

DIREITO PROCESSUAL PENAL

ARTIGO

PROCESSO CAUTELAR, PRISÃO PROCESSUAL E ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS EXECUTIVOS DA SENTENÇA PENAL

HÉLVIO SIMÕES VIDAL

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito (UGF-RJ). Professor de Direito e Processo Penal das Faculdades Integradas Vianna Júnior/Juiz de Fora-MG. Professor do Curso de Especialização em Ciências Penais da UFJF-MG.

RESUMO: O artigo desenvolve uma teoria do processo cautelar, fundada em cinco pressupostos: a) sumariiedade da cognição; b) iminência de dano irreparável; c) temporariedade; d) situação cautelanda; e) sentença mandamental, de modo a distinguir conceitualmente a tutela verdadeiramente cautelar dos demais processos sumários e das outras formas de tutela da urgência, mostrando a incompatibilidade do processo penal cautelar com as prisões processuais, pois elas se caracterizam por antecipar os efeitos executivos da sentença penal. Como síntese, o artigo procura compatibilizar as prisões processuais com a presunção de inocência e com o processo penal democrático.

PALAVRAS-CHAVE: Processo cautelar; prisões processuais; antecipação dos efeitos executivos da sentença penal; presunção de inocência; processo penal democrático.

ABSTRACT: The article discusses a theory of the preventive proceeding which was based upon five presuppositions: a) summary cognition; b) imminence of irrecoverable damage; c) temporality; d) preventive situation; e) administrative sentence, so as to conceptually distinguish the real preliminary injunction of the other summary proceedings and of the other forms of preventive injunctions, by

showing the incompatibility of the preventive criminal proceeding with procedural arrests, since they are characterized for anticipating the force of sentence of conviction. To sum up, the article attempts to make procedural arrests compatible with innocence assumption and with the democratic criminal proceeding.

KEY WORDS: Preventive proceeding; procedural arrest; anticipation of the force of sentence of conviction; innocence assumption; democratic criminal proceeding.

SUMÁRIO: 1. Processo cautelar e urgência. 2. Pressupostos da tutela cautelar. 3. A liminar na ação cautelar. 4. A prisão processual, seus problemas e alternativas. 5. A antecipação dos efeitos executivos da sentença penal. 6. Referências bibliográficas.

1. Processo cautelar e urgência

A tutela cautelar possui raízes na luta contra o tempo e no esforço pela *efetividade do processo*. As suas bases filosóficas decorrem imediatamente da concepção do processo de conhecimento como um instrumento amorfo para a efetivação dos direitos e que contém mais pensamento do que atos, correspondendo a sua ordinariedade e plenitude ao valor de segurança jurídica absoluta, para atender aos valores do individualismo liberal do século XIX. A descoberta do processo cautelar, como uma forma de processo definitivo, mas não satisfativo, decorrendo das conquistas científicas em tema de classificação das sentenças, permitiu que o procedimento ordinário fosse posto a salvo de seus defeitos mais notórios, dentre eles, a posição de passividade a que o juiz é submetido e a ausência de atos imperativos. A síntese do processo cautelar está na urgência de que certos direitos sejam protegidos jurisdicionalmente e que as demais formas de tutela são inadequadas a essa proteção que só o Estado pode prestar, como titular do monopólio da função jurisdicional. O Estado não pode negar ao particular, a quem a ordem jurídica reconheça algum direito, ou algum interesse juridicamente protegido, os meios de assegurá-lo preventivamente, antes de sua violação, “[...] mesmo porque, em muitos casos, essa violação signi-

ficará irremediável destruição do próprio direito que se terá de contentar com o sucedâneo da eventual e muitas vezes problemática composição pecuniária”. (BAPTISTA DA SILVA, 1986, p. 74). Diante da iminência de um dano irreparável e da necessidade imediata de tutela jurisdicional, opta o Estado pela preservação do direito ameaçado, sacrificando outro interesse igualmente digno de proteção, ou seja, a segurança jurídica. Na tensão entre segurança e efetividade dos direitos, o processo cautelar tende a assegurar essa última. A tutela cautelar está, igualmente, imersa em grande celeuma dogmática, fomentada por implicações políticas e ideológicas, havendo abundância de teorias sobre praticamente tudo o que a envolve e, igualmente, segundo a marcante teoria de Calamandrei (1936), sobre a sua função, que se resumiria à *tutela do processo*, sendo as medidas cautelares predispostas no interesse da administração da justiça, servindo, ainda, para a atuação da *polícia judiciária*. (CALAMANDREI, 1936, p. 144-145). No âmbito do processo cautelar, igualmente, pretende-se incluir todas as decisões, prolatadas em procedimentos sumários, cuja finalidade estaria na antecipação dos efeitos da sentença eventualmente determinada no processo principal, incrementando a desordem dogmática sobre a tutela cautelar, que poderia apresentar-se em forma de provimentos antecipatórios e substitutivos da sentença final. Assim, em vez de assegurar, simplesmente, o direito ameaçado, o processo cautelar serviria para realizar o direito, ainda que provisoriamente, configurando-se como instrumento para a sua satisfação antecipada e, com isso, tornando supérfluo e inútil não só o processo como a sentença na ação principal. A transposição da célebre teoria de Calamandrei (1936) para o processo penal, com a aceitação de que o objetivo do processo cautelar é o de assegurar e garantir a futura efetividade do processo de conhecimento e do provimento jurisdicional, imperando, nas medidas cautelares, mais um poder de polícia do juízo, que tem por natural consequência a tradicional aceitação da prisão preventiva como *prisão cautelar*. LIMA (2005, p. 57, 60, 97, 252). Quando o processo cautelar passa a admitir *liminares satisfativas*, o resultado disso é um caudal de ações nas quais o empenho está não na obtenção da sentença final, mas da liminar, que teria a virtude mágica de resolver a lentidão do processo de conhecimento e, enfim, os problemas de enraizada matriz institucional do Poder Judiciário, e isso à

