

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 355.

(ano VII)

(28/05/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF): Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.

País: Brasil. Cidade: Brasília – DF.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
Tel: (61) – 9177-3598
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DO DIA



28/05/2015 LETICIA CALDERARO

» [Mas o que é mesmo esse Novo Processualismo?](#)

ARTIGOS

28/05/2015 Otávio Luiz de Carvalho » [A nova Lei das Guardas Municipais: surge o embrião de uma nova polícia?](#)

28/05/2015 Jackson Paulo Fachinello » [A alienação do usufruto e a responsabilidade tributária dos notários e registradores](#)

28/05/2015 Victor Hugo Marcão Crespo » [A ilegalidade e inconstitucionalidade do adicional de alíquota da COFINS para as sociedades corretoras de seguro](#)

28/05/2015 Tauã Lima Verdán Rangel » [O Plano de Ação para as Cidades Históricas: Apontamentos ao Instrumento Integrado para a Gestão do Patrimônio Cultural com enfoque territorial](#)

28/05/2015 Enzo de Miranda Ramos » [Direito e Psicologia: um olhar interdisciplinar e prol da ressocialização dos detentos](#)

28/05/2015 Leonardo Sarmento » [STF reafirma o poder de investigação do MP - hermenêutica constitucional importante!](#)

MONOGRAFIAS

28/05/2015 Ana Claudia Santana Dórea Silveira » [Ausência da previsão legal sobre o tempo da prisão preventiva com relevantes considerações à luz da Lei n 12.403/2011](#)

MAS O QUE É MESMO ESSE NOVO PROCESSUALISMO?

LETICIA CALDERARO: Palestrante e articulista, é Professora de Direito Processual Civil desde 2004. Atualmente, leciona, em Brasília, no Curso de Direito do UDF - Centro Universitário do Distrito Federal. Tem dedicado especial atenção à capacitação e atualização de profissionais, por meio de cursos de reciclagem e aperfeiçoamento. Como advogada atua no consultivo e no contencioso, especialmente nos Tribunais Superiores. É autora da Série "Roteiros para estudar Direito Processual Civil". É Vice Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/DF - 2013-2015.

Para entender o que significa adotar uma postura 'neo' diante das novas normas processuais civis é fundamental permitir-se abrir a mente. Ampliá-la, e aos poucos (mas não muito lentamente para não perder o bonde da história!), ir aceitando a mudança paradigmática que precisa ser empreendida com vistas à verdadeira alteração do sistema. Fazer a leitura de um novo texto a partir de premissas antigas, arruinará a intenção legislativa do NCPC, e não avançaremos em sentido algum. O pessimismo irrazoável também. Exemplifico.

Muito ainda se reclama da utilização de um procedimento variável nos Juizados Especiais. Esse é, sem dúvida, um ponto de grande insatisfação, especialmente entre os advogados, - confesso que, inclusive, por muito tempo, gerou em mim! Alguns juízes, envergonhados de assumir, talvez prefeririam não estar por ali. E por que?

Entre inúmeras concausas, mas para o propósito desta reflexão, podemos destacar que operadores da Lei 9.099/95 foram forjados sob a égide de um sistema onde a decisão só se legitimava se produzida no seio de um procedimento único, de caráter publicista, formal e de observância obrigatória. Fomos ensinados que a norma processual, de caráter cogente,

é razão inafastável para legitimar a justiça da decisão, pelo devido processo legal. O incrível é que tenhamos permanecido tão reacionários ao novo rito em detrimento da principiologia trazida expressamente pela própria lei, cujo intuito sempre foi, justamente, excepcionar o rigor protocolar de outrora. Apesar disso, a maioria dos profissionais manteve o pensamento conservador e, excessivamente, crítico. Mas há que se questionar: qual é o prejuízo que tal volatilidade cerimonial trouxe ao jurisdicionado? De que modo a flexibilização de prazos ou momentos para prática de atos gerou ofensa ao direito material em discussão? Será que isso realmente ocorre? Já me parece que não.

Com o NCPC, evidenciou-se essa percepção. Precisaremos, em futuro brevíssimo, nos alinhar ao ideal de devido processo legal justo, sem cometer o mesmo equívoco reacionário de ler novo texto com principiologia ultrapassada. Não poderemos mais encarar o processo do modo como fomos talhados no passado. É preciso fazer a transição ideológica, paradigmática, de modo a dar sentido à nova regulamentação (ao que chamamos modernamente de formalismo valorativo). Sem essa mudança de mentalidade, de nada adiantarão as previsões legislativas vindouras. Entristece muito ouvir de alguns: "- você viu que x será alterado no NCPC?" E a criatura responde: "- ah, sei! E o que muda com isso? No dia a dia, nada, né?!" Ora, prezado(a) colega, se você continuar pensando assim.....nada mudará mesmo!!!!

Para os que esperam - como eu disse - não perder o bonde da história, explicarei melhor. O novo texto pretende afastar o caráter exclusivamente publicista do processo e propõe uma relação processual participativa, colaborativa, policêntrica. Para isso, advogados deverão

estar muito mais preparados para seu mister (dentro e fora do Tribunal); muito mais capacitados a argumentar com qualidade, com fundamentos embasados, sem o tradicional blá blá blá protelatório e, por tantas vezes, temerário; deverão estar verdadeiramente capacitados para realizar audiências com eficiência, sem improviso, desonerar-se com lealdade de seu ‘ônus probandi’; que vivam a ética e a boa-fé e sejam exemplarmente punidos em seus desvios. Magistrados precisarão assumir sua renovada e fortificada missão de prestadores de jurisdição, e não senhores de pequenos reinos; tutelas entregues em tempo razoável sim, e com mínima ordem democrática de solução, com respostas motivadas na lei e não no seu livre sentir, sem ativismos; em decisões que não sejam impessoais, generalistas; a apresentar respostas de piso que estejam em sintonia com os precedentes dos tribunais e com a satisfação particularizada que merece o cidadão a quem é vedada a autotutela; com tribunais que mantenham íntegra e coerente sua jurisprudência, fazendo cessar sua odiosa jurisprudência defensiva para o não conhecimento de recursos – expressamente repudiada pelo NCPC. Precisaremos também de auxiliares capacitados e com verdadeiro espírito de serviço público – aptos a operar a automação (PJe) que se aproxima, e a verdadeiramente colaborar com o Juízo para a prestação jurisdicional qualificada e tão ansiada pela população brasileira: com eficiência, qualidade e celeridade.

