva com base nesse requisito, podemos citar a fuga do indiciado logo após a prática do delito, não possuir residência fixa, facilidade de fuga para o exterior etc.

Esse é mais um dos pressupostos para a decretação da prisão preventiva, além da prova da existência do delito e do indício suficiente de autoria.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado por atos do Judiciário é matéria muito polêmica e debatida, por se tratar de um tema de grande complexidade, mas, sem dúvida faz parte da atualidade. A reparação do dano causado pelo Poder Público é um caso de responsabilidade civil do Estado. (SENTO SÉ, 1976).

Para configuração da responsabilidade civil basta a existência de um prejuízo decorrente de um ato que não esteja de acordo com as normas jurídicas.

Considerando o disposto no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, este determina a inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelos danos materiais ou morais decorrentes de sua violação. O Estado, conforme disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, é obrigado a responder pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

No caso de erro judiciário, em que, por ato de agente estatal, pessoas inocentes foram expostas como culpadas, por ato que não cometeram, sofrendo com isso graves violações em seu direito à honra, à imagem, à integridade moral e ao seu patrimônio, deve ser considerado por fim a responsabilidade civil do Estado no caso, por ato de seus agentes.

Segundo Alcântara (1988, p.28),

A Constituição Federal somente estabelece a responsabilidade patrimonial do Estado quando o ato lesivo tenha sido praticado por seus funcionários. Como o juiz não é funcionário, em sentido técnico, não caberia invocar o art. 107 da Constituição para reparar os danos decorrentes da atividade jurisdicional.

O artigo 107 citado por Alcântara, não corresponde ao atual artigo da Constituição, trata-se da emenda constitucional de 1969.

Quanto à responsabilidade estatal, ressalta Nascimento (1995, p. 17) que,

A denominada responsabilidade estatal objetiva pode ser vista sob duplo aspecto: ou por risco integral ou por risco administrativo. Nas duas situações, é inexigível a ocorrência de culpa ou dolo do agente, que só interessam à ação regressiva, ou culpa da administração, no conceito civilista.

Para Alcântara (1988, p. 29), “Há quem sustente a irresponsabilidade do Estado pelos atos jurisdicionais pelo fato de o art.133 do CPC ter firmado a responsabilidade civil do juiz, quando o mesmo tenha agido com dolo ou fraude.”

Segundo o art. 133 do CPC,

Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

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

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

Tal afirmativa parece querer eximir o Estado de tal obrigação; nesse sentido assevera Alcântara (1988, p. 29) que “Isto poderia induzir à errônea conclusão de que se o Código de Processo Civil estabeleceu a responsabilidade pessoal do juiz foi porque pelos atos deste é irresponsável o Estado.”

O novo Código Civil classifica o dever de indenizar como uma obrigação. Trata-se de obrigação legal. O dever de indenizar nasce do ato ilícito e de algumas excepcionais hipóteses de atos lícitos.

Segundo os entendimentos de Pantaleão e Marcochi (2004),

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

Na hipótese do Estado se omitir diante do dever legal de obstar a ocorrência de um dano, a responsabilidade, parece-nos, originar sempre de um ato ilícito, uma vez que havia o dever de agir imposto pela norma ao Estado que, em decorrência da omissão, foi violado. Assim, o Estado não responderá pelo evento que diretamente causou o dano, mas sim, por não ter praticado conduta suficientemente adequada para evitar o prejuízo ou mitigar seu resultado, quando o fato for notório ou perfeitamente previsível.

De acordo com Cavalieri Filho (2003, p. 35),

O anseio de obrigar o agente causador do dano a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão.

A responsabilidade do Estado poderá ser proveniente de duas situações: a) conduta positiva (o agente público é o causador imediato do dano); b) conduta omissiva (o Estado não atua diretamente na produção do evento danoso, porém, tinha o dever de evitá-lo). Portanto, diante da ação ou omissão do Estado, este será responsabilizado pelos atos que seus agentes causarem.

4.1 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Sobre a responsabilidade civil do Estado, há três posições doutrinárias distintas, que são: princípio da irresponsabilidade total, princípio da responsabilidade e sistema misto.

4.1.1 Princípios da irresponsabilidade total

Para Sauwen Filho (2001, p. 40),

O Estado como ente abstrato é incapaz de fazer mal e, além disso, sendo instituído com um caráter superior, em virtude de visar precipuamente ao interesse público, não deve estar sujeito às normas e às regras de obrigação extracontratual próprias do Direito Privado, criado especificamente para normatizar as relações destes para com o Estado.

Para essa teoria, seria o Estado incapaz de causar mal algum para os cidadãos, ou seja, os adeptos dessa posição doutrinária dizem que o Estado tem como objetivo o bem estar dos cidadãos, e não a intenção de lhes causar mal algum.

Ainda nesse sentido, assevera Sauwen Filho (2001, p. 42) que,

[...] se a finalidade do Estado é o bem-estar do cidadão, não se pode imputar qualquer responsabilidade da Administração Pública pela prática de qualquer ato mesmo que venha a provocar qualquer dano aos particulares. Prevalece a motivação dirigida ao bem-estar comum que, em última análise, desfaz qualquer imputabilidade do Estado.

Não seria correta essa teoria, que afasta qualquer responsabilidade do Estado em relação aos danos causados pelo atuar da Administração Pública.

Nos entendimentos de Sauwen Filho (2001, p. 42),

Não procede tal assertiva. Mesmo a admitir-se a procura do bem-estar geral da coletividade por parte do Estado, o que levaria os cidadãos a suportarem qualquer eventual prejuízo que fosse acarretado pelo atuar da Administração nesse sentido, não seria justo admitir-se que o poder do Estado seja tão amplo a ponto de subtraí-lo da responsabilidade decorrente dos seus atos lesivos aos interesses de terceiros.

Não seria correto um Estado prepotente e absoluto, pairando sobre suas próprias leis, e irresponsável pelos atos que atingem esses mesmos cidadãos, a quem incumbe a proteção. Portanto, tal teoria não procede.

4.1.2 Princípio da responsabilidade do Estado

Esse princípio é o contrário do anteriormente comentado. Para esse princípio, o Estado é responsável sim, pelos danos causados a terceiros por seus funcionários.

Segundo Sauwen Filho (2001, p. 50),

Autores que acreditam ser a responsabilidade do Estado resultante da obediência imposta aos cidadãos pelo Poder Público, pois, ao exigir que os cidadãos reconheçam a autoridade de seus agentes, deve o Estado responder pelos abusos no exercício da autoridade por parte de seus servidores que ultrapassam os limites da legalidade no desempenho de suas funções.

Essa responsabilidade seria o oposto do princípio da irresponsabilidade, vez que, essa seria a mais correta, ou seja, a que mais se ajusta à realidade.

4.1.3 Sistema misto

Essa posição seria um misto das outras duas, ou seja, tal posição ora reconhece a responsabilidade do Estado, ora a nega, dependendo da natureza do ato, de onde vem o dano ou o prejuízo que se pretende indenizar.

Segundo Sauwen Filho (2001, p. 46), “Seguindo a concepção ultrapassada da teoria da irresponsabilidade do Estado, a doutrina evoluiu ao sabor das idéias civilísticas, afirmando ser o Estado responsável sempre que fosse possível caracterizar-se a culpa do agente da Administração.”

Os atos administrativos são divididos em dois grupos: os atos de império e os atos de gestão.

Os atos de império seriam aqueles derivados da soberania do Estado, praticados no campo específico do direito público. Para Sauwen Filho (2001, p. 47),

[...] eram incluídos dentre os atos de império os atos do Poder Legislativo e os atos do Poder Judiciário, além dos atos ditos de guerra, os baixados por necessidade pública, os que criavam contribuições públicas, os relativos à ordem, segurança e saúde pública, os que criavam ou suprimiam cargos públicos.

Para os adeptos dessa teoria, como disciplinadora da responsabilidade civil do Estado, este não pode ser responsabilizado pelos danos emergentes, dos atos de império. (SAUWEN FILHO, 2011, p. 47).