custa de uma desvantagem processual de uma das partes, que poderá sofrer os efeitos irreversíveis da decisão, sem falar na duplicação do trabalho, posto que, além da ação cautelar, torna-se indispensável um segundo processo, dito principal, o qual comporia a lide de forma definitiva. A ação cautelar seria, assim, uma *jurisdição paralela* à jurisdição comum, com o efeito duplicador de trabalho e, ainda, perverso para o requerido que, na hipótese de concessão da liminar, passaria, ele próprio, a desesperar-se com o emperramento da máquina judiciária e com a lentidão do procedimento ordinário, onde o seu eventual direito fosse plenamente declarado. A ineficiência do Poder Judiciário, por outro lado, atende a uma compreensível pretensão conservadora, “[...] na medida em que não atende, ou adia, todas as tentativas de emergência das forças sociais inovadoras, com aspirações a uma participação maior e mais efetiva no poder social” (BAPTISTA DA SILVA, 1986, p. 17). O processo cautelar, entretanto, segundo a concepção aqui sustentada, possui outros pressupostos e deve limitar-se à *tutela de simples segurança*, não se permitindo o seu emprego para finalidades estranhas, tais como a execução antecipada do direito e a sua satisfação prática. Nesse sentido, o processo cautelar possui uma única finalidade, qual seja a de assegurar, no futuro, o sucesso prático do direito ameaçado, “[...] sendo crucial a separação adequada entre o campo do processo cautelar e as outras formas de processos sumários de natureza satisfativa e não cautelar.” (BAPTISTA DA SILVA, 1986, p. 24).

2. Pressupostos da tutela cautelar

Toda ação cautelar é sumária sob o ponto de vista material, ou seja, a cognição que o juiz realiza deve ser concretizada em um procedimento célere e de forma superficial, posto que, de outro modo, seria incompatível com a urgência da própria tutela. O rito ordinário seria, por suposto, incompatível com a ação cautelar e tornaria inútil o provimento final que se apresentaria, em síntese, como estereótipo de uma *giustizia tardigrada*. (REDENTI, 1957, p. 52).¹ O juízo de verossimilhança é decisivo no processo cautelar e se configura como um juízo de mera plausibilidade do direito invocado;

¹ “Giustizia tardigrada”.

portanto, não se exige que o direito se apresente ao juiz como uma realidade evidente e indiscutível. A tutela cautelar tem por objetivo a proteção de direitos cuja existência seja apenas provável, sempre que a urgência impeça qualquer investigação probatória capaz de comprovar sua efetiva existência. Trata-se de uma contingência própria da tutela cautelar, ou seja, a proteção da aparência do direito, que, se fosse submetido a uma investigação probatória aprofundada, poderia, irremediavelmente, ser destruído, o que, inclusive, justifica a forma sumária do procedimento cautelar, por via da qual a tutela deverá ser realizada. A urgência reclamada no processo cautelar é decorrente da *iminência de dano irreparável* a que o direito provável está exposto. A tutela cautelar legitima-se porque o direito poderia sofrer um dano irreparável, se tivesse de submeter-se ao longo percurso do procedimento ordinário. Por dano irreparável entende-se não somente o dano monetário, mas toda possibilidade de lesão a direito subjetivo. A razão de ser da tutela cautelar está justamente na sua destinação para proteger a futura realização do direito posto sob risco de dano iminente no que diz respeito a sua *realização prática*. Caso contrário, a possibilidade de reparação do dano excluiria o processo cautelar. A tutela cautelar deverá ser temporária, devendo perdurar enquanto persistir a situação de perigo ao interesse tutelado. O *estado perigoso do direito aparente* justifica a manutenção da tutela que, assim, jamais poderá adquirir o caráter de indiscutibilidade, ou seja, a sentença que concede a tutela cautelar não pode fazer coisa julgada material, posto que contém mais ordem do que pensamento. Na sentença prolatada na ação cautelar não há declaração da existência do direito nem declaração de que o réu é o verdadeiro obrigado no plano do direito material. Esse resultado somente é possível porque a sentença, na ação cautelar, limita-se a ordenar que se efetive a medida, baseando-se na probabilidade do direito ameaçado e, por isso, não faz coisa julgada material. A sentença que encerra o processo cautelar é sentença de mérito, distinguindo-se das demais por apenas assegurar sem satisfazer o direito que se assegura. Trata-se de sentença mandamental que haverá de conter uma ordem, para que alguma coisa se faça ou para que seja omitida alguma conduta. Trata-se de um *ato de império* que não possui aptidão para alcançar a estabilidade peculiar à coisa julgada material, o que decorre da ausência de qualquer

declaração sobre relações jurídicas que possam ser controvertidas na demanda cautelar. O juiz decide a causa com base apenas na plausibilidade da relação jurídica de que o autor se afirma titular e à existência de uma situação de fato de perigo. A temporariedade da tutela cautelar a faz compatível como *tutela da simples aparência*. Permanecendo o estado perigoso, deve perdurar a tutela cautelar que não pode tornar-se definitiva em seus efeitos e lesiva ao direito da parte contrária. A medida cautelar deve ser temporária, inclusive nos seus efeitos para a parte adversa, contra quem não pode ocasionar um fato consumado. É natural, assim, que o limite temporal das medidas cautelares esteja na sentença definitiva da ação principal. Se a sentença foi desfavorável àquele que obteve a medida cautelar deve perder a eficácia, uma vez que a verossimilhança do direito foi desfeita. A temporariedade da tutela cautelar é considerada em dois sentidos: a) *deve durar enquanto dure a situação de perigo a que esteja exposto o interesse para cuja proteção o provimento foi editado*; b) *a sentença prolatada na ação cautelar jamais poderá tornar-se imutável em razão do selo de indiscutibilidade própria da coisa julgada material*. (BAPTISTA DA SILVA, 1986, p. 72-73). É pressuposto, ainda, do processo cautelar, uma *situação cautelanda*, ou seja, um direito subjetivo, uma pretensão, ação ou exceção da parte que o postula, nascidos do direito material, ou processual, consistente em um direito juridicamente protegido. Nesse sentido, compreende-se a tutela cautelar como instrumento criado para a proteção de direitos. Daí se infere que a tutela cautelar, diferentemente do que com frequência se afirma, não serve à proteção do processo, para defesa do *imperium iudicis*, mas ao direito da parte. A medida cautelar, como ação assegurativa, foi genialmente intuída e desenvolvida por Chiovenda (1965, p. 224-228). Para ele, as medidas provisórias cautelares são criadas para evitar-se o perigo de dano ao direito. As cautelares provisórias, determinadas pela urgência e pela *summaria cognitio*, devem garantir a futura atuação prática de um bem e estão fundadas em razões de “necessidades gerais da proteção do direito”.² (CHIOVENDA, 1965, p. 226, tradução nossa). O desenvolvimento e a grande aceitação da teoria de Calamandrei (1936), para quem o processo cautelar teria uma função

² “[...] necessità generali della tutela del diritto”

instrumental de proteção do processo, levaram praticamente toda a doutrina italiana a aderir ao seu posicionamento e a negar, ainda, a existência de um direito substancial de cautela:

Seguramente contra a configuração das ações, como meras ações, fez-se expressa a renovação de uma antiga visão defendida na doutrina alemã, segundo ALLORIO, afirmando que a ação cautelar é coordenada a um direito substancial de cautela que se assenta constantemente a todo direito fundamental, reconhecido por lei. Essa visão, brilhantemente recolocada à própria noção do direito individual, é, no entanto, rejeitada. (ZANZUCCHI, 1964, p. 164-165, tradução nossa).³

Igualmente, para Cernelutti (1942, p. 62-63, tradução nossa), a função do processo cautelar estaria “na garantia do desenvolvimento ou do resultado de um processo separado”.⁴ Se o processo principal serve para a composição da lide, o processo cautelar, na concepção do grande mestre italiano, teria por função garantir o bom fim do processo definitivo. Não obstante toda evidência em contrário, cautelar seria, assim, para Cernelutti (1942), a decisão que, no curso do processo de interdição, nomeia tutor ou administrador provisório e a decisão que, no processo de separação dos cônjuges, dispõe sobre a guarda dos filhos e sobre a prestação de alimentos durante o processo mesmo. (CARNELUTTI, 1942, p. 63). Como pressuposto final da tutela cautelar encontra-se a *sentença mandamental*, ou seja, uma espécie de sentença que contenha mais ordem do que julgamento, mais império do que cognição, na qual o magistrado mais ordena do que julga. Sem a prévia aceitação dessa categoria de sentença, faz-se impossível a compreensão do próprio ato jurisdicional prolatado na ação cautelar. Portanto, a sentença cautelar não declara a existência do direito assegurado, mas apenas o assegura com fundamento na verossimilhança.

³ “Contro la configurazione delle azioni assicurative, come mere azioni, si è espresso rinnovando una vecchia opinione sostenuta nella dottrina tedesca, l'ALLORIO, affermando che l'azione cautelare è coordinata ad un diritto sostanziale di cautela che si affiancherebbe costantemente ad ogni diritto principale, riconosciuto dalla legge. Questa opinione, brillantemente riattaccata alla nozione stessa del diritto soggettivo, è tuttavia da respingere.”

⁴ “[...] en la garantía del desarrollo o del resultado de un proceso distinto”.

Só a estrutura da sentença mandamental, pela rarefação da *notio* em favor da maior relevância eficaz do *imperium* contido no ato jurisdicional, pode dar-nos uma classe particular de ato decisório onde a outorga da proteção jurisdicional se realize sem que o juiz reconheça sequer como existente (juízo de realidade que corresponde à declaratoriedade da sentença) a situação de direito material ou processual a favor da qual a parte pede proteção de segurança. (BAPTISTA DA SILVA, 1986, p. 75).

É crucial compreender o processo cautelar e a sentença nele prolatada como sendo aquela que não possui aptidão para satisfazer o direito, e, portanto, não pode a sentença cautelar realizar concretamente o direito alegado, no plano fático. A tutela cautelar apenas assegura a futura realização do direito afirmado pelo demandante. Trata-se de uma forma de proteção jurisdicional de tutela da simples aparência do direito, em virtude de uma situação fática de urgência, determinada por um estado de risco iminente ao direito. Seus pressupostos são, portanto, a *sumariedade da cognição*, a *iminência de dano irreparável*, a *temporariedade*, uma *situação cautelande* e uma *sentença mandamental*. (BAPTISTA DA SILVA, 1993, p. 101-127).

3. A liminar na ação cautelar

O plano da liminar, na ação cautelar, deve manter-se estritamente dentro dos pressupostos do processo cautelar e conter uma ordem que deve operar no plano da realidade, e não na abstração das normas. A liminar, verdadeiramente cautelar, não pode antecipar algum efeito da sentença final. O juiz, na liminar, sempre provisória, deve apenas ordenar que uma conduta positiva, ou uma omissão, seja atendida pelo demandado, e, assim, essa ordem somente pode incidir no mundo dos fatos. O poder cautelar geral (art. 798 do CPC), *inexistente no campo do processo penal* (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 51-52), é indicativo de que as medidas cautelares, quer sejam determinadas na liminar, quer no final do processo de segurança, somente podem ter o *conteúdo mandamental*. Com efeito, o art. 798 do Código de Processo Civil estabelece que:

Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Essa previsão dispõe, claramente,

[...] que a ordem, correspondente a uma proibição, a um veto, ou mesmo à imposição de uma conduta positiva, dar-se-á, invariavelmente, no campo dos fatos e não no presumido estabelecimento 'provisório' de uma relação jurídica que o juiz não poderá declarar existente, no plano meramente cautelar, e muito menos constituir a por tempo limitado. (BAPTISTA DA SILVA, 1998, p. 109).

Não obstante, a realidade dos tribunais está a demonstrar que o processo cautelar, principalmente pela possibilidade de concessão de liminares, degenera-se em sua finalidade prática, para admitir que, sob o signo do poder cautelar geral, sejam prolatadas provisões liminares de conteúdo tão vasto a ponto de abarcar as denominadas *liminares satisfativas*, que não possuem natureza cautelar. Outro ponto importante é que as categorias do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, reclamadas tanto para a sentença final, quanto para a concessão de eventual liminar, não definem a cautelaridade. A cognição sumária (*fumus boni iuris*) é pressuposto genérico para qualquer causa sumária, inclusive, no processo de conhecimento, sendo que até o despacho da inicial o pressupõe, assim como os recursos extraordinário e especial, que não serão admitidos sem essa sumária cognição. Com relação ao *periculum in mora*, está ligado à idéia de aceleração procedimental e de execução provisória, sendo bastante intuitivo que a necessidade de urgência decorre da própria lentidão do procedimento ordinário. (BAPTISTA DA SILVA, 1998, p. 25). As liminares, no processo cautelar, estão destinadas a assegurar a possibilidade de realização do direito no futuro e, desse modo, não podem antecipar os efeitos da sentença, caso em que exorbitam da sua função asseguradora, para satisfazer, desde logo, o direito da parte. Toda liminar, que implique realização fática do direito, está, na verdade, antecipando a própria sentença final.