O novo texto propõe a implantação de uma Justiça mais democrática, menos centrada no poder estatal com ar ‘superior’, a motivar - pelo novo procedimento - que as partes promovam a sua própria reconciliação, longe dos olhos do eventual futuro julgador, caso aquela se mostre infrutífera. Para isso principalmente os advogados deverão

compreender melhor sua função - de buscadores da justiça, de compositores e partícipes nas soluções, e não de combatentes de guerra.

Precisamos rapidamente perceber que as eventuais variações procedimentais trazidas pela nova lei poderão ser contornadas se parecerem ser a melhor forma para a solução da controvérsia, sem que isso afete a legitimidade da decisão ou a segurança jurídica da prestação jurisdicional. O mais importante para o êxito do novo regramento, contudo, é compreender que a mudança no comportamento dos operadores será parte fundamental dessa renovação. Para ser 'novo', o processo precisa de reforma legislativa, mas principalmente, exige renovação da mentalidade das pessoas que irão operá-lo.

Nada de medo ou pessimismo: vamos dar uma chance ao novo, afinal, mais do mesmo não há de mudar o estado das coisas!

A NOVA LEI DAS GUARDAS MUNICIPAIS: SURGE O EMBRIÃO DE UMA NOVA POLÍCIA?

OTÁVIO LUIZ DE CARVALHO:

Graduado em direito pela Universidade de Itaúna, pós graduado em ciências criminais e magistério superior pela Faculdade Anhanguera- Rede LFG, delegado de polícia civil do Estado de MG e professor universitário, tendo lecionado na Faculdade Asa de Brumadinho; cursos junto a SENASP.

RESUMO: O presente trabalho tem por finalidade o estudo da nova lei que dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais, a Lei n.º 13.022, sancionada em data de 08 de agosto de 2014 e publicada no diário oficial da União em data de 11 de agosto de 2014, data de sua entrada em vigor, bem como a análise de suas consequências jurídicas, no âmbito constitucional, penal e processual penal, de sua constitucionalidade, similitude no direito norte-americano, e, por último, verificar se a lei determinou o surgimento do embrião de uma nova polícia, de âmbito municipal, e o prenúncio de uma aguardada e necessária remodelação da estrutura do sistema de forças policiais no Brasil.

Palavras-chave: Nova lei. Guardas municipais. Consequências jurídico-processuais penais. Constitucionalidade. Nova polícia.

Sumário: Introdução. 1. Histórico das Guardas Municipais no Brasil. 2. Principais Inovações e Consequências no Âmbito Jurídico. 2.1. O porte de arma de fogo pelos integrantes de guardas municipais. 2.1.1. O porte de arma de fogo de calibre restrito. 2.2. Novas atribuições e o Poder de polícia. 3. Constitucionalidade. 4. Similitude e paralelo com o sistema

policial norte-americano. 5. O embrião de um novo sistema policial. 5.1. A reestruturação do sistema policial no Brasil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Foi recentemente aprovada a Lei Ordinária n.º 13022 que dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais, tendo sido sancionada pela Presidenta da República Dilma Roussef em data de 08 de agosto de 2014 e publicada no diário oficial da União em data de 11 de agosto de 2014, quando entrou em vigor em todo o território nacional; a nova lei, advinda do projeto de lei apresentado pelo Deputado Federal Arnaldo Faria de Sá, do PTB de SP, teve o escopo de disciplinar o §8º do art. 144 da Constituição Federal, que estabelece a competência e atribuições das guardas municipais, instituindo normas gerais para a estruturação das mesmas em todo o país.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a edição da nova lei foi objeto do anseio da sociedade, haja vista o recrudescimento de índices de violência e criminalidade em todo o País e, sobretudo, consideradas as deficiências de efetivo das polícias militares e civis, já incapazes de conter toda a crescente demanda criminal, mormente, no caso da primeira força policial, que tem função ostensiva e na maioria das vezes fica submetida a uma série de funções que fogem à esfera eminentemente criminal, como atendimento de desastres, calamidades públicas, apoio a equipes médicas e de atendimentos de emergência, controle e fiscalização do trânsito e do tráfego de veículos, segurança em eventos esportivos e culturais, participação em programas de prevenção à violência, ações sociais

desenvolvidas no mesmo sentido, além das funções típicas de policiamento preventivo e ostensivo para a proteção da ordem pública.

Então, a edição da lei se moveu pelo impulso da necessidade, bem como visando atender ao lobby das guardas municipais de todo o Brasil, com vistas também a uma solução, ainda que limitada e paliativa, com menos gastos públicos, para o arrefecimento dos índices de violência e criminalidade, aproveitando forças já criadas para a proteção do patrimônio municipal e utilizando-as também na prevenção da criminalidade e apoio às forças policiais estaduais, já açodadas de atribuições e funções.

Inicialmente, saliente-se que a Carta Magna prescreve no citado §8º do art. 144:

“Art. 144.

§8º. Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.”

Tal dispositivo, advindo da redação original da Carta da República de 1988, se classifica em razão de sua aplicabilidade, como norma constitucional de eficácia plena ou absoluta, uma vez que apresenta aplicabilidade direta ou imediata, incidindo totalmente sobre os interesses tutelados a partir de sua edição; então, denota-se que a legislação constitucional concedeu ao Município a faculdade de criar guardas municipais com a função de proteção de seus bens, serviços e instalações, mas fixou de forma categórica as atribuições da referida corporação, que não podem ser ampliadas pela legislação infraconstitucional.