Os atos de gestão, segundo Sauwen filho (2001, p. 47), ocorrem quando,

[...] o Estado pratica, na administração da coisa pública, atividades que exerce despojo de suas prerrogativas de poder público, igualando-se, nessas atividades, ao particular, praticando verdadeiros atos negociais onde intervém ora como proprietário, ora como administrador, credor, devedor ou mero contratante.

Quando se estiver diante de atos de gestão, segundo essa teoria, os prejuízos causados a terceiros, com a prática desses atos, devem ser levados à responsabilidade do Estado, se for determinada a culpa do agente da administração que os tenha praticado.

4.2 TIPOS DE RESPONSABILIDADE

A responsabilidade civil classifica-se em: responsabilidade objetiva e subjetiva.

4.2.1 Responsabilidade objetiva

A responsabilidade objetiva no entendimento de Sauwen Filho (2001, p. 91) seria,

Para os danos causados pela ação direta ou omissão voluntária da administração, levando em consideração para esse fim a causa como tal compendiada no art.13 do Código Penal, *in fine*, com a sua atual redação, a responsabilidade é objetiva sob a modalidade mitigada do risco administrativo, consoante a regra do § 6º do art. 37 da vigente Carta da União. Se a vítima de qualquer forma contribui culposamente para a configuração do dano, descaracteriza-se a responsabilidade objetiva da administração.[...].

Segundo o § 6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988,

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988).

De acordo com Pantaleão e Marcochi (2004),

A responsabilidade do Estado poderá ser proveniente de duas situações: a) conduta positiva (o agente público é o causador imediato do dano); b) conduta omissiva (o Estado não atua diretamente na produção do evento danoso, porém, tinha o dever de evitá-lo). Em que pese a Constituição Federal estabelecer a responsabilidade objetiva do Estado, a grande discussão se encontra, como visto, em relação aos atos omissivos, pois, doutrinadores há que entendem que na hipótese de omissão do

Estado, a responsabilidade será subjetiva. Na hipótese do Estado se omitir diante do dever legal de obstar a ocorrência de um dano, a responsabilidade, parece-nos, originar sempre de um ato ilícito, uma vez que havia o dever de agir imposto pela norma ao Estado que, em decorrência da omissão, foi violado. Assim, o Estado não responderá pelo evento que diretamente causou o dano, mas sim, por não ter praticado conduta suficientemente adequada para evitar o prejuízo ou mitigar seu resultado, quando o fato for notório ou perfeitamente previsível.

Se o agente público agiu com dolo ou culpa, dando causa ao dano, fica assegurado o direito de regresso da administração contra o funcionário causador do dano.

A responsabilidade do Estado é considerada objetiva, ou seja, não depende de culpa ou dolo do agente.

A responsabilidade objetiva visa proteger mais o lesado, tanto que não necessita provar a culpa.

Para Quirino (1999, p. 48),

Diferentemente da *teoria subjetiva*, no caso da *culpa presumida*, basta a vítima demonstrar a ocorrência do dano e que o ato ilícito foi praticado pelo agente, sem se preocupar em provar a culpa deste, que no caso se presume. Há uma inversão do ônus da prova de modo a proteger mais a vítima de alguns danos, ampliando mais os casos em que o prejuízo sofrido pode ser recomposto, sem contudo afastar-se a *teoria objetiva* dos fundamentos da responsabilidade subjetiva, e tal fato ocorre porque mantém-se vivo o conceito genérico de culpa como núcleo da responsabilidade civil.

A responsabilidade objetiva é aquela que independe de comprovação de dolo ou culpa, devendo estar presentes os seguintes elementos: ação - nexo de causalidade - dano. Nos termos da CF/88 respondem de forma objetiva as pessoas de direito público, bem como qualquer pessoa que prestar serviços públicos.

Nos termos da jurisprudência, no caso de omissão do Estado, a responsabilidade será subjetiva.

Assim temos: quando o Estado age - responsabilidade objetiva (independe de dolo ou culpa); quando o Estado for omissor - responsabilidade subjetiva (deve ficar provado o dolo ou a culpa).

4.2.2 Responsabilidade subjetiva

É aquela em que a obrigação de indenizar só ocorre com a comprovação de dolo ou culpa por parte do causador do dano, cabendo ao prejudicado o ônus de demonstrar a

existência desses elementos subjetivos. Em geral o agente público responde de forma subjetiva.

Segundo os arts. 186 e 927 do código civil, afirmam que:

Art. 186. Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

A teoria subjetiva necessita da responsabilidade civil = dano + ato ilícito + culpa do ofensor. (QUIRINO, 1999, p. 47).

Para que o dano seja reparado ou para que haja a configuração da responsabilidade civil, devem ser demonstrados os seguintes elementos: (a) a existência do dano; (b) o nexo causal entre o dano e o ato ilícito do ofensor; (c) a existência de culpa do ofendido.

4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO JUIZ

O juiz no exercício da função jurisdicional, distancia-se dos demais agentes públicos, visto que possui disciplina especial.

Para Nanni (1999, p. 210) “Enquanto os agentes públicos em geral são civilmente responsáveis em caso de dolo ou culpa, a responsabilidade do juiz decorre daquelas hipóteses previstas em lei”

De maneira mais severa, Guimarães (1958, p. 239) ressalta que “Em princípio não são os juízes responsáveis pelos danos que decisões erradas acaso venham produzir. Com amarga finura já se disse que o poder de julgar envolve o de praticar injustiças.”

Qualquer ato praticado pelo juiz, esta coberto de juridicidade, pois cabe a ele a indeclinável tarefa de dizer o direito. O que não impede que seja demonstrada a ilicitude de seu ato, gerando a responsabilidade.

Para Nanni (1999, p. 212),

Esse eventual desvio no comportamento do juiz, alheio ao direito, não encontra esteio no mundo jurídico, pelo que a imunidade representaria a própria inversão dos ditames por ele preconizados, vilipendiando o fundamento que embasa o mundo jurídico, de que todo aquele que causa dano fica obrigado a repará-lo.

Ainda a respeito da responsabilidade do juiz, assevera Nanni (1999, p. 220) que:

A responsabilidade encontra previsão legal e deve ser aplicada, sem qualquer temor, corporativismo ou proteção. O poder supõe responsabilidade, porque entender de forma contrária seria o retorno ao absolutismo, o qual foi abolido com a concepção do Estado Democrático de Direito.

A mais difundida causa de responsabilização do juiz encontra respaldo no art.133 do CPC, que afirma:

Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

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

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

Este artigo determina a responsabilidade do juiz por perdas e danos quando cometer uma das condutas tipificadas em seus incisos.

Acerca do assunto, ressalta Nanni (1999, p. 223) que:

Portanto pode-se dizer de contrapartida, que o juiz tem o dever de, no exercício de suas funções, não proceder com dolo ou fraude e também tem o dever de não recusar, omitir ou retardar as providências inerentes à sua função ou requeridas pela parte.

Por conseguinte, os descumprimentos desses deveres geram o dever de indenização, para satisfação de um eventual dano causado.

Portanto, o juiz não pode se eximir da obrigação de responsabilidade de seus atos, porque fica demonstrado que diante da conduta dolosa ou mediante fraude, ele será responsabilizado.

4.4 RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ERROJUDICIÁRIO EM RELAÇÃO À PRISÃO PREVENTIVA

A respeito desse assunto assevera Alcântara (1988, p. 38) que,

O problema da responsabilidade do Estado por danos decorrentes da prisão preventiva não tem sido objeto de tratamento legal ou doutrinário em nosso País, todavia o seu fundamento parece ser o mesmo dos danos decorrentes do erro judiciário: em benefício da coletividade um indivíduo sofre uma carga injusta e desigual, pela qual deve a mesma coletividade responder. Em suma, trata-se de fazer aplicação do princípio da igualdade.