4. A prisão processual, seus problemas e alternativas

A prisão, antes do trânsito em julgado de uma sentença penal que declare a culpa do acusado, é um dos problemas mais dramáticos do processo penal. A prisão é um ambiente facinoroso. Ela não serve para a ressocialização do criminoso, mas somente para punir. A prisão é um mundo de contradições, onde o criminoso assimila e interioriza as regras da convivência entre os presos apenas para sobreviver. O regime totalitário imposto na prisão fechada serve para tornar impossível a ressocialização e o treinamento do preso para voltar a viver em liberdade. A prisionização é um fenômeno típico das prisões e significa que o homem detido está sendo “[...] *socializado para viver na prisão*”. (PIMENTEL, 1983, p. 158, grifo nosso). A criminalidade e a necessidade de resposta a ela são a outra face do mesmo problema, enquanto o Estado detiver em suas mãos o monopólio da realização da justiça e o dever de combater e prevenir aqueles fatos que ofendem os seus maiores interesses. É uma questão de sobrevivência e resposta do grupamento social, naquilo que tem por intolerável nas relações sociais. A prisão processual não pode ser, simplesmente, banida dos ordenamentos. Ela é uma necessidade, sempre carente de regulação estrita, para que não degenera em arbítrio e intolerância. A instrumentalização da prisão processual, em favor de grupos detentores do poder e em desfavor de certos selecionados pelo sistema, é tão odiosa quanto o arbítrio na sua aplicação. As medidas de *contención por sospechosos* (prisão ou detenção preventiva) constituem uma inversão do sistema penal, uma vez que referidas medidas se convertem em privação da liberdade sem sentença firme e por *presunción de peligrosidad*. Aproximadamente três quartos dos presos na América Latina estão submetidos a medidas de contenção, porque são *procesados non condenados*. A medida cautelar é *pena cautelar* (ZAFFARONI, 2006, p. 69). ou seja, por precaução, o poder punitivo se exerce condenando materialmente todos os investigados a uma medida e revendo com grande parcimônia essas condenações, levando-se anos para verificar se corresponde a uma pena formal. A prisão, ainda, é cumprida em cárceres com altíssimos índices de violência e mortalidade hetero e autoagressiva e doenças, ou seja, com alta probabilidade de eliminação física.

Em termos mais claros: aproximadamente três quartos dos prisioneiros latino-americanos estão submetidos a medidas de contenção por suspeição (de prisão ou detenção preventiva). Desse, quase um terço será absolvido. Isso significa que, em um quarto dos casos, os agressores são condenados e obrigados a cumprir somente o resto da pena; na metade do total dos casos, verifica-se que o sujeito é infrator, porém considera-se que tenha cumprido parte da pena sentenciada com o tempo da prisão preventiva ou da medida de mera contenção; na quarta parte restante, não se pode verificar a infração e, portanto, o sujeito é liberado sem que se lhe imponha nenhuma punição formal. Deve-se ressaltar que existe uma notória resistência dos tribunais a absolver pessoas que permaneceram sob custódia, de modo que, em um quarto dos casos em que isso acontece, é clara e incontestável a arbitrariedade, uma vez que se decide pela absolvição apenas quando não tenha havido qualquer possibilidade de condenação judicial. (ZAFFARONI, 2006, p. 69, tradução nossa).⁵

Na Alemanha, a situação não parece mais alentadora. Como noticia Urs Kindhäuser (2006, p. 114), a prisão processual, na realidade, embora devendo ter caráter excepcional, não atende a esse propósito. Nos casos dos processos em primeira instância perante o tribunal distrital alemão – *LG (Landgericht)*, a prisão preventiva (*Untersuchungshaft*) é decretada em percentual superior a 80% dos casos. Em países como o Brasil, as prisões cautelares acabam sendo inseridas na *dinâmica da urgência*, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea.

⁵ “Dicho en términos más claros: aproximadamente tres cuartas partes de los presos latinoamericanos están sometidos a medidas de contención por sospechosos (prisión o detención preventiva). De ellos casi un tercio serán absueltos. Esto significa que una cuarta parte de los casos los infractores son condenados formalmente e se les hace cumplir solo un resto de pena; en la mitad del total de casos, se verifica que el sujeto es infractor pero se considera que tiene cumplida la pena que se ha ejecutado con el tiempo de la prisión preventiva o medida de mera contención; en la cuarta parte restante, no se puede verificar la infracción y, por ende, el sujeto es liberado sin que se le imponga ninguna pena formal. Cabe precisar que existe una notoria resistencia de los tribunales a absolver a personas que han permanecido en prisión preventiva, de modo que, en la cuarta parte de los casos en que esto sucede es palmaria e incontestable la arbitrariedad, pues se decide la absolución apenas cuando no existió para el tribunal posibilidad alguna de condena.” (ZAFFARONI, 2006, p. 69).

O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de 'eficiência' do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser 'excepcional' torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 210-211).

É impossível não ver, na admissibilidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal, um conflito com o *favor rei*, no sentido de que ninguém poderá ser considerado culpado, senão após o trânsito em julgado de uma sentença penal (CF, art. 5º, LVII). Esse conflito, porém, não se resolve em favor da supressão da prisão processual, mas na possibilidade fática de coexistência das medidas restritivas da liberdade, com a presunção de inocência, mesmo que a prisão venha a ser decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal. A presunção de inocência não proscree as medidas coercitivas, mas estabelece uma base que procura evitar toda e qualquer coerção não necessária da liberdade pessoal, em virtude do que não se pode presumir a necessidade da restrição da liberdade durante o processo, ou antes dele, mas se deve demonstrá-la. Além disso, essa restrição da liberdade não pode ser obrigatória, mas deve corresponder a uma medida excepcional, tendo em conta o caso concreto, dependendo, sempre, de uma *decisão fundamentada*. Contra os males da prisão preventiva, têm sido grandes os esforços na busca por soluções alternativas à prisão processual, embora isso demande a disponibilização de recursos econômicos destinados à Administração da Justiça, o que é bastante problemático em países periféricos como o Brasil, que já não possui dotação suficiente para a gestão do seu falido sistema prisional. De qualquer forma, na Espanha, nos casos de *prisión atenuada*, (*Ley de Enjuiciamiento Criminal*, LECr, art. 505, 2), em razão de enfermidade do acusado, podendo ocasionar grave perigo para a sua saúde, a prisão pode ser substituída pelo arresto no próprio domicílio, com vigilância que se considere necessária. (MARTINEZ, 1993, p. 396). Na Itália, a custódia cautelar somente pode ser determinada quando as demais medidas tenham resultado inadequadas (CPP, art. 275, 3), o que corresponde a uma graduação das medidas cautelares até a