Aliás, sobre o tema da aplicabilidade da norma constitucional e notadamente sobre o conceito de normas constitucionais de eficácia plena, José Afonso da Silva, citado por Alexandre de Moraes, escreve:

“...aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.” (SILVA, 1982, apud MORAES, 2006, p.7)

Então, a nova lei em comento e estudo, conforme se disse acima, teve o condão de regulamentar e disciplinar o dispositivo constitucional mencionado, sendo um Estatuto Geral das Guardas Municipais do Brasil, ficando agora as leis municipais que efetivamente criarem as guardas, adstritas à norma constitucional, bem como apresente legislação federal.

Agora, em que pese indiscutível a boa intenção da lei, no campo jurídico surgem espinhos e discussões: a lei seria constitucional ou teria extrapolado o regramento estabelecido pela Carta Magna, ampliando as funções das guardas municipais, de forma ilegal? Quais as repercussões nos campos penal e processual penal? Estaria surgindo uma nova força policial? Há algum paralelo ou similitude com o sistema policial norte-americano? Não seria a mudança um prenúncio da reformulação de nosso sistema de forças policiais, que é extremamente necessária e premente? Passemos a tergiversar sobre o tema.

Para a solução das questões, serão analisadas leis, regulamentos e doutrinas jurídicas, dentre livros, publicações e artigos científicos que tratam dos temas principais e relacionados, aplicabilidade e

constitucionalidade das leis, poder de polícia, história das guardas municipais no Brasil e sistema policial norte-americano.

1 HISTÓRICO DAS GUARDAS MUNICIPAIS NO BRASIL

Braga (2009) ressalta que foi no período do Brasil Império, em data de 10 de outubro de 1831, que a Regência, por intermédio de proposta do Regente Feijó, promulgou um Decreto Regencial autorizando as Províncias a criarem um corpo de Guardas Municipais, as quais tinham a finalidade de manter a tranquilidade pública e auxiliar a justiça, sendo nesta data comemorado o dia Nacional do Guarda municipal, que foi instituído em 1992 no III Congresso Nacional de Guardas Municipais realizado em Curitiba, no Estado do Paraná; neste mesmo Decreto, foi criado o Corpo de Guardas Municipais Permanentes do Rio de Janeiro, sendo esta a primeira guarda municipal do Brasil.

Em São Paulo, a Lei Provincial n.º 23, de 26 de março de 1866, sancionada por Joaquim Floriano de Toledo, então Presidente da Província de São Paulo, criou as guardas municipais, órgãos cuja finalidade era garantir a segurança pública; o art. 4º dessa lei do século passado, dizia: “Os guardas policiais farão, nos municípios e freguesias, todo serviço de polícia e segurança e tomarão o nome de Guardas Municipais”.

No ano de 1956, o Tribunal de Alçada de São Paulo decidiu em acórdão da lavra do juiz CERQUEIRA LEITE que “ao município lhe é dado prover quando respeite ao seu peculiar interesse e, pois, ao serviço de polícia municipal” (RT 254/432).

A revogada Lei Orgânica do Município do Estado de São Paulo (Decreto-lei complementar n.º 9, de 31 de dezembro de 1969), mencionava no art. 4º, inciso 1º: “Ao município

competem,concorrentemente com o Estado, zelar pela saúde, higiene e segurança pública’.

Então, denota-se que já naquele tempo se reconhecia a legitimidade e necessidade das guardas municipais, bem como a competência dos municípios em questões afetas à segurança pública, concorrentemente com o Estado, em que pese ser um período de menor violência do que atualmente e com intensa centralização do poder central, com hipertrofia do Poder Executivo, em que os municípios não gozavam de plena autonomia.

Carvalho (2011) salienta que foram criadas várias guardas municipais pelo Brasil com o cunho de forças policiais, até que, com o período militar, e através dos decretos-lei 667, de 02 de julho de 1969 e 1070, de 30 de dezembro de 1969, os municípios foram impedidos de exercerem segurança pública, ocasião em que se deu a extinção de várias guardas municipais criadas no Brasil, restando outras acopladas à banda municipal e outras ainda subsistiram com o nome de guardas metropolitanas, mas desenvolvendo apenas proteção de bens públicos municipais.

Mais adiante e com a redemocratização do país, notadamente com o advento da CR/88, conferiu-se autonomia aos Municípios, tratados agora como entes federativos independentes, sendo também concedida aos mesmos entes a faculdade de criar guardas municipais para a proteção de seus bens, serviços e instalações, como reza o já citado art. 144, §8º da Carta Magna, fazendo novamente proliferar as guardas municipais pelo Brasil.

Agora, com a edição da lei em estudo, se confere às guardas municipais poder de polícia e aos seus agentes o porte legal de armas de fogo, no que aumentam de importância e relevância no contexto da segurança pública, principalmente pela ampliação de suas competências e atribuições, sendo o período hodierno, sem dúvida, dos mais relevantes de sua história.

2 PRINCIPAIS INOVAÇÕES E CONSEQUÊNCIAS NO ÂMBITO JURÍDICO

2.1 O porte de arma de fogo pelos integrantes de guardas municipais

Como principais inovações, citamos a autorização para o porte de arma dos integrantes das guardas municipais, que anteriormente, conforme previsão do Estatuto do Desarmamento, Lei n.º 10826/03, que regulava exclusivamente a questão, era possível apenas em serviço, com exceção das guardas municipais de capitais dos Estados e de Municípios com mais de 500.000 habitantes, em que era permitido o porte legal de armas para todos os membros, inclusive fora de serviço.

Vejamos o art. 6º, incisos III e IV da Lei 10826/03 (Estatuto do desarmamento):

“Art. 6º É proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria e para:

(...)