O fato de negar direito à indenização àquele que teve sua prisão preventiva decretada e no final foi absolvido, implicaria desproteger-se flagrantemente a liberdade individual em contraposição ao direito de propriedade. (ALCÂNTARA, 1988, p. 39).

O Estado na ânsia de procurar identificar os possíveis causadores da lesão acaba por colocar na cadeia, muitas vezes, inocentes.

Acerca do tema assevera Alcântara (1988, p. 39) que:

O Estado, no exercício de seu direito de procurar identificar os culpados por um crime, pode sacrificar de modo particular o direito à liberdade dos cidadãos. Estar-se-á neste caso, frente a um conflito de dois direitos. O menos forte, o do indivíduo, cede ao mais forte, e cede, com a condição de que, se o seu sacrifício ultrapassar certos limites e tornar-se muito grave, seja ele indenizado.

Tanto a prisão preventiva quanto o erro judiciário, causam danos graves ao acusado. Nesse sentido ressalta Alcântara (1988, p. 40) que:

Efetivamente, não vemos por que tratar-se diferenciadamente o erro judiciário e a prisão preventiva, quer quanto aos fundamentos quer quanto às consequências. Em ambos os casos estamos perante um dano derivado do exercício da função jurisdicional. Não há qualquer razão válida, no plano jurídico, que fundamente tal divergência de tratamento. Não se alegue que a prisão preventiva não causa danos indenizáveis, visto que esses danos podem ser tão ou mais graves do que os decorrentes de erro judiciário.

O Estado tem o dever de apurar quem cometeu o crime, e muitas vezes impulsionado pelo clamor público leva a prisão, um suspeito, que muitas vezes não é verdadeiro autor do crime. Para Alcântara (1988, p. 42),

Ao Estado, é livre de dúvidas, compete o dever de, em se verificando um fato definido como crime, apurar a responsabilidade de seu pretenso autor. Para tanto, usando dos meios jurídicos postos ao seu dispor, pode determinar a prisão daquele sobre quem recaiam, fundadas suspeitas, veemente indícios de autoria, visando assim a salvaguardar a segurança da sociedade (indivíduo de alta periculosidade) e o andamento do processo (impedindo-se a evasão do indiciado). [...].

Nesse caso cabe ao juiz verificar se existem indícios suficientes de autoria, a ponto de permitir a decretação da prisão preventiva, sempre com a devida motivação do despacho.

Segundo Alcântara (1988, p. 43),

Se, ao fim da instrução criminal, for o acusado absolvido por falta de provas ou inexistência de crime, verifica-se que em nome do interesse da coletividade (apuração do crime e de seu autor), um particular foi desigualmente onerado pelas cargas públicas, devendo, em consequência, ser reparado por essa mesma coletividade que lhe impôs o sacrifício excepcional e anormal.

Trata-se de caso de responsabilidade por ato lícito, em que o direito à liberdade foi suprimido, e no momento da apuração do crime não foi constatada que o acusado era o autor do crime, então, só lhe resta a indenização, o que não é nada mais justo.

Ainda nesse sentido, afirma Alcântara (1988, p. 43) que,

Além disso, a lesão ao direito de liberdade, atingido pela prisão preventiva, só será indenizável se tiver reflexos na esfera patrimonial do ofendido, pois não parece poder se atribuir um valor pecuniário ao direito à liberdade, de modo a estabelecer-se uma equivalência entre valores manifestamente desiguais.

Quanto à responsabilidade por erro Judiciário assevera Alcântara (1988, p. 32) que,

No campo da responsabilidade patrimonial do Estado decorrente da lesão causada por ato jurisdicional, sobressai, pela frequência e relevância dos valores envolvidos (vida, liberdade, honra), a hipótese do erro judiciário penal. O erro a que aqui nos referimos é o decorrente de apuração em processo de revisão criminal. Sendo um inocente condenado, por sentença transitada em julgado, e, posteriormente, averiguando-se em processo de revisão que o atingido pelo ato jurisdicional não era o autor do fato punível ou ainda que tal fato inexistiu, surge em seu favor o direito a pleitear a reparação dos danos que lhe advieram de tal comportamento estatal.

Portanto caberá indenização, quando se houver apurado a ausência de autoria, por parte daquele que foi preso indevidamente. De qualquer forma nota-se o mau funcionamento do serviço público, perante a sociedade, causando uma insegurança jurídica.

4.5 INDENIZAÇÃO DA PRISÃO ILEGAL POR ERRO JUDICIÁRIO

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXV, afirma que: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.” (BRASIL, 1988).

Atualmente, inúmeros são os erros judiciários que, não podem ser restritos à seara do direito penal, uma vez que a norma constitucional estabelece o dever do Estado de indenizar, tanto o condenado por erro judiciário, quanto à pessoa que permanecer presa além do tempo fixado na sentença.

Para que haja o direito à reparação de danos, é necessária a ocorrência de um dano indenizável, que não seja hipotético e sim, que seja real. Causado o prejuízo à liberdade de locomoção do indivíduo, por erro Judiciário, se sujeita o Estado à reparação do dano que causar a esse cidadão. O direito à liberdade, além de ser um dos direitos da personalidade,

consagrada pela doutrina e exposta na nossa Constituição, merece atenção e a proteção do Estado, principalmente quanto a sua indenização por danos praticados.

Cahali (2005, p. 599), afirma,

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

No entanto, quando caracterizada a prisão injusta, se faz necessário a sua indenização.

Segundo Quirino (1999, p. 56), “A doutrina, por seu turno, considera que qualquer violação aos direitos da personalidade impõe ao ofensor a obrigação de indenizar o ofendido por **danos morais**, mesmo não constatada a existência de **danos patrimoniais**.” (grifo do autor).

O sofrimento causado a quem foi preso indevidamente, tem que ter uma valoração devida, visto que, essa dor tem dimensões muito grandes, e a inserção desse indivíduo na sociedade não será mais a mesma.

Para Quirino (1999, p. 56), “A consagração da tese do direito à indenização por danos morais, nesses casos, decorre do reconhecimento pela doutrina e jurisprudência de que a dor, o sofrimento, o sentimento de perda etc., devem ser valorados e, sobretudo compensados.”

Ainda nesse sentido, assevera Nascimento (1995, p. 65),

A fixação de indenização em dinheiro como reparação pelo dano moral, a substituição de uma dor por sua compensação pecuniária, não é de fácil execução. A dor, o próprio dano moral, não se pesam ou se medem na balança com parâmetros monetários. Contudo, isto não é obstáculo para se fixar o montante da indenização. Na reparação do dano material, há ressarcimento, uma adequação ou equivalência entre o prejuízo e o indenizável. A hipótese contém dados pecuniários que podem, sendo avaliados, se aproximar do prejuízo material a reparar. No dano moral, e isto deve ser acentuado introdutoriamente, nada se ressarce, ou substitui. O dano moral é compensatório. Compensa-se para minimizar os efeitos danosos e se dar conteúdo de exemplaridade.

Além do dano moral, importantíssimo para a prisão indevida, temos o dano material, que também será devido, na gravidade da sua ocorrência. O dano patrimonial causado pela impossibilidade de trabalhar traz para os dependentes do preso indevido, consequências desastrosas.

Para Quirino (1999, p. 56), [...] a análise do caso concreto pode demonstrar que a perpetração de um dano moral teve como consequência a ocorrência também de um dano

patrimonial, como quando o indivíduo é preso indevidamente e vê-se impossibilitado de comparecer ao trabalho pelo tempo que permaneceu detido, ou até mesmo se vier a perder o emprego pelo fato da prisão.

Ainda nesse sentido afirma Quirino (1999, p. 56) que,

Tal assertiva deriva da admissão pela doutrina e jurisprudência da **tese da reparabilidade plena**, que tem por finalidade a plena satisfação do lesado, recompondo-se integralmente suas perdas morais e patrimoniais. Dessa forma, o direito busca meios mais eficazes para compensar os prejuízos morais e também para reconstituir os prejuízos patrimoniais, tutelando-se assim os direitos do lesado, possibilitando, quando possível, o regresso ao *status quo ante*.(grifo do autor).