possibilidade da prisão, ou seja, se as demais medidas podem atender às exigências do processo, a mais grave delas (*custódia cautelar*) não pode ser decretada. No rol de medidas cautelares pessoais encontram-se previstas a proibição de saída do território (*divieto de espatrio*, CPP, art. 281) sem autorização judicial; a obrigação de apresentação à polícia judiciária (CPP, art. 282); a proibição ou obrigação de permanência em determinado lugar (art. 283, 1 e 2); a internação em estabelecimento psiquiátrico (CPP, art. 286), se o acusado se encontra em estado de enfermidade mental que exclui ou diminui sensivelmente a capacidade de entender e querer, e a prisão domiciliar (CPP, art. 284). Além disso, há a previsão de *medidas interditivas*, como a suspensão do exercício do pátrio poder (CPP, art. 288); a suspensão de um ofício público ou serviço; a interdição temporária do exercício de atividades profissionais ou empresariais (CPP, art. 290). Trata-se de uma potencialização dos instrumentos cautelares que corresponde a uma mudança cultural que concebe a prisão cautelar como medida extrema “[...] que por razões concretas e sustentadas apenas por necessidade pode justificar” (CRISTIANI, 1991, p. 242, tradução nossa)⁶. Na Alemanha, a prisão preventiva (*Untersuchungshaft*) deve ser revogada para permitir que o réu possa submeter-se à medida de segurança em estabelecimento de internação.⁷ Entretanto, em se tratando de doença grave e incurável que, seguramente, levaria o réu, se preso, à morte, há divergência sobre a possibilidade da prisão. No *caso Honecker*, o Tribunal Constitucional de Berlim, considerando a prevalência dos direitos humanos, revogou a prisão do réu, por iminente risco de morte.⁸ Além disso, em conformidade com os §§ 116 e 116a, StPO,⁹ a prisão preventiva pode ser substituída por medidas alternativas (*Haftverschonung*), por exemplo, obrigação de comparecimento perante o juízo, proibição de afastamento da residência ou trabalho sem autorização, proibição de manter contato com testemunhas, corréus ou peritos, prestação de caução, etc., que, se não forem

⁶ “[...] che solo specifich e motivate ragioni di necessità possono giustificare”. (CRISTIANI, 1991, p. 242).

⁷ § 122, StVollzG, “Lei de Execução Penal”. Ver Joecks (2006, p. 246).

⁸ *BerlVerfGH, NJW*, 1993, 515. Ver Joecks (2006, p. 248).

⁹ *Strafprozessordnung*, “Código Alemão de Processo Criminal”.

atendidas, dão causa a sua revogação e submetem o acusado à prisão. O princípio da proporcionalidade, assim, qualquer que tenha sido o fundamento da prisão preventiva, permite a sua substituição quando os meios alternativos (*Ersatzmittel*) sejam suficientes para cumprir os objetivos do encarceramento processual. (HELLMANN, 2006, p. 89-90).

5. A antecipação dos efeitos executivos da sentença penal

Apegada às lições de Carnelutti (1942) e Calamandrei (1936), que construíram o processo cautelar em torno de uma atividade de tutela do processo, a doutrina pátria não faz segredo em afirmar que a prisão processual tem natureza cautelar,¹⁰ muito embora seja frequente a verificação de que essa espécie de prisão antecipa, de fato, a decisão de mérito, constatando que, principalmente na prisão preventiva, haja *antecipação da pena*.¹¹ A decisão sobre a prisão processual, coerente com esses condicionantes filosóficos e dogmáticos, assim, *antecipa o mérito*, embora em caráter provisório, e, nisso estaria sua cautelaridade. Há marcantes diferenças, entretanto, entre o processo cautelar e a tutela satisfativa. O primeiro tem quatro pressupostos que não se encontram, integralmente, no conceito do segundo. Não é cautelar a decisão que antecipa, ainda que provisoriamente, qualquer efeito da sentença final. O processo cautelar se configura como *tutela de simples segurança* e não contém satisfatividade. Os fundamentos teóricos da prisão processual indicam que, nela, há pelo menos dois requisitos não existentes na tutela genuinamente cautelar, quais sejam a antecipação do efeito executivo da sentença e o objetivo de servir à efetividade da jurisdição, ou seja, à proteção do processo. A tutela cautelar, pelo contrário, “[...] não tem por objetivo a proteção da função jurisdicional” (BAPTISTA DA SILVA, 1998, p. 28) e, desse modo, toda prisão processual contém, de algum modo, antecipação satisfativa do efeito executivo da sentença final, sendo, portanto, uma execução provisória da pena, *sendo patético o sofisma do caráter não penal do instituto*. (FERRAJOLI, 2002, p. 445). Pelo menos no que diz

¹⁰ Ver: Lima (2005, p. 252); Nucci (2006, p. 535).

¹¹ Ver: Barros (1982, p. 184-185); Tourinho Filho (1994, p. 415); e Marques (1997, p. 31).

respeito à prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, já havia notado Afrânio Silva Jardim (1991, p. 391-393) a sua natureza satisfativa e a ausência de cautelaridade e a natureza de execução provisória da pena.

Em verdade, tal prisão não tem qualquer vínculo de acessoriedade com o resultado pretendido na ação penal condenatória, mas é o próprio acolhimento da pretensão punitiva, ou seja, é a própria medida jurisdicional postulada pelo autor da ação [...]. Por outro lado, não há aqui qualquer conotação de instrumentalidade, vez que se trata da outorga da própria prestação jurisdicional pedida na denúncia ou queixa, ainda que sujeita à condição resolutiva. Ademais, a sentença condenatória, por ser de mérito, não se limita a exame superficial do direito punitivo alegado (*fumus boni iuris*), mas o reconhece expressamente, declarando-o [...]. Assim, se a apelação do réu não tiver efeito suspensivo, instaura-se a execução penal desde logo, ainda que em caráter provisório. Neste caso, beneficia-se o réu dos direitos outorgados pela Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), funcionando a sentença de mérito como título único e exclusivo da prisão, substituindo-se a qualquer outro anterior, não mais cabendo falar-se em liberdade provisória ou revogação de prisão preventiva anteriormente decretada.