III – os integrantes das guardas municipais das capitais dos Estados e dos Municípios com mais de quinhentos mil habitantes, nas condições estabelecidas no regulamento desta Lei;

*IV – os integrantes das guardas municipais dos Municípios com mais de cinquenta mil e menos de quinhentos mil habitantes, quando em serviço;
(...)”*

Também regulamentando de forma mais minuciosa o assunto, vigora a Portaria n.º 365, de 15 de agosto de 2006, do Departamento de Polícia Federal, órgão encarregado da autorização e fiscalização do porte de arma de fogo dos Guardas Municipais, conforme o Estatuto do Desarmamento; o referido instrumento normativo dispõe em seus arts. 3º e 4º, *verbis*:

“Art. 3o. O porte de arma de fogo funcional para integrantes das Guardas Municipais será autorizado:

I - em serviço e fora dele, e dentro dos limites territoriais do respectivo Estado, para os integrantes das Guardas Municipais das capitais estaduais e dos municípios com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes;

II - somente em serviço e dentro dos limites territoriais do município, para os integrantes das Guardas Municipais dos municípios com mais de 50.000 (cinquenta mil) e menos de 500.000 (quinhentos mil) habitantes; e

III - somente em serviço e dentro dos limites territoriais do respectivo Estado, para os integrantes das Guardas Municipais dos municípios localizados

em regiões metropolitanas, quando não se tratar dos municípios referidos no inciso I deste artigo;

Art. 4o. Poderão portar a arma de fogo funcional, fora de serviço, nos deslocamentos para suas residências:

I - os integrantes das Guardas Municipais das capitais estaduais e dos municípios com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, ainda que residentes em municípios localizados na divisa entre Estados vizinhos; e

II - os integrantes das Guardas Municipais dos municípios localizados em regiões metropolitanas, ainda que residentes em municípios fora da região metropolitana.”

Cumprindo ainda explicitar que com a edição do Decreto no. 5.871, de 10 de agosto de 2006, foi revogado o artigo 45 do Decreto no. 5.123/04 (decreto que regulamenta o Estatuto do Desarmamento), que restringia a eficácia territorial do porte de arma de fogo das Guardas Municipais aos limites do respectivo município, deixando a questão para regulamentação do Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, que é o órgão competente para autorizar o porte de arma de fogo e expedir instruções normativas a respeito da autorização, por força da norma do caput do artigo 10 da Lei nº 10.826/03, que dispõe ainda, no §1º, que a autorização do porte de arma de fogo deve ter eficácia temporária e territorial limitada, nos termos de atos regulamentares, tendo sido então editado a Portaria 365 do DPF, acima citada.

Assim, a situação jurídica era a seguinte:

- já era permitido porte legal de arma de fogo, inclusive fora de serviço, e nos limites territoriais do Estado, para os membros das guardas municipais de capitais de Estado e de Municípios com mais de 500.000 habitantes;

- para os membros de guardas municipais de Municípios com mais de cinquenta mil habitantes e menos de quinhentos mil habitantes, mas somente em serviço e nos limites territoriais do município;

- somente em serviço e dentro dos limites territoriais do respectivo Estado, para os integrantes das Guardas Municipais dos municípios localizados em regiões metropolitanas, quando não se tratar dos municípios com mais de 500000 habitantes;

- e para os integrantes de guardas municipais de Municípios com menos de 50000 habitantes, não era permitido o porte legal de armas de fogo, nem mesmo em serviço.

Então, com a nova sistemática, estaria hoje regulamentado legalmente o porte legal de armas de fogo para os integrantes das guardas municipais de Municípios de todo o Brasil? Vejamos a previsão do art. 16, caput e § único, da novel legislação, transcrito *in verbis*:

“Art. 16. Aos guardas municipais é autorizado o porte de arma de fogo, conforme previsto em lei.

Parágrafo único. Suspende-se o direito ao porte de arma de fogo em razão de restrição médica, decisão judicial ou justificativa da adoção da medida pelo respectivo dirigente.”

Então, percebe-se, *ab initio*, de uma interpretação literal, o surgimento de uma dúvida: o porte de arma de fogo está autorizado para todos os guardas municipais, conforme se afigura na primeira parte do dispositivo, ou continua integralmente regulamentado pelo Estatuto do desarmamento, Lei 10826/03, e regulamentos respectivos, conforme se depreende da redação final do dispositivo transcrito, “conforme previsto em lei”; outra questão é saber se o Guarda Civil detentor de porte legal de arma de fogo poderá utilizá-lo no âmbito territorial do município, do Estado ou de todo o país.

Vislumbrando uma interpretação sistemática e com vistas, especialmente, à teleologia da lei, percebe-se a clara intenção do legislador em conceder o porte legal de arma de fogo para os guardas municipais, pois, caso contrário, nada estabeleceria sobre isso, deixando que a questão ficasse como estava, inteiramente disciplinada pela Lei n.º 10.826 de 22 de dezembro de 2003 e regulamentos disciplinadores.

Com este entendimento, mais aprazível, se verifica que atualmente todos os guardas municipais possuem o porte legal de armas de fogo, inclusive os integrantes de guardas municipais de cidades com menos de 50.000 habitantes, que tinham o porte vedado, inclusive em serviço, segundo o Estatuto do Desarmamento; assim, seguindo esta corrente, resta agora saber e dirimir se todos os guardas municipais têm direito ao porte fora de serviço e qual o âmbito territorial do porte.

Nesta questão, que também se afigura controversa, e considerando tratem-se as Guardas Municipais de forças policiais e armadas, de âmbito municipal, é forçoso reconhecer que o porte dos guardas municipais agora deva ser garantido em todo o território nacional e não

somente nos limites territoriais do Estado ou do Município, sobretudo, em razão de ser o porte federal e concedido e fiscalizado pela Polícia Federal.