Não há dúvidas de que o lesado deverá ser indenizado, tanto pelos danos morais, quanto pelos prejuízos patrimoniais sofridos.

A compensação do dano ao lesado, não será tarefa fácil, visto que a dimensão da dor não tem tamanho, e a sua reparação também. Afirma Quirino (1999, p. 57) que:

Por tudo isso é que a justiça em tais casos somente terá atingido seu desiderato se propiciar a compensação da angústia sofrida pelo indivíduo, em razão do prejuízo sofrido em sua honra, reputação, dignidade, privação do convívio familiar, livre locomoção etc. (aspectos importantes para que seja atingido o equilíbrio dos direitos da personalidade), e também a recomposição dos prejuízos materiais reflexos, caso hajam.

Fica claro que a liberdade individual é um direito da personalidade, e que, portanto sua privação indevida impõe ao Estado o dever de indenizar o lesado.

O art. 630 da CPP, dispõe sobre a reparação do erro judiciário:

O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

§ 1º Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça.

§ 2º A indenização não será devida:

- a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder;
- b) se a acusação houver sido meramente privada.

De acordo com esse artigo do CPP, a pessoa vítima do erro judiciário poderá pleitear uma indenização, sendo uma forma do Estado reparar o mal para a vítima desse erro.

A indenização por erro judiciário pode ser tanto para o processado que responde em liberdade como para o réu condenado que se encontra encarcerado.

4.6 ERRO JUDICIÁRIO

O erro judiciário, que será tratado é aquele que abrange o erro penal, a prisão preventiva, ou seja, o erro na decretação da prisão cautelar.

Segundo os entendimentos de Nanni (1999, p. 122),

[...] o erro judiciário é aquele oriundo do Poder Judiciário e deve ser cometido no curso de um processo, visto que na consecução da atividade jurisdicional, ao sentenciarem, ao despacharem, enfim ao externarem qualquer pronunciamento ou praticarem qualquer outro ato, os juízes estão sujeitos a erros de fato ou de direito, pois a pessoa humana é falível, sendo portanto inerente a possibilidade de cometer equívocos.

De acordo com Bezerra filho (2004),

Erro judiciário é aquele ato emanado de órgão do Poder Judiciário que resulta na falsa concepção acerca de um fato atribuído a alguém pela suposta ofensa a um bem jurídico tutelado pela lei penal. O fenômeno do erro judiciário pode ser concretizado em variadas circunstâncias que culminem na segregação da liberdade da pessoa humana, de forma injusta e equivocada, decorrente da atuação claudicante na capacidade de julgar da autoridade judiciária.

A responsabilidade civil do Estado pelo erro judiciário representa o reforço da garantia dos direitos individuais.

Aqui no Brasil são inúmeros os casos de prisões injustas, que ocorreram. O caso dos irmãos Naves, ocorrido em Minas Gerais, foi considerado o maior erro judiciário brasileiro.

Segundo Alcântara (1988, p. 34) “A nós parece que o erro judiciário pode tanto resultar da chamada ‘falta do serviço’ quanto existir independente de funcionamento defeituoso do serviço de justiça.”

Os erros judiciários aumentam cada vez mais, e um dos motivos é o clamor público, incentivado pela imprensa, que parece fazer questão de comover a população, que fica estarrecida diante do ocorrido e clama à justiça por soluções urgentes. O juiz tendo que ser rápido em suas decisões, coloca na cadeia àquele que seria o suposto acusado, e que mais tarde se descobre que não era ele o autor do crime.

Sobre o erro judiciário, assevera Alcântara (1988, p. 35) que,

Efetivamente, o erro judiciário não decorre, necessariamente em todos os casos, de culpa ou dolo do magistrado ou de seus auxiliares, podendo antes de dever a uma série de outros fatores que induziriam qualquer juiz ou Tribunal a proferir semelhante decisão. Entretanto, como tal atividade, por envolver também julgamento de valores, é realizada por homens e, sendo estes contingentes,

imperfeitos e falíveis, a conclusão que se impõe é a de que o serviço de justiça, a atividade jurisdicional implica sempre um risco, a despeito de serem tomadas todas as cautelas legais.

Esse risco que o autor relata é o da prisão indevida, só que muitas vezes não são tomadas a devida cautela para se chegar a prisão preventiva. O magistrado ao ter o menor dos requisitos, coloca o suposto acusado na cadeia. Nos entendimentos de Marcochi e Pantaleão (2004),

A prisão ilegal, assim como o erro judiciário atentam contra inúmeros dispositivos constitucionais e legais, dentre os quais se destacam a dignidade humana, a inviolabilidade do direito à liberdade, à honra e à imagem, todos eles passíveis de reparação, quer no aspecto moral, quer no material, conforme prescreve o texto constitucional. Ademais, o sistema penitenciário brasileiro apresenta riscos de maior gravidade que comprometem a integridade física e mental do preso.

O erro judiciário foi erigido a nível Constitucional, eis o disposto no art. 5º, inciso LXXV da Lei Maior: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como aquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença.” (BRASIL, 1988).

Dessa forma encontra-se assegurada a indenização por erro judiciário pelo Estado, decorrente do exercício jurisdicional. Da conjunção dessa norma com o § 6º, do art. 37, configurado o erro judiciário, o dano dele decorrente, e o nexo de causalidade, surge o dever do Estado de repará-lo. (NANNI, 1999, p. 122).

A respeito do erro judiciário, ressalta Aguiar Dias (1997, p. 640-641) que:

É difícil ocorrer prisão preventiva que se mostre de toda autorizadora; e, quando assim não aconteça, não é possível reconhecer indenização ao prejudicado. Mas quando ela assume todos os característicos do erro judiciário, a indenização é devida, porque o fundamento da reparação não é o ato ilícito, mas o risco social, que, embora nem sempre se confesse, se insinua, como expressão da consciência jurídica, na obra legislativa. Assim toda privação injusta da liberdade deve gerar reparação até porque o art. 5º, da Constituição sem dúvida o autoriza.

Em suma, um dos motivos que leva o juiz muitas vezes a errar, é o clamor público, em que o juiz é pressionado a dar uma resposta rápida à sociedade, porque se não a justiça pode perder a credibilidade perante a todos.

5 CONCLUSÃO

Diariamente, inúmeros cidadãos vão parar na prisão. Muitos desses, porém, estão ali devido a erros do Judiciário. A maior parte dessas pessoas apresentam o nível de renda e escolaridade baixa, aumentando a vulnerabilidade em relação aos que os colocaram atrás das grades.

A prisão cautelar, em especial, a prisão preventiva, que foi destaque desta monografia, é a que mais tem levado inocentes para a prisão. Em nome de alguns requisitos, como a ordem pública, aumenta-se o número de vítimas do erro do judiciário.

A sociedade que clama por justiça, tem em muito, contribuído na decisão do juiz. Este em resposta a população, coloca na prisão, um suposto condenado que clama por sua inocência.

Só então após dias, meses e até anos, este é liberto, porque descobre-se a sua não autoria no crime que foi injustamente condenado.

Portanto, começa aqui novas dificuldades e sofrimentos, já que problemas de caráter social, familiar e até mesmo psicológico começam a surgir. O nascimento do dever do Estado de indenizá-lo e pleiteá-lo por danos morais e materiais vem como dever de “amenizar”, já que não se pode dizer “corrigir”, o erro cometido judicialmente.

Concluiu-se então, que a privação da liberdade não tem preço, e que o estado de inocência, garantia constitucional, não tem sido respeitada ainda em grande parte das vezes.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. **Responsabilidade do estado por atos legislativos e jurisdicionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. v. 18.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de A. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Madras, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula. **Eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BEZERRA FILHO, Aluísio. **Prisão por erro judiciário**: indenização por dano moral e material. Paraíba, 2004. Disponível em: <H:\Prisão por erro judiciário indenização por dano moral e material Co A Justiça do Direito Online.mht>. Acesso em: 5 abr. 2011.