O reconhecimento de que o recolhimento à prisão antes do trânsito em julgado da sentença declaratória de culpa é uma execução provisória da sentença, posição essa a mais coerente, gera uma consequência lógica inafastável, qual seja a de que *o condenado há de ser recolhido no regime prisional estabelecido na sentença*. RAMOS (1998, p. 56; 470). O Supremo Tribunal Federal (STF), aliás, admite a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (SÚMULA nº 716). Trata-se da chamada execução provisória da sentença, que depende do trânsito em julgado para o Ministério Público.¹² Toda prisão processual, não somente aquela determinada na sentença condenatória, antecipa algo inerente aos efeitos da sentença final, realizando-os

¹² STF, HC 68.572-2, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU 2.11.1991.

concretamente e, por isso, deve o tempo da prisão ser computado na pena definitiva por força da detração (CP, art. 42), não havendo cautelaridade em quaisquer prisões que antecedam o trânsito em julgado da sentença penal. A presunção de inocência não está, com isso, vulnerada, pois o que se antecipa é o efeito executivo da sentença, e não a declaração da culpa (*eficácia declaratória*). Isso quer dizer, igualmente, que nenhuma prisão processual pode pautar-se no juízo de culpabilidade do acusado, pois a presunção de inocência (*Unschuldsvermutung*) possui valência processual até o trânsito em julgado da sentença penal. Se contra o acusado, a prisão preventiva, por exemplo, é decretada unicamente porque há pleno convencimento sobre a sua culpa e, para que, assim, no curso do processo, seja ela expiada, essa decisão viola o princípio da presunção de inocência.

Contra um culpado, não devem ser usadas acusações que pressupõem culpa: elas devem girar apenas em torno de suspeitas, as quais conduzirão à resolução do crime [...].

Se o culpado for punido com condução sob custódia, sendo já sentenciado devido à sua culpa, a tão esperada punição também será antecipada, e isso constitui uma violação da pressuposição de que o réu seja inocente. (KINDHÄUSER, 2006, p. 204-205, tradução nossa).¹³

Trata-se de compreender o mecanismo processual de antecipação da eficácia sentencial como um instrumento técnico que permite, em nome da necessidade, a proteção da efetividade da jurisdição e da tutela do processo penal. É nesse sentido, inclusive, que deve ser interpretada a SÚMULA nº 09 do STJ: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção

¹³ “Gegen einen Beschuldigten dürfen daher keine Maßnahmen getroffen werden, die Schuld voraussetzen, wohl aber solche Maßnahmen, die auf einem Tatverdacht beruhen und der Tataufklärung dienen [...] Wird ein Beschuldigter unter Strafbedingungen in Untersuchungshaft genommen, weil man von seiner Schuld bereits vor dem Urteil überzeugt ist, wird also seine zu erwartende Strafe gewissermaßen vorweggenommen, so liegt darin ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung.” (KINDHÄUSER, 2006, p. 204-205).

de inocência”. Mantém-se a presunção de inocência, embora com antecipação provisória dos efeitos da sentença penal, permitindo que o trânsito em julgado sirva como marco definitivo da declaração da culpa. Preserva-se o *status* de inocência, mas se antecipa o efeito executivo da sentença. A execução provisória, como toda técnica de inversão do procedimento, cujo objetivo seria, primeiro, o de comprovar e declarar a culpa, para depois executar a sentença, deve estar pautada pela máxima prudência e por limites legais rigorosos que impeçam o arbítrio. A prisão somente deverá ser decretada como *ultima ratio* para garantia do processo e da efetividade da jurisdição penal. Assim, por exemplo, a prisão preventiva para garantia da ordem pública deve ficar restrita, por lei, para os casos de possibilidade concreta de reiteração de crimes graves e taxativamente previstos, sobre os quais, ainda, existam concretos elementos de convicção. O Tribunal Constitucional Federal alemão, divisando, nesses casos, mais uma necessidade de segurança coletiva, considera constitucional o § 112, III StPO que admite a prisão preventiva nos casos de possibilidade de reincidência em crimes graves (delitos capitais, como, por exemplo, homicídio, tráfico de drogas, crimes sexuais etc.). O perigo de reincidência, introduzido na legislação processual alemã em 1964, para os casos de determinados delitos sexuais, veio sendo sucessivamente modificado, para se admitir a prisão por outros delitos, como mostrava a *práxis* nos casos de crimes em série. A doutrina passou a tecer reservas contra o permissivo, posto que a prisão, nesses casos, muito se assemelharia às medidas de segurança, sendo aplicadas pela mera suspeita da prática de crimes. No interesse da comunidade, porém, o BVerfGE (19, 342 [350]), embora impondo severas restrições, considerou constitucional a norma:

O BVerfG já havia admitido a reincidência como causa dos chamados delitos sexuais em apenas casos excepcionais (§112, III, a. F.), só para parecer mais constitucional, pois ele gostaria de proteger das punições um grupo mais privilegiado da sociedade (BVerfGE 19, 342 [350]). Apesar de as condições do § 112a, I, Nr. 2 não terem sido definidas antes (aqui se trata do montante de delitos que ocorrem com qualquer grupo de vítimas), o BVerfG (E 35, 185) esclareceu, finalmente, o § 112a, I, Nr. 2, por causa das cláusulas pré-definidas do Legislativo (crime, suspeita con-

creta de uma interferência constante e séria com a paz jurídica, o respeito aos princípios básicos da constitucionalidade: §§ 116, III; 122a). (ROXIN, 1998, p. 247, tradução nossa).¹⁴

No Brasil, propugna-se pela inconstitucionalidade da prisão preventiva com fundamento na ordem pública ou econômica, por se tratar de grave degeneração a transformação de uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-a indevidamente como medida de segurança pública. De outro lado, a prisão preventiva para proteção da ordem econômica seria, igualmente, inconstitucional, tratando-se de *um resultado da influência do modelo neoliberal e o capital especulativo, não sendo cautelar*. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 214-219). Parece-nos que não se deve aderir tão facilmente à tese de inconstitucionalidade da prisão decretada com fundamento na ordem pública ou da ordem econômica, que, por óbvio, não se identificam com o alarme social, o clamor público ou com a tutela do capital especulativo, insuficientes para embasá-la. Pelo contrário, é preciso situar no perigo concreto de reincidência o limite e fundamento para a prisão preventiva, nesse caso. Não somente os crimes violentos, mas, igualmente, os criminosos do colarinho branco, as fraudes, as sonegações, as transações fraudulentas atingem bens jurídicos supraindividuais como a ordem tributária, financeira, monetária e as relações de consumo, afetando a distribuição da riqueza. Quem detém riqueza, só por isso, não deve permanecer *outsider* do sistema. O que se deve exigir, sem concessões, é que, na decisão, haja a demonstração de fatos concretos que se traduzam na projeção da reincidência. A prisão preventiva, com o objetivo de impedir a reiteração de crimes de especial gravidade, possui outro fundamento que não a garantia do processo e está as-