De outra forma e de acordo com o outro entendimento, que acreditamos, deva se firmar minoritário, a questão do porte continuaria sendo integralmente tratado e regido na Lei n.º 10826 de 2003, da forma que explicitamos acima, e, portanto, nenhuma inovação haveria neste tema, mantendo-se o regramento anterior, em contrapartida do pensamento dos legisladores na discussão do projeto da lei, que veio justamente para garantir o direito ao porte de arma de fogo para todos os seus integrantes, quando em serviço, no intuito maior de garantir às corporações civis do município o poder de polícia, tema que será tratado abaixo.

Não obstante, visando ao cabal deslinde da questão, faz-se necessária a expedição de novo regulamento administrativo do Departamento de Polícia Federal, que certamente será editado, para que o tema seja adequadamente disciplinado, e, inclusive, para que as novas normas passem a vigorar plenamente.

2.1.1 O porte de arma de fogo de calibre restrito

Outra questão que surge é saber se diante do poder de polícia garantido às Guardas Municipais pela novel legislação, seria agora permitido aos integrantes das mesmas, o porte de armas de fogo de calibres restritos, ou continuaria vedado, na forma da legislação em vigor.

Cumprе salientar, na forma do art. 42, §4º do decreto n.º 5.123, de 1º de julho de 2004, regulamento da Lei 10826/03, que aos profissionais de Guardas Municipais é vedado o porte de armas de fogo de calibre restrito ou proibido, privativos das forças policiais e armadas.

Convém explicitar, em linhas gerais e na forma do decreto n.º 3665, de 20 de novembro de 2000, o chamado R-105, que os calibres restritos ou proibidos são os de armas de fogo curtas, cuja munição comum, tenha, na saída do cano, energia superior a trezentas libras-pé ou quatrocentos e sete joules e suas munições, como por exemplo, os calibres .357 Magnum, 9 Luger, .38 Super Auto, .40 S&W, .44SPL, .44 Magnum, .45 Colt e .45 Auto, e as de fogo longas raiadas, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia superior a mil libras-pé ou mil trezentos e cinquenta e cinco joules e suas munições, como por exemplo, .22-250, .223 Remington, .243 Winchester, 7 Mauser, .30-06, .308 Winchester, 7,62x39, .357 Magnum, .375 Winchester e .44 Magnum, armas automáticas de qualquer calibre e armas de fogo de alma lisa de calibre doze ou maior com comprimento de cano menor que vinte e quatro polegadas ou seiscentos e dez milímetros e armas de fogo de calibre superior ao doze e suas munições.

Lado outro, são armas de fogo de uso permitido, as armas de fogo curtas, de repetição ou semi-automáticas, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia de até trezentas libras-pé ou quatrocentos e sete joules e suas munições, como por exemplo, os calibres .22 LR, .25 Auto, .32 Auto, .32 S&W, .38 SPL e .380 Auto, além das armas de fogo longas raiadas, de repetição ou semi-automáticas, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia de até 1000 libras-pé ou trezentos e cinquenta e cinco Joules e suas munições, como por exemplo, os calibres .22 LR, .32-20, .38-40 e .44-40 e armas de fogo de alma lisa, de repetição ou semi-automáticas, calibre 12 ou inferior, com comprimento de cano igual ou maior do que vinte e quatro polegadas ou seiscentos e dez milímetros;

também as de menor calibre, com qualquer comprimento de cano, e suas munições de uso permitido.

Assim é que, tendo a lei em comento silenciado a respeito e não regulamentado a questão, como seria mais prudente e adequado, nova polêmica se apresenta, considerando, sobretudo, que o Estatuto das Guardas Municipais concedeu aos integrantes das Guardas Municipais poder de polícia, tratando-se a Guarda Municipal, agora, de uma força policial e armada.

Dessa forma, embora devam surgir balizadas opiniões em contrário, considero que as Guardas Municipais atualmente são forças policiais e armadas, e, neste diapasão, deve ser sim garantido porte legal de armas de fogo de uso restrito aos seus componentes e profissionais, já permitidas para uso de corporações policiais, com exceção das de uso exclusivo das forças armadas, sendo certo que tal questão deve também ser resolvida e dirimida em futuro regulamento do Departamento de Polícia Federal ou mesmo em um eventual decreto regulamentador da lei em comento.

2.2 Novas atribuições e o poder de polícia

Então, vamos ao estudo das novas atribuições das guardas municipais e do poder de polícia de seus integrantes.

A novel legislação prescreve:

“Art. 2º Incumbe às guardas municipais, instituições de caráter civil, uniformizadas e armadas conforme previsto em lei, a função de proteção municipal preventiva, ressalvadas as competências da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Art. 3º São princípios mínimos de atuação das guardas municipais:

I – proteção dos direitos humanos fundamentais, do exercício da cidadania e das liberdades públicas;

II – preservação da vida, redução do sofrimento e diminuição das perdas;

III- patrulhamento preventivo;

IV – compromisso com a evolução social da comunidade; e

V – uso progressivo da força.

Art. 5º São competências específicas das guardas municipais, respeitadas as competências dos órgãos federais e estaduais:

I – zelar pelos bens, equipamentos e prédios públicos do Município;

II – prevenir e inibir, pela presença e vigilância, bem como coibir, infrações penais ou administrativas e atos infracionais que atentem contra os bens, serviços e instalações municipais;

III – atuar, preventiva e permanentemente, no território do Município, para a proteção sistêmica da população que utiliza os bens, serviços e instalações municipais;

IV – colaborar, de forma integrada com os órgãos de segurança pública, em ações conjuntas que contribuam com a paz social;

V – colaborar com a pacificação de conflitos que seus integrantes presenciarem, atentando para o respeito aos direitos fundamentais das pessoas;

VI – exercer as competências de trânsito que lhes forem conferidas, nas vias e logradouros municipais, nos termos da Lei n.º 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), ou de forma concorrente, mediante convênio celebrado com órgão de trânsito estadual ou municipal;

IX – interagir com a sociedade civil para discussão de soluções de problemas e projetos locais voltados à melhoria das condições de segurança das comunidades;

X – estabelecer parcerias com os órgãos estaduais e da União, ou de Municípios vizinhos, por meio da celebração de convênios ou consórcios, com vistas ao desenvolvimento de ações preventivas integradas;

XI – articular-se com os órgãos municipais de políticas sociais, visando à adoção de ações interdisciplinares de segurança no Município;

(...)