BITTAR, Eduardo C.B. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática da monografia para os cursos de direito. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Reforma do código de processo penal**: comentários à lei n.12.403 de 4 de maio de 2011. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CAGNANI, Rafael de Souza. A ordem econômica e sua proteção penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1018, 15 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8249>>. Acesso em: 18 out. 2011.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 2.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 1995.

CAMARGO, Mônica Ovinski. **Princípio da presunção de inocência no Brasil**: o conflito entre punir e libertar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Jeferson Moreira de. **Prisão e liberdade provisória**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. **Metodologia científica**: para uso dos estudantes universitários. 3. ed. São Paulo: Makron Books do Brasil, 1983.

D'URSO, Flavia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2007.

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

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v.1-2.

GEMAQUE, Sílvio César Arouck. **Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar**. São Paulo: Rcs, 2006.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES FILHO, Antônio Magalhaes. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, Luiz Flávio. **Prisão e medidas cautelares**: comentários à Lei 12403, de 4 de maio de 2011. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

_____. **Estudos de direito e processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESUS, Damásio. **Direito penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

KARAM, Maria Lúcia. Prisão e liberdades processuais. In: **Revista Brasileira de Ciências criminais**, n. 2, **ANO**.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**: Lei 12.403\2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2003.

MARTINS, José Henrique Schaefer. **A prisão provisória**: medida de exceção no direito criminal brasileiro. Curitiba: Juruá, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Título**. In: **Constituição do Brasil interpretada**. São Paulo: Atlas, 2002.

NANNI, Giovanni Ettore. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Max limonada, 1999.366 p.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

NICOLITT, André Luiz. **As subversões da presunção de inocência**: violência, cidade, e processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**. As reformas processuais penais introduzidas pela lei 12.403 de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

_____. **Curso de processo penal**. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2005.

PANTALEÃO, Juliana F.; MARCOCHI, Marcelo C. Indenização: erro judiciário e prisão indevida. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 416, 27 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5642>>. Acesso em: 28 mar. 2011.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

QUIRINO, Arnaldo. **Prisão ilegal e responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Atlas, 1999.

SAUWEN FILHO, João Francisco. **Da responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SCHMITT, Augusto Ricardo. **Princípios penais constitucionais**: direito e processo penal à luz da constituição federal. Salvador: Podivm, 2007.

SENTO SÉ, João. **Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade**: no direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ltda, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 10.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

VIEIRA, João Alfredo Medeiros. **A prisão cautelar**. São Paulo: Ledix, 2005.

ANEXO - Alterações da Lei nº 12.403, de maio de 2011

Tabela Comparativa da Reforma Implementada pela Lei N.12.403, de Maio de 2011

REDAÇÃO ANTERIOR	NOVA REDAÇÃO
Título IX Da Prisão e da Liberdade Provisória Capítulo I Disposições Gerais	Título IX Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória Capítulo I Disposições Gerais
Art.282. À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão em virtude de pronúncia ou nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente.	“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, 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).” (NR)
Art. 283. A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.	“Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. §1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. §2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.”(NR)
Art. 284. Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso. Art. 285. A autoridade que ordenar a prisão fará expedir o respectivo mandado. Parágrafo único. O mandado de prisão: a) será lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade; b) designará a pessoa, que tiver de ser presa, por seu nome, alcunha ou sinais característicos; c) mencionará a infração penal que motivar a prisão; d) declarará o valor da fiança arbitrada, quando afiançável a infração; e) será dirigido a quem tiver qualidade para dar-lhe execução. Art. 286. O mandado será passado em duplicata, e o executor entregará ao preso, logo depois da prisão, um dos exemplares com declaração do dia, hora e lugar da diligência. Da entrega deverá o preso passar recibo no outro exemplar; se recusar, não souber ou não puder escrever, o fato será mencionado em declaração, assinada por duas testemunhas. Art. 287. Se a infração for inafiançável, a	Art. 284. Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso. Art. 285. A autoridade que ordenar a prisão fará expedir o respectivo mandado. Parágrafo único. O mandado de prisão: a) será lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade; b) designará a pessoa, que tiver de ser presa, por seu nome, alcunha ou sinais característicos; c) mencionará a infração penal que motivar a prisão; d) declarará o valor da fiança arbitrada, quando afiançável a infração; e) será dirigido a quem tiver qualidade para dar-lhe execução. Art. 286. O mandado será passado em duplicata, e o executor entregará ao preso, logo depois da prisão, um dos exemplares com declaração do dia, hora e lugar da diligência. Da entrega deverá o preso passar recibo no outro exemplar; se recusar, não souber ou não puder escrever, o fato será mencionado em declaração, assinada por duas testemunhas. Art. 287. Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará à prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado.

falta de exibição do mandado não obstará à prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado. Art. 288. Ninguém será recolhido à prisão, sem que seja exibido o mandado ao respectivo diretor ou carcereiro, a quem será entregue cópia assinada pelo executor ou apresentada a guia expedida pela autoridade competente, devendo ser passado recibo da entrega do preso, com declaração de dia e hora. Parágrafo único. O recibo poderá ser passado no próprio exemplar do mandado, se este for o documento exibido.	Art. 288. Ninguém será recolhido à prisão, sem que seja exibido o mandado ao respectivo diretor ou carcereiro, a quem será entregue cópia assinada pelo executor ou apresentada a guia expedida pela autoridade competente, devendo ser passado recibo da entrega do preso, com declaração de dia e hora. Parágrafo único. O recibo poderá ser passado no próprio exemplar do mandado, se este for o documento exibido.
Art. 289. Quando o réu estiver no território nacional, em lugar estranho ao da jurisdição, será deprecada a sua prisão, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado. Parágrafo único. Havendo urgência, o juiz poderá requisitar a prisão por telegrama, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como, se afiançável a infração, o valor da fiança. No original levado à agência telegráfica será autenticada a firma do juiz, o que se mencionará no telegrama.	“Art. 289. Quando o acusado estiver no território nacional, fora da jurisdição do juiz processante, será deprecada a sua prisão, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado. §1º Havendo urgência, o juiz poderá requisitar a prisão por qualquer meio de comunicação, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como o valor da fiança se arbitrada. §2º A autoridade a quem se fizer a requisição tomará as precauções necessárias para averiguar a autenticidade da comunicação. §3º O juiz processante deverá providenciar a remoção do preso no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida.”(NR)
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	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

fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for no seu encalço. §2º Quando as autoridades locais tiverem fundadas razões para duvidar da legitimidade da pessoa do executor ou da legalidade do mandado que apresentar, poderão pôr em custódia o réu, até que fique esclarecida a dúvida. Art. 291. A prisão em virtude de mandado entender-se-á feita desde que o executor, fazendo-se conhecer do réu, lhe apresente o mandado e o intime a acompanhá-lo. Art. 292. Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas. Art. 293. Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso; sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão. Parágrafo único. O morador que se recusar a entregar o réu oculto em sua casa será levado à presença da autoridade, para que se proceda contra ele como for de direito. Art. 294. No caso de prisão em flagrante, observar-se-á o disposto no artigo anterior, no que for aplicável. Art. 295. Serão recolhidos a quartéis ou a	tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for no seu encalço. §2º Quando as autoridades locais tiverem fundadas razões para duvidar da legitimidade da pessoa do executor ou da legalidade do mandado que apresentar, poderão pôr em custódia o réu, até que fique esclarecida a dúvida. Art. 291. A prisão em virtude de mandado entender-se-á feita desde que o executor, fazendo-se conhecer do réu, lhe apresente o mandado e o intime a acompanhá-lo. Art. 292. Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas. Art. 293. Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso; sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão. Parágrafo único. O morador que se recusar a entregar o réu oculto em sua casa será levado à presença da autoridade, para que se proceda contra ele como for de direito. Art. 294. No caso de prisão em flagrante, observar-se-á o disposto no artigo anterior, no que for aplicável. Art. 295. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva: I - os ministros de Estado; II - os governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de Polícia;
---	--

prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva: I - os ministros de Estado; II - os governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de Polícia; (Redação dada pela Lei nº 3.181, de 11.6.1957) III - os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembléias Legislativas dos Estados; IV - os cidadãos inscritos no “Livro de Mérito”; V - os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; (Redação dada pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001) VI - os magistrados; VII - os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República; VIII - os ministros de confissão religiosa; IX - os ministros do Tribunal de Contas; X - os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função; XI - os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos. (Redação dada pela Lei nº 5.126, de 20.9.1966) §1º A prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum. (Incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001) §2º Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento. (Incluído pela Lei nº	(Redação dada pela Lei nº 3.181, de 11.6.1957) III - os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembléias Legislativas dos Estados; IV - os cidadãos inscritos no “Livro de Mérito”; V - os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; (Redação dada pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001) VI - os magistrados; VII - os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República; VIII - os ministros de confissão religiosa; IX - os ministros do Tribunal de Contas; X - os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função; XI - os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos.(Redação dada pela Lei nº 5.126, de 20.9.1966) §1º A prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum. (Incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001) §2º Não havendo estabelecimento específico ara o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento. (Incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001). §3º A cela especial poderá consistir em alojamento coletivo, atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana. (Incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001) §4º O preso especial não será transportado juntamente com o preso comum. (Incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001) §5º Os demais direitos e deveres do preso especial serão os mesmos do preso comum. (Incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001) Art. 296. Os inferiores e praças de pré, onde for possível, serão recolhidos à prisão, em
---	---

10.258, de 11.7.2001) §3º A cela especial poderá consistir em alojamento coletivo, atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana. (Incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001) §4º O preso especial não será transportado juntamente com o preso comum. (Incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001) §5º Os demais direitos e deveres do preso especial serão os mesmos do preso comum. (Incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001) Art. 296. Os inferiores e praças de pré, onde for possível, serão recolhidos à prisão, em estabelecimentos militares, de acordo com os respectivos regulamentos. Art. 297. Para o cumprimento de mandado expedido pela autoridade judiciária, a autoridade policial poderá expedir tantos outros quantos necessários às diligências, devendo neles ser fielmente reproduzido o teor do mandado original. Art. 298. Se a autoridade tiver conhecimento de que o réu se acha em território estranho ao da sua jurisdição, poderá, por via postal ou telegráfica, requisitar a sua captura, declarando o motivo da prisão e, se afiançável a infração, o valor da fiança.	estabelecimentos militares, de acordo com os respectivos regulamentos. Art. 297. Para o cumprimento de mandado expedido pela autoridade judiciária, a autoridade policial poderá expedir tantos outros quantos necessários às diligências, devendo neles ser fielmente reproduzido o teor do mandado original. Art. 298. Se a autoridade tiver conhecimento de que o réu se acha em território estranho ao da sua jurisdição, poderá, por via postal ou telegráfica, requisitar a sua captura, declarando o motivo da prisão e, se afiançável a infração, o valor da fiança.
Art. 299. Se a infração for inafiançável, a captura poderá ser requisitada, à vista de mandado judicial, por via telefônica, tomadas pela autoridade, a quem se fizer a requisição, as precauções necessárias para averiguar a autenticidade desta.	“Art. 299. A captura poderá ser requisitada, à vista de mandado judicial, por qualquer meio de comunicação, tomadas pela autoridade, a quem se fizer a requisição, as precauções necessárias para averiguar a autenticidade desta.” (NR)
Art. 300. Sempre que possível, as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas.	“Art. 300. As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal. Parágrafo único. O militar preso em flagrante delito, após a lavratura dos procedimentos

	legais, será recolhido a quartel da instituição a que pertencer, onde ficará preso à disposição das autoridades competentes.”(NR)
CAPÍTULO II DA PRISÃO EM FLAGRANTE Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Art. 302. 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. Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto. (Redação dada pela Lei nº 11.113, de 2005) §1º Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.	CAPÍTULO II DA PRISÃO EM FLAGRANTE Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Art. 302. 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. Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto. (Redação dada pela Lei nº 11.113, de 2005) §1º Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja. §2º A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade.

§2º A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade. §3º Quando o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas, que tenham ouvido sua leitura na presença deste. (Redação dada pela Lei nº 11.113, de 2005) Art. 305. Na falta ou no impedimento do escrivão, qualquer pessoa designada pela autoridade lavrará o auto, depois de prestado o compromisso legal.	§3º Quando o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas, que tenham ouvido sua leitura na presença deste. (Redação dada pela Lei nº 11.113, de 2005) Art. 305. Na falta ou no impedimento do escrivão, qualquer pessoa designada pela autoridade lavrará o auto, depois de prestado o compromisso legal.
Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada. (Redação dada pela Lei nº 11.449, de 2007). §1º Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (Redação dada pela Lei nº 11.449, de 2007). §2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas. (Incluído pela Lei nº 11.449, de 2007).	“Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. §1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. §2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.”(NR)
Art. 307. Quando o fato for praticado em presença da autoridade, ou contra esta, no exercício de suas funções, constarão do auto a narração deste fato, a voz de prisão, as declarações que fizer o preso e os depoimentos das testemunhas, sendo tudo assinado pela autoridade, pelo preso e pelas testemunhas e remetido imediatamente ao juiz a quem couber	Art. 307. Quando o fato for praticado em presença da autoridade, ou contra esta, no exercício de suas funções, constarão do auto a narração deste fato, a voz de prisão, as declarações que fizer o preso e os depoimentos das testemunhas, sendo tudo assinado pela autoridade, pelo preso e pelas testemunhas e remetido imediatamente ao juiz a quem couber tomar conhecimento do fato delituoso, se não o

tomar conhecimento do fato delituoso, se não o for a autoridade que houver presidido o auto. Art. 308. Não havendo autoridade no lugar em que se tiver efetuado a prisão, o preso será logo apresentado à do lugar mais próximo. Art. 309. Se o réu se livrar solto, deverá ser posto em liberdade, depois de lavrado o auto de prisão em flagrante.	for a autoridade que houver presidido o auto. Art. 308. Não havendo autoridade no lugar em que se tiver efetuado a prisão, o preso será logo apresentado à do lugar mais próximo. Art. 309. Se o réu se livrar solto, deverá ser posto em liberdade, depois de lavrado o auto de prisão em flagrante.
Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação. Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312). (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)	“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.” (NR)
CAPÍTULO III DA PRISÃO PREVENTIVA Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 5.349, de 3.11.1967)	CAPÍTULO III DA PRISÃO PREVENTIVA “Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.” (NR)
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	“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.

crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)	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).” (NR)
Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos: (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977) I - punidos com reclusão; (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977) II - punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977) III - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal. (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977) IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. (Incluído pela Lei nº 11.340, de 2006)	“Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; IV - (revogado). Parágrafo único. Também será admitida 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.” (NR)
Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições do art. 19, ns. I, II ou III do Código Penal. (Redação dada pela Lei nº 5.349, de 3.11.1967)	“Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.” (NR)
Art. 315. O despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado. (Redação dada pela Lei nº 5.349, de 3.11.1967)	“Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.” (NR)
Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 5.349, de	Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 5.349, de