¹⁴ “Das BVerfG hatte schon aus Anlaß der in § 112, III a.F. genannten Sexualdelikte den Haftgrund der Wiederholungsgefahr nur in streng begrenzten Ausnahmefällen zugelassen und nur deshalb für noch verfassungsmäßig erklärt, weil er einen besonderen schutzwürdigen Kreis der Bevölkerung vor mit hoher Wahrscheinlichkeit drohenden schweren Straftaten schützen solle (BVerfGE 19, 342 [350]). Obwohl diese Voraussetzungen bei § 112 a I Nr. 2 nicht vorliegen (hier handelt es sich um massenhaft auftretende Delikte mit beliebigem Opferkreis), hat das BVerfG (E 35, 185) schließlich auch § 112 a I Nr. 2 wegen der vom Gesetzgeber eingebauten Sicherungen (erhebl. Kriminalität, konkreter Verdacht einer fortgesetzten und schwerwiegenden Beeinträchtigung des Rechtsfriedens, Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: §§ 116, III, 122 a) für verfassungsgemäß erklärt.”

sentada, de fato, na necessidade de segurança coletiva e deve ficar reservada, principalmente, para os casos de crimes em série. Quando se trata de ofensas tão profundas à ordem jurídica, é preciso admitir essa excepcional possibilidade, por razões de segurança, prevenção e necessidade coletivas que não devem ser, tão facilmente, superadas. A realidade deve impor-se, e a sua admissão deve ser aceita. Na Alemanha, embora se acuse a medida por possuir natureza policial-preventiva, a doutrina a admite, por razões de defesa da coletividade contra criminosos perigosos e a reiteração de crimes especialmente graves.¹⁵ De outro lado, o Tribunal Federal Constitucional (*BVerfGE*, 19, 342, 350 f; 35, 185, 190 f) declarou conforme a Constituição o § 112 a, StPO. (HELLMANN, 2006, p. 85). No Brasil, as Leis nº 11.689/2008 e nº 11.719/2008 modificaram substancialmente o regime da prisão decorrente de pronúncia (CPP, art. 413, § 3º) e em virtude de sentença condenatória recorrível (CPP, art. 387, *parágrafo único*), ligando-as aos mesmos pressupostos da prisão preventiva (CPP, arts. 311 e 312), em coerente tomada de posição com os anseios da doutrina, que divisava, naquelas espécies de prisão, modalidades da prisão preventiva. Em todas elas, há execução provisória da sentença penal; portanto, não possuem natureza cautelar. A decisão que as concede importa em antecipação da eficácia preponderante da sentença final (eficácia executiva). Está com razão Aury Lopes Júnior (2006, p. 199), que exclui as categorias do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* do processo penal, pois são inadequadas para a justificação da prisão preventiva cujos requisitos deverão ser o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. De fato, a situação perigosa (*situação cautelanda*) decorre da liberdade do réu ou indiciado, e não do tempo. “Logo, o fundamento é um *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado” (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 201). O outro requisito está, justamente, na probabilidade da ocorrência de um delito, ou seja, na prova da existência de um crime e indícios

¹⁵ Ver Volk (2006, p. 58); Kindhäuser (2006, p. 119-120); RANFT (2005, p. 247); Hellmann (2006, p. 85): “Gegen den Haftgrund der Wiederholungsgefahr werden einige Bedenken geltende gemacht, die jedoch nur für bestimmte Anwendungsfälle durchgreifen. Soweit die Inhaftierung erforderlich ist, um die naheliegende Wiederholung von gravierenden Sexual-, Körperverletzungs-, Gewalt-oder Brandstiftungsdelikten zu verhindern, wird man das Recht sogar die Pflicht des staats, den Bürger schon vor der rechtskräftigen Aburteilung des Beschuldigten zu schützen, nicht bezweifeln können”.

suficientes de autoria. A prisão preventiva, decretada durante o inquérito ou no curso do processo, requer uma decisão que contenha uma ordem de prisão do imputado. Sua característica, igualmente, é a temporariedade, no sentido de que deve durar enquanto durar a situação de perigo criada pela conduta do imputado. Assim, pode ser revogada, se o juiz verificar a falta de motivo para que subsista, ou novamente decretada, no caso de sobrevirem razões que a justifiquem (CPP, art. 316). A prisão preventiva, cuja função, inegavelmente, é a de tutela do processo e da *efetividade da jurisdição penal* (KINDHÄUSER, 2006, p. 113), não possui natureza cautelar por se caracterizar como um provimento interno ao processo que importa em antecipação da eficácia executiva da sentença e, portanto, por se constituir num provimento antecipatório da decisão de mérito, com inegável *caráter satisfativo*. Entre seus pressupostos fáticos devem estar a fuga, o perigo concreto de fuga, a contaminação ou destruição da prova, além de um juízo de probabilidade sobre a ocorrência de um crime, o que significa dizer, se ocorrentes causas excludentes da tipicidade, da ilicitude ou da culpabilidade, não pode ser decretada a prisão, por razões bastante óbvias, já que, nesses casos, a sentença final, se a ação penal for iniciada, será de improcedência e não irradiará qualquer efeito. O art. 312 do CPP brasileiro contém uma seriação de permissivos da preventiva, como a garantia da ordem pública ou econômica, a conveniência da instrução criminal e a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal. A prisão preventiva, entretanto, deve fundamentar-se na *necessidade*, demonstrada no caso concreto, por adequada *fundamentação* (CF, art. 5º, LXI). A finalidade da prisão, antes do trânsito em julgado da sentença, é a efetivação da jurisdição penal, no que diz respeito ao esclarecimento dos crimes e à rápida punição do criminoso. Essa finalidade está, como facilmente se nota, em conflito com o princípio da presunção de inocência, o qual se resolverá segundo o critério da necessidade em favor da *efetividade da jurisdição*, por ser um interesse comum, mas em *caráter excepcional*.¹⁶ Como a prisão preventiva não pode