XIII – garantir o atendimento de ocorrências emergenciais, ou prestá-lo direta e imediatamente quando deparar-se com elas;

XIV – encaminhar ao delegado de polícia, diante de flagrante delito, o autor da infração, preservando o

local do crime, quando possível e sempre que necessário.

(...)

XVI – desenvolver ações de prevenção primária à violência, isoladamente ou em conjunto com os demais órgãos da própria municipalidade, de outros Municípios ou das esferas estadual e federal;

(...)

Parágrafo único. No exercício de suas competências, a guarda municipal poderá colaborar ou atuar conjuntamente com órgãos de segurança pública da União, dos Estados e do Distrito Federal ou de congêneres de Municípios vizinhos e, nas hipóteses previstas nos incisos XIII e XIV deste artigo, diante do comparecimento de órgão descrito nos incisos do caput do art. 144 da Constituição Federal, deverá a guarda municipal prestar todo o apoio à continuidade do atendimento.”

Então, cotejando os artigos e incisos citados, restou bem clara a intenção do legislador em ampliar as atribuições das guardas municipais, dando-lhes mais competências, o que de fato ocorreu, notadamente para a atuação preventivo-criminal e nos casos de prisões em flagrante delito de autores de crimes, não somente em casos de ofensa aos bens municipais, mas em todos os casos.

O presente pensamento se reforça quando da detida análise dos incisos III e V do art. 5º, em que se dá atribuição aos guardas municipais

de atuar preventivamente para proteger a população que se utiliza dos bens e serviços municipais bem como colaborando com a pacificação de conflitos que presenciarem, conflitos estes que podem ocorrer nos campos civil, administrativo e inclusive criminal; no mesmo sentido os incisos XIII e XIV, que impinge aos guardas municipais o dever de agir em ocorrências emergenciais, e, inclusive, encaminhar à Autoridade policial quem for detido em situação de flagrância delitiva, preservando o local do crime.

No mesmo diapasão, os outros incisos do art. 5º, que prescrevem ações e atuações para a prevenção da violência e da criminalidade e os princípios de atuação estabelecidos no art. 3º, notadamente o previsto no inciso III, que fala do princípio do patrulhamento preventivo.

Assim é que as guardas municipais, que detinham, conforme previsão constitucional, somente a atribuição de proteção de bens, serviços e instalações municipais, agora exercem patrulhamento ostensivo e preventivo, promovem prisões em flagrante delito, desenvolvem ações preventivas de criminalidade, agindo quando seus integrantes presenciarem situações conflitantes e ocorrências emergenciais, protegendo a população, além de continuar desempenhando a função de protetora dos bens e serviços municipais e de trânsito.

Mais interessante é que a lei é expressa no sentido de assegurar aos guardas municipais o direito-dever de conduzir à presença da Autoridade policial quem for detido em situação de flagrante delito, não mais se dando a entrega do flagranteado à polícia militar, que registrava o fato mediante confecção de ocorrência policial e encaminhava o infrator à presença do Delegado de Polícia, ou seja, hodiernamente, o guarda

municipal pode prender em flagrante delito ou atuar em qualquer ocorrência de cunho policial, pode confeccionar a ocorrência policial e conduzir o preso ou as partes envolvidas à presença da Autoridade Policial, fato que se consubstancia no falado poder de polícia, que representa o exercício de atividade limitativa dos direitos individuais em benefício do interesse público, atividade esta que apresenta as características da discricionariedade, auto executoriedade e coercibilidade.

Na lição da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.” (DI PIETRO, 2005, p.128)

“Quanto à discricionariedade, embora esteja presente na maior parte das medidas de polícia, nem sempre isso ocorre. Às vezes, a lei deixa certa margem de liberdade de apreciação quanto a determinados elementos, como o motivo ou o objeto, mesmo porque ao legislador não é dado prever todas as hipóteses possíveis a exigir a atuação de polícia. Assim, em grande parte dos casos concretos, a Administração terá que decidir qual o melhor momento de agir, qual o meio de ação mais adequado, qual a sanção cabível diante das previstas na norma legal. Em tais circunstâncias, o poder de polícia será discricionário.”(DI PIETRO, 2005, p. 130)

“A auto executoriedade (que os franceses chamam de executoriedade apenas) é a possibilidade que tem a Administração de, com os próprios meios, pôr em execução as suas decisões, sem precisar recorrer previamente ao Poder Judiciário.”(DI PIETRO, 2005, p. 131)

“A coercibilidade é indissociável da auto executoriedade. O ato de polícia só é auto executório porque dotado de força coercitiva. Aliás, a auto executoriedade, tal como a conceituamos não se distingue da coercibilidade, definida por Hely Lopes Meirelles (2003:134) como a ‘imposição coativa das medidas adotadas pela Administração.’ ”(DI PIETRO, 2005, p. 132)

Dessa forma, as guardas municipais agora não somente são responsáveis pela proteção dos bens e serviços municipais, mas podem, como forças administrativo-policiais e, portanto, dotadas do poder de polícia, atuar em caso de ações ofensivas aos direitos das pessoas, tutelando o interesse público, e, inclusive, impondo a lei através do uso da força, de forma coercitiva, limitando os direitos individuais em nome de um interesse maior, o coletivo.

De relevo comentar o art. 2º, que trata as guardas municipais como instituições civis, uniformizadas e armadas, transformando-as em verdadeiras corporações policiais, de caráter civil.

Reforça o mesmo entendimento o fato das atribuições das guardas municipais estarem inseridas no texto constitucional no art. 144 da Carta Magna, onde se elencam as atribuições das forças policiais que integram o sistema de segurança pública brasileira.