3.11.1967)	3.11.1967)
CAPÍTULO IV DA APRESENTAÇÃO ESPONTÂNEA DO ACUSADO Art. 317. A apresentação espontânea do acusado à autoridade não impedirá a decretação da prisão preventiva nos casos em que a lei a autoriza.	“CAPÍTULO IV DA PRISÃO DOMICILIAR” “Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.” (NR)
Art. 318. Em relação àquele que se tiver apresentado espontaneamente à prisão, confessando crime de autoria ignorada ou imputada a outrem, não terá efeito suspensivo a apelação interposta da sentença absolutória, ainda nos casos em que este Código lhe atribuir tal efeito.	“Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I - maior de 80 (oitenta) anos; II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.”(NR)
CAPÍTULO V DA PRISÃO ADMINISTRATIVA Art. 319. A prisão administrativa terá cabimento: I - contra remissos ou omissos em entrar para os cofres públicos com os dinheiros a seu cargo, a fim de compeli-los a que o façam; II - contra estrangeiro desertor de navio de guerra ou mercante, surto em porto nacional; III - nos demais casos previstos em lei. §1º A prisão administrativa será requisitada à autoridade policial nos casos dos ns. I e III, pela autoridade que a tiver decretado e, no caso do no II, pelo cônsul do país a que pertença o navio. §2º A prisão dos desertores não poderá durar mais de três meses e será comunicada aos cônsules. §3º Os que forem presos à requisição de	“CAPÍTULO V DAS OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES” “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 investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou

autoridade administrativa ficarão à sua disposição.	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. §1º (Revogado). §2º (Revogado). §3º (Revogado). §4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.”(NR)
Art. 320. A prisão decretada na jurisdição cível será executada pela autoridade policial a quem forem remetidos os respectivos mandados.	“Art. 320. A proibição de ausentar-se do País 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.” (NR)
CAPÍTULO VI DA LIBERDADE PROVISÓRIA, COM OU SEM FIANÇA Art. 321. Ressalvado o disposto no art. 323, III e IV, o réu livrar-se-á solto, independentemente de fiança: I - no caso de infração, a que não for, isolada, cumulativa ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade; II - quando o máximo da pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada, não exceder a três meses.	CAPÍTULO VI DA LIBERDADE PROVISÓRIA, COM OU SEM FIANÇA “Art. 321. 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 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código. I - (revogado) II - (revogado).” (NR)
Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão	“Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior

simples.(Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977) Parágrafo único. Nos demais casos do art. 323, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas. (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)	a 4 (quatro) anos. Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.”(NR)
Art. 323. Não será concedida fiança: I - nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a 2 (dois) anos; (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977) II - nas contravenções tipificadas nos arts. 59 e 60 da Lei das Contravenções Penais; (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977) III - nos crimes dolosos punidos com pena privativa da liberdade, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado; (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977) IV - em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio; V - nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça. (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)	“Art. 323. Não será concedida fiança: I - nos crimes de racismo; II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos; III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; IV - (revogado); V - (revogado).” (NR)
Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança: I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se refere o art. 350; II - em caso de prisão por mandado do juiz do cível, de prisão disciplinar, administrativa ou militar; III - ao que estiver no gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, salvo se processado por crime culposos ou contravenção que admita fiança; IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312). (Incluído pela Lei	“Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança: I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código; II - em caso de prisão civil ou militar; III - (revogado); IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).” (NR)

nº 6.416, de 24.5.1977)	
Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites: (Redação dada pela Lei nº 7.780, de 22.6.1989) a) de 1 (um) a 5 (cinco) salários mínimos de referência, quando se tratar de infração punida, no grau máximo, com pena privativa da liberdade, até 2 (dois) anos; (Incluída pela Lei nº 7.780, de 22.6.1989) b) de 5 (cinco) a 20 (vinte) salários mínimos de referência, quando se tratar de infração punida com pena privativa da liberdade, no grau máximo, até 4 (quatro) anos; (Incluída pela Lei nº 7.780, de 22.6.1989) c) de 20 (vinte) a 100 (cem) salários mínimos de referência, quando o máximo da pena cominada for superior a 4 (quatro) anos. (Incluída pela Lei nº 7.780, de 22.6.1989) §1º Se assim o recomendar a situação econômica do réu, a fiança poderá ser: (Incluído pela Lei nº 8.035, de 27.4.1990) I - reduzida até o máximo de dois terços; (Incluído pela Lei nº 8.035, de 27.4.1990) II - aumentada, pelo juiz, até o décuplo. (Incluído pela Lei nº 8.035, de 27.4.1990) §2º Nos casos de prisão em flagrante pela prática de crime contra a economia popular ou de crime de sonegação fiscal, não se aplica o disposto no art. 310 e parágrafo único deste Código, devendo ser observados os seguintes procedimentos: (Incluído pela Lei nº 8.035, de 27.4.1990) I - a liberdade provisória somente poderá ser concedida mediante fiança, por decisão do juiz competente e após a lavratura do auto de prisão em flagrante; (Incluído pela Lei nº 8.035, de 27.4.1990) II - o valor de fiança será fixado pelo juiz que a conceder, nos limites de dez mil a cem mil vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional - BTN, da data da prática do crime; (Incluído pela Lei nº	“Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites: a) (revogada); b) (revogada); c) (revogada). I - de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos; II - de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos. §1º Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser: I - dispensada, na forma do art. 350 deste Código; II - reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou III - aumentada em até 1.000 (mil) vezes. §2º (Revogado): I - (revogado); II - (revogado); III - (revogado).” (NR)

8.035, de 27.4.1990) III - se assim o recomendar a situação econômica do réu, o limite mínimo ou máximo do valor da fiança poderá ser reduzido em até nove décimos ou aumentado até o décuplo. (Incluído pela Lei nº 8.035, de 27.4.1990)	
Art. 326. Para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento. Art. 327. A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada. Art. 328. O réu afiançado não poderá, sob pena de quebraimento da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado. Art. 329. Nos juízos criminais e delegacias de polícia, haverá um livro especial, com termos de abertura e de encerramento, numerado e rubricado em todas as suas folhas pela autoridade, destinado especialmente aos termos de fiança. O termo será lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade e por quem prestar a fiança, e dele extrair-se-á certidão para juntar-se aos autos. Parágrafo único. O réu e quem prestar a fiança serão pelo escrivão notificados das obrigações e da sanção previstas nos arts. 327 e 328, o que constará dos autos. Art. 330. A fiança, que será sempre definitiva, consistirá em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública,	Art. 326. Para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento. Art. 327. A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada. Art. 328. O réu afiançado não poderá, sob pena de quebraimento da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado. Art. 329. Nos juízos criminais e delegacias de polícia, haverá um livro especial, com termos de abertura e de encerramento, numerado e rubricado em todas as suas folhas pela autoridade, destinado especialmente aos termos de fiança. O termo será lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade e por quem prestar a fiança, e dele extrair-se-á certidão para juntar-se aos autos. Parágrafo único. O réu e quem prestar a fiança serão pelo escrivão notificados das obrigações e da sanção previstas nos arts. 327 e 328, o que constará dos autos. Art. 330. A fiança, que será sempre definitiva, consistirá em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar. §1º A avaliação de imóvel, ou de pedras, objetos ou metais preciosos será feita imediatamente por

federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar. §1º A avaliação de imóvel, ou de pedras, objetos ou metais preciosos será feita imediatamente por perito nomeado pela autoridade. §2º Quando a fiança consistir em caução de títulos da dívida pública, o valor será determinado pela sua cotação em Bolsa, e, sendo nominativos, exigir-se-á prova de que se acham livres de ônus. Art. 331. O valor em que consistir a fiança será recolhido à repartição arrecadadora federal ou estadual, ou entregue ao depositário público, juntando-se aos autos os respectivos conhecimentos. Parágrafo único. Nos lugares em que o depósito não se puder fazer de pronto, o valor será entregue ao escrivão ou pessoa abonada, a critério da autoridade, e dentro de três dias dar-se-á ao valor o destino que Ihe assina este artigo, o que tudo constará do termo de fiança. Art. 332. Em caso de prisão em flagrante, será competente para conceder a fiança a autoridade que presidir ao respectivo auto, e, em caso de prisão por mandado, o juiz que o houver expedido, ou a autoridade judiciária ou policial a quem tiver sido requisitada a prisão. Art. 333. Depois de prestada a fiança, que será concedida independentemente de audiência do Ministério Público, este terá vista do processo a fim de requerer o que julgar conveniente.	perito nomeado pela autoridade. §2º Quando a fiança consistir em caução de títulos da dívida pública, o valor será determinado pela sua cotação em Bolsa, e, sendo nominativos, exigir-se-á prova de que se acham livres de ônus. Art. 331. O valor em que consistir a fiança será recolhido à repartição arrecadadora federal ou estadual, ou entregue ao depositário público, juntando-se aos autos os respectivos conhecimentos. Parágrafo único. Nos lugares em que o depósito não se puder fazer de pronto, o valor será entregue ao escrivão ou pessoa abonada, a critério da autoridade, e dentro de três dias dar-se-á ao valor o destino que Ihe assina este artigo, o que tudo constará do termo de fiança. Art. 332. Em caso de prisão em flagrante, será competente para conceder a fiança a autoridade que presidir ao respectivo auto, e, em caso de prisão por mandado, o juiz que o houver expedido, ou a autoridade judiciária ou policial a quem tiver sido requisitada a prisão. Art. 333. Depois de prestada a fiança, que será concedida independentemente de audiência do Ministério Público, este terá vista do processo a fim de requerer o que julgar conveniente.
Art. 334. A fiança poderá ser prestada em qualquer termo do processo, enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória.	“Art. 334. A fiança poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória.” (NR)
Art. 335. Recusando ou demorando a autoridade policial a concessão da fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá, depois de ouvida aquela autoridade.	“Art. 335. Recusando ou retardando a autoridade policial a concessão da fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.” (NR)