¹⁶ Segundo Joecks (2006, p. 245-246): “Zweck der Untersuchungshaft ist die Durchsetzung des Anspruchs der staatlichen Gemeinschaft auf vollständige Aufklärung der Tat und (rasche) Bestrafung des Täters (BVerfGE 20, 49). Sie richtet sich nach den §§ 112 ff, §§ 72, 72a JGG. Da der Betroffene noch als unschuldig gilt (vgl. Art. 6 Abs. 2 MRK), ist Untersuchungshaft zunächst einmal Freiheitsberaubung gegenüber einem Unschuldigen (vgl. Hassemer StV 1984, 40). Zulässig ist sie; auch Art. 5 Abs. 1 S. 2c MRK sieht Unter-

ter outros objetivos, não pode ser utilizada para outras finalidades, sendo incabível, por exemplo, para obter a confissão de determinados criminosos, autores de delicados crimes econômicos. (JOECKS, 2006, p. 246). Havendo grande probabilidade, inferida do resultado das investigações ou da prova judicial, de que o acusado praticou um fato criminoso e resultando quaisquer dos fundamentos da prisão (*Haftgrund*), ou seja, havendo (1) prova da fuga do réu, (2) do perigo de fuga, (3) da contaminação da prova (*sabotagem processual*). (HELLMANN, 2006, p. 81), ou, de forma excepcional, (4) existindo evidências de que o réu praticou certos delitos de especial gravidade (tráfico de drogas, crimes sexuais, genocídio, crimes violentos, por exemplo roubo, homicídio etc.), deve ser decretada a prisão preventiva, com a finalidade, repita-se, para *garantia do processo*. (SCHROEDER, 2006, p. 96). A prisão preventiva deve ter prazo máximo previamente determinado, não podendo perpetuar-se indefinidamente, em prejuízo do réu, que possui uma pretensão à aceleração do processo e à declaração de sua inocência. A prisão preventiva deveria, assim, durar o tempo necessário para o cumprimento da finalidade para a qual foi decretada. A realidade, entretanto, mostra que há absoluta indeterminação quanto ao o prazo máximo de sua duração, diferentemente do previsto para a prisão temporária (Lei nº 7.960/89), que não pode durar tempo superior a 5 dias, prorrogáveis por igual período, e, em se tratando de crime hediondo ou equiparado (Lei nº 8.072/90), podendo durar até 30 dias, prorrogáveis por igual período. Recomenda-se a fixação do prazo máximo de duração da prisão preventiva e a obrigação da revisão de seus pressupostos, periodicamente, pelo juiz competente, tal como se dá no processo penal alemão, onde a prisão preventiva não pode durar tempo superior a seis meses (§ 121, StPO), podendo ser prorrogada em caráter excepcional, em caso de complexidade probatória, ou em caso de justificado motivo para a permanência do réu na prisão. A prisão de qualquer pessoa não deve ser apenas comunicada ao

suchungshaft wegen Fluchtgefahr ausdrücklich vor (Meyer-Goßner vor § 112 Rdn. 1). Dennoch muss Untersuchungshaft Ausnahmefall bleiben. Jeweils muss zwischen dem Freiheitsanspruch des noch als unschuldig geltenden Beschuldigten und dem Erfordernis abgewogen werden, ihn im Interesse einer wirksamen Strafvollendung vorläufig in Haft zu nehmen (BVerfGE 53, 152, 158; Meyer-Goßner vor § 112 Rdn. 2). Zumindest theoretisch darf U-Haft nur angeordnet und aufrechterhalten werden, wenn überwiegende Interessen des Gemeinwohls das zwingend gebieten”.

juiz competente, mas o acusado deve ser por ele ouvido, imediatamente após o cumprimento da ordem de prisão, devendo ser instruído sobre os recursos cabíveis, podendo externar as circunstâncias do caso que entende em seu favor, o que corresponde à previsão constante do § 115 do StPO alemão:

Se o acusado é tomado com base na *Haftbefehls*, então ele é imediatamente apresentado ao juiz competente. (2) O juiz tem o acusado imediatamente após a triagem e, no mais tardar nos dois dias mais próximos, o tema da acusação a ser ouvido. (3) Na audiência do arguido em que as circunstâncias são estressantes é seu direito apontar para *zuzusagen* em que falará sobre ou ao ponto. Se lhe fosse dada a oportunidade para rebater a suspeita e os motivos da detenção e os fatos de alegação de estar o amparo a seu favor. (4) Se forem mantidas sob custódia, o acusado tem o direito de recurso e a *Rechtsfehelfe* outros (§ 117 n° 1.2, do art. 118, §§ 1º, 2º) com a finalidade de ensinar. (tradução nossa).¹⁷

6. Referências bibliográficas

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BATISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil. Do processo cautelar*. 2. ed. Porto Alegre: LEJUR, 1986, vol. XI.

_____. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Teoría de la acción cautelar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei procedimenti cautelari*. Padova: CEDAM, 1936.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Barcelona: BOSCH, 1942.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1965.

¹⁷ “(1) Wird der Beschuldigte auf Grund des Haftbefehls ergriffen, so ist er unverzüglich dem zuständigen Richter vorzuführen. (2) Der Richter hat den Beschuldigten unverzüglich nach der Vorführung, spätestens am nächststen Tage, über den Gegenstand der Beschuldigung zu vernehmen. (3) Bei der Vernehmung ist der Beschuldigte auf die ihn belastenden Umstände und sein Recht hinzuweisen, sich zu äußern oder nicht zur Sache zuzusagen. Ihm ist Gelegenheit zu geben, die Verdachts- und Haftgründe zu entkräften und die Tatsachen geltende zu machen, die zu seinen Gunsten entsprechen. (4) Wird die Haft aufrechterhalten, so ist der Beschuldigte über das Recht der Beschwerde und die anderen Rechtsfehelfe (§ 117 Abs. 1, 2, § 118 Abs. 1, 2) zu belehren”.

- CRISTIANI, Antonio. *Manuale del nuovo processo penale*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1991.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.
- HELLMANN, Uwe. *Strafprozessrecht*. 2. Auflage. Heidelberg: Springer Verlag, 2006.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- JOECKS, Wolfgang. *Studienkommentar StPO*. München: Verlag C.H. Beck, 2006.
- KINDHÄUSER, Urs. *Strafprozessrecht*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2006.
- LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, vol. II.
- _____. *Introdução crítica ao processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MARQUES, Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997, vol. IV.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: RT, 1983.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- RANFT, Otfried. *Strafprozeßrecht*. 3. Auflage. Stuttgart: Boorberg Verlag, 2005.
- REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1957, vol. III.
- ROXIN, Claus. *Strafverfabrensrecht*. 25. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 1998.
- SANTOS, Andrés de la Oliva *et. alii*. *Derecho procesal penal*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Araces S.A., 1993.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Strafprozessrecht*. 4. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2006.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, vol. 3.
- VOLK, Klaus. *Grundkurs StPO*. 5. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2006.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2006.
- ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile. Introduzione e parte generale*. 6. ed. Milano: Giuffrè, 1964, vol. I.

Artigo enviado em: 07/02/2010
Artigo aprovado em: 25/05/2010