Também os artigos 18, 19, 20 e 21 da Lei em comento reforçam tratar-se a instituição de uma nova força policial e seus membros de verdadeiros policiais, e, portanto, dotada a instituição de poder de polícia.

Vejamos:

“Art. 18.É assegurado ao guarda municipal o recolhimento à cela, isoladamente dos demais

presos, quando sujeito à prisão antes de condenação definitiva.

Art. 19. A estrutura hierárquica da guarda municipal não pode utilizar denominação idêntica à das forças militares, quanto aos postos e graduações, títulos, uniformes, distintivos e condecorações.

Art. 20. É reconhecida a representatividade das guardas municipais no Conselho Nacional de Segurança Pública, no Conselho Nacional das Guardas Municipais e, no interesse dos Municípios, no Conselho Nacional de Secretários e Gestores Municipais de Segurança Pública.

Art. 21. As guardas municipais utilizarão uniforme e equipamentos padronizados, preferencialmente, na cor azul-marinho.”

No mesmo sentido o já mencionado art. 16, que garante o porte de arma de fogo aos guardas municipais.

Então, vislumbra-se que aos guardas municipais foram conferidos direitos semelhantes, senão iguais aos dos policiais civis e militares, tais como prisão provisória em cela separada dos demais presos, porte legal de armas, e representatividade no Conselho Nacional de Segurança Pública, além de estrutura hierarquizada, embora não militar.

3 CONSTITUCIONALIDADE

Saliente-se que a edição da novel legislação foi combatida desde as discussões iniciais com a apresentação do projeto de lei, por entidades ligadas a defesa de direitos humanos e pelo Conselho dos Comandantes-

Gerais das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares do Brasil, que sempre se mostraram contrários à concessão do porte de arma de fogo para os agentes de guardas municipais, bem como com o aumento de suas atribuições e a concessão do poder de polícia; sobre a celeuma, denota-se compreensível que policiais militares e suas entidades fossem contrários ao aumento de atribuições das guardas municipais, mormente quando avançam em atribuições típicas das polícias militares, de patrulhamento ostensivo e preventivo, tornando-se mais uma força policial, com atribuições semelhantes às das polícias militares dos Estados, que de certo modo sentiram-se usurpadas.

Entenda-se mais uma vez que com a edição das novas regras, além da segurança patrimonial dos municípios, as guardas ganham poder de polícia e podem atuar na proteção da população, no patrulhamento preventivo, no desenvolvimento de ações de prevenção primária à violência, em grandes eventos e na proteção de autoridades, bem como em ações conjuntas com os demais órgãos de defesa civil, direitos estes que sempre foram defendidos pelas associações de guardas municipais, por óbvio.

Não obstante, sobre a atribuição e competência das guardas municipais, o art. 144, §8º da CF é taxativo ao enunciar que as guardas municipais são destinadas à proteção dos bens, serviços e instalações do município.

Então, se verifica que neste ponto se perfaz a discussão, cumprindo indagar: quando a lei ordinária amplia a competência das guardas municipais, não estaria avançando e extrapolando os limites impostos pela norma constitucional, e, inclusive, invadindo atribuições das polícias

militares dos Estados, constitucionalmente previstas no art. 144, § 5º da CR/88?

A resposta somente pode ser afirmativa, uma vez que a nova lei dá novas funções às guardas municipais, inovando e ampliando de forma ilegal as funções constitucionais de que foram incumbidas, e, mais, invadindo funções típicas das polícias militares dos Estados, insculpidas no já citado §5º do art. 144 da Carta política.

A ideia central do controle de constitucionalidade foi esclarecida pelo constitucionalista Alexandre de Moraes:

“Em primeiro lugar, a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Além disso, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária. Dessa forma, nelas o fundamento do controle é o de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre, pode modificá-la ou suprimi-la.” (MORAES, 2006, p. 657)

Assim, em que pese a narrada inconstitucionalidade da lei em comento, na medida em que amplia as funções das guardas municipais, extrapolando o regramento e limites impostos pela Constituição Federal, cumpre reconhecer que a lei é boa na intenção de criar mais uma força policial com poderes para o combate da criminalidade, em tudo visando o arrefecimento dos índices de violência, crescentes no País, também

colaborando com as demais corporações policiais para o mesmo fito, o anseio da população e da sociedade por paz e ordem públicas.

Ora, ampliando ainda mais a discussão e com vistas ao histórico das guardas municipais, se em período marcado pela limitação à autonomia dos municípios, como no período Imperial, a Guarda podia agir sem limitação, hoje, com uma Constituição moderna, avançada, que elevou o Município a ente federativo e deu-lhe autêntica autonomia, *ad instar* do contido nos arts. 1º e 18 do Estatuto da República, não é possível imaginar retrocesso, admitindo-se que o Município somente possa criar Guardas para proteger os seus bens públicos.

No mesmo sentido, a interpretação histórico-evolutiva mostra o seguinte: se no passado em que o clamor por segurança era menor que atualmente e, ainda assim, a Guarda trabalhava sem peias, hoje não é possível limitar sua atuação, em nome do bem da coletividade, bastando-se a adequação das leis à carta da república, ainda que se dê a emenda desta para que se sane a mácula da inconstitucionalidade.

Dessa forma, reconhece-se a inconstitucionalidade da lei, ao mesmo tempo em que se aceita o seu bom conteúdo e intenção, do ponto de vista material, sendo, pois, forçoso reconhecer o lapso do legislador, em alterar as atribuições das guardas através de lei ordinária sem antes alterar a Carta Magna através de emenda constitucional, o que deve se dar com a brevidade possível.

De relevo salientar que tramita no Congresso Nacional a PEC 534/2002, proposta pelo Senador Romeu Tuma, do PFL de SP, que dispõe sobre as competências das guardas municipais e sobre a criação da guarda nacional, modificando o §8º do art. 144 da CF, nos seguintes termos:

“§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de suas populações, de seus bens, serviços, instalações e logradouros públicos municipais, conforme dispuser lei federal.”