Art. 336. O dinheiro ou objetos dados como fiança ficarão sujeitos ao pagamento das custas, da indenização do dano e da multa, se o réu for condenado. Parágrafo único. Este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória (Código Penal, art. 110 e seu parágrafo).	“Art. 336. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado. Parágrafo único. Este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória (art. 110 do Código Penal).”(NR)
Art. 337. Se a fiança for declarada sem efeito ou passar em julgado a sentença que houver absolvido o réu ou declarado extinta a ação penal, o valor que a constituir será restituído sem desconto, salvo o disposto no parágrafo do artigo anterior.	“Art. 337. Se a fiança for declarada sem efeito ou passar em julgado sentença que houver absolvido o acusado ou declarada extinta a ação penal, o valor que a constituir, atualizado, será restituído sem desconto, salvo o disposto no parágrafo único do art. 336 deste Código.” (NR)
Art. 338. A fiança que se reconheça não ser cabível na espécie será cassada em qualquer fase do processo. Art. 339. Será também cassada a fiança quando reconhecida a existência de delito inafiançável, no caso de inovação na classificação do delito. Art. 340. Será exigido o reforço da fiança: I - quando a autoridade tomar, por engano, fiança insuficiente; II - quando houver depreciação material ou perecimento dos bens hipotecados ou caucionados, ou depreciação dos metais ou pedras preciosas; III - quando for inovada a classificação do delito. Parágrafo único. A fiança ficará sem efeito e o réu será recolhido à prisão, quando, na conformidade deste artigo, não for reforçada.	Art. 338. A fiança que se reconheça não ser cabível na espécie será cassada em qualquer fase do processo. Art. 339. Será também cassada a fiança quando reconhecida a existência de delito inafiançável, no caso de inovação na classificação do delito. Art. 340. Será exigido o reforço da fiança: I - quando a autoridade tomar, por engano, fiança insuficiente; II - quando houver depreciação material ou perecimento dos bens hipotecados ou caucionados, ou depreciação dos metais ou pedras preciosas; III - quando for inovada a classificação do delito. Parágrafo único. A fiança ficará sem efeito e o réu será recolhido à prisão, quando, na conformidade deste artigo, não for reforçada.
Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o réu, legalmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem provar, incontinenti, motivo justo, ou quando, na vigência da fiança, praticar outra infração penal.	“Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado: I - regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo; II - deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo; III - descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;

	IV - resistir injustificadamente a ordem judicial; V - praticar nova infração penal dolosa.”(NR)
Art. 342. Se vier a ser reformado o julgamento em que se declarou quebrada a fiança, esta subsistirá em todos os seus efeitos	Art. 342. Se vier a ser reformado o julgamento em que se declarou quebrada a fiança, esta subsistirá em todos os seus efeitos
Art. 343. O quebramento da fiança importará a perda de metade do seu valor e a obrigação, por parte do réu, de recolher-se à prisão, prosseguindo-se, entretanto, à sua revelia, no processo e julgamento, enquanto não for preso.	“Art. 343. O quebramento injustificado da fiança importará na perda de metade do seu valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva.” (NR)
Art. 344. Entender-se-á perdido, na totalidade, o valor da fiança, se, condenado, o réu não se apresentar à prisão.	“Art. 344. Entender-se-á perdido, na totalidade, o valor da fiança, se, condenado, o acusado não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta.” (NR)
Art. 345. No caso de perda da fiança, depois de deduzidas as custas e mais encargos a que o réu estiver obrigado, o saldo será recolhido ao Tesouro Nacional.	“Art. 345. No caso de perda da fiança, o seu valor, deduzidas as custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado, será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.” (NR)
Art. 346. No caso de quebramento de fiança, feitas as deduções previstas no artigo anterior, o saldo será, até metade do valor da fiança, recolhido ao Tesouro Federal.	“Art. 346. No caso de quebramento de fiança, feitas as deduções previstas no art. 345 deste Código, o valor restante será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.” (NR)
Art. 347. Não ocorrendo a hipótese do art. 345, o saldo será entregue a quem houver prestado a fiança, depois de deduzidos os encargos a que o réu estiver obrigado. Art. 348. Nos casos em que a fiança tiver sido prestada por meio de hipoteca, a execução será promovida no juízo cível pelo órgão do Ministério Público. Art. 349. Se a fiança consistir em pedras, objetos ou metais preciosos, o juiz determinará a venda por leiloeiro ou corretor.	Art. 347. Não ocorrendo a hipótese do art. 345, o saldo será entregue a quem houver prestado a fiança, depois de deduzidos os encargos a que o réu estiver obrigado. Art. 348. Nos casos em que a fiança tiver sido prestada por meio de hipoteca, a execução será promovida no juízo cível pelo órgão do Ministério Público. Art. 349. Se a fiança consistir em pedras, objetos ou metais preciosos, o juiz determinará a venda por leiloeiro ou corretor.
Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando ser impossível ao réu prestá-la, por motivo de pobreza, poderá conceder-lhe a liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328. Se o réu infringir, sem motivo justo, qualquer	“Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso.

dessas obrigações ou praticar outra infração penal, será revogado o benefício. Parágrafo único. O escrivão intimará o réu das obrigações e sanções previstas neste artigo.	Parágrafo único. Se o beneficiado descumprir, sem motivo justo, qualquer das obrigações ou medidas impostas, aplicar-se-á o disposto no § 4o do art. 282 deste Código.” (NR) “Art. 439. O exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante e estabelecerá presunção de idoneidade moral.” (NR) Art. 2º O Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 289-A: “Art. 289-A. O juiz competente providenciará o imediato registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça para essa finalidade. §1º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão determinada no mandado de prisão registrado no Conselho Nacional de Justiça, ainda que fora da competência territorial do juiz que o expediu. §2º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão decretada, ainda que sem registro no Conselho Nacional de Justiça, adotando as precauções necessárias para averiguar a autenticidade do mandado e comunicando ao juiz que a decretou, devendo este providenciar, em seguida, o registro do mandado na forma do caput deste artigo. §3º A prisão será imediatamente comunicada ao juiz do local de cumprimento da medida o qual providenciará a certidão extraída do registro do Conselho Nacional de Justiça e informará ao juízo que a decretou. §4º O preso será informado de seus direitos, nos termos do inciso LXIII do art. 5o da Constituição Federal e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, será comunicado à Defensoria Pública. §5º Havendo dúvidas das autoridades locais sobre a legitimidade da pessoa do executor ou sobre a identidade do preso, aplica-se o disposto no § 2o do art. 290 deste Código. §6º O Conselho Nacional de Justiça regulamentará o registro do mandado de prisão a que se refere o caput deste artigo.”
--	---