Ainda se insere o § 10º que prevê a criação da guarda nacional.

Denote-se que dispositivo é editado para prever a atribuição da guarda municipal de proteção da população municipal, o que dá nova amplitude às suas funções, encampando toda a atividade de prevenção ostensivo-criminal; veja-se que a aprovação da presente proposta de emenda à constitucional resolveria qualquer pretensa declaração de inconstitucionalidade da lei em estudo.

Neste tema, cumpre salientar que a Federação Nacional de Entidades de Oficiais Militares (FENEME) propôs junto ao STF uma ADI, Ação Direta de Inconstitucionalidade, de n.º 5156, contra a lei em comento, estando atualmente em trâmite na Corte Suprema; a relatoria da ADI coube ao Ministro Gilmar Mendes, que reconheceu relevante a discussão da matéria e encaminhou para que seja submetida ao plenário; diversas entidades de todo o país, que tem interesse direto no assunto, estão ingressando com requerimento de *amicuscuriae*, chamado amigo da corte, para debaterem o tema na Corte Constitucional, dentre instituições contrárias e favoráveis à inconstitucionalidade da lei; dentre as favoráveis, estão várias associações de guardas municipais e dentre as contrárias, entidades de militares e a Confederação Nacional dos Municípios.

4 SIMILITUDE E PARALELO COM O SISTEMA POLICIAL NORTE-AMERICANO

Vejamus que nos EUA existe uma polícia municipal que funciona nos moldes do ciclo completo de polícia, executando função preventiva ou ostensiva e também repressiva ou investigativa de criminalidade, atuando com atribuições em crimes determinados, que seriam crimes de competência da polícia municipal.

De acordo com DANTAS (2010), o princípio político que dá sustentação à segurança pública norte-americana é o de “controles locais”, tendo a polícia municipal circunscrição no âmbito do respectivo município, que são os denominados condados, que tem como chefe de polícia o Xerife, que seria o Delegado de Polícia no Brasil, sendo as organizações municipais espinhas dorsais do sistema de segurança pública nos EUA; as polícias locais são o “ponto focal” para aqueles que buscam compreender os diferentes aspectos da organização e operação policial norte-americana.

Denote-se que a estrutura organizacional das polícias municipais compreende a área de operações e patrulhamento geral, de investigações e de assuntos administrativos, sendo que compõem este último, servidores civis e não policiais; nos condados maiores, pode haver divisões especializadas por crimes e patrulhamento de trânsito; serviços administrativos como saúde e manutenção de material, viaturas inclusive, são terceirizados.

Nos EUA também existe a polícia estadual, que foi criada na tentativa de desvincular a segurança pública da política local dos municípios; as polícias estaduais fazem o patrulhamento das rodovias estaduais, executam atividades de policiamento ostensivo geral e

funcionam também como polícia judiciária de jurisdição exclusiva nos delitos tipificados na legislação penal estadual.

Ainda de acordo com DANTAS (2010), no âmbito federal, a atividade policial aumentou bastante no passado recente, na medida em que cresceu o número de delitos criminais tipificados em legislação federal; o FBI, “Federal Bureau of Investigation”, é a maior e mais famosa das agências policiais norte-americanas da área federal, tendo sido criado pelo Presidente Roosevelt em 1908, estando incluídas em suas atribuições as investigações acerca do crime organizado, corrupção, pornografia, assaltos a bancos e crimes de colarinho branco, incluindo falsificações e fraudes comerciais envolvendo ativos financeiros, em atividade correlata à polícia federal brasileira, atuando, junto ao Judiciário Federal, como polícia judiciária da União.

Conforme SILVA (2014), a polícia municipal americana possui *hierarquia mais enxuta, sendo subordinada ao Prefeito*, sendo o comissário, que é o coordenador administrativo, indicado pelo prefeito, tendo a incumbência de nomear os xerifes, chefes de polícia ou delegados, que comandam cada delegacia e seus departamentos.

Então, há nas polícias municipais, assim como nas estaduais, agentes com função ostensiva, que depois de um ou dois anos, podem concorrer a vagas na área investigativa; ressalte-se que são polícias civis e não militares, embora seus integrantes usem uniformes e distintivos, sendo a hierarquia também base das mesmas corporações.

Do mesmo modo que a polícia americana, as guardas municipais, da forma que estão sendo concebidas, são forças policiais municipais, civis, ostensivas, uniformizadas e hierarquizadas, mas ainda não possuem

funções investigativas e repressivas, de apuração de infrações penais visando a punição dos infratores da lei penal, como as americanas, que exercem o chamado ciclo completo de polícia, função ostensiva e investigativa.

Outra diferença essencial é que na legislação brasileira não há crimes de competência municipal, os chamados crimes municipais, como ocorre na legislação americana; também as guardas municipais são subordinadas ao Prefeito Municipal e o diretor ou comandante das guardas é nomeado pelo Prefeito Municipal.

5 O EMBRIÃO DE UM NOVO SISTEMA POLICIAL

Então, nos moldes do direito norte-americano, estamos observando o surgimento de uma nova polícia, com atribuições municipais, com função ostensiva e preventiva de criminalidade, que adiante poderá também atuar reprimindo as infrações penais, exercendo também a investigação criminal de infrações determinadas em lei, com vistas à punição do infrator da lei penal.

Para que tal ocorra, necessárias serão mudanças nas leis brasileiras, começando por emenda à Constituição Federal, que garanta ao Município, através de sua corporação policial, competência para prevenir e apurar infrações penais, criando-se nas leis penais o elenco de crimes de competência municipal, e ainda, visando dar constitucionalidade à lei em estudo, deve ser editada emenda constitucional que altere as funções das guardas municipais, incluindo função de policiamento ostensivo e de investigação criminal de crimes municipais, além da necessária reforma da lei em estudo para prever a função investigativa da polícia municipal.

O fato é que o passo inicial foi dado, passando as guardas municipais a serem tratadas como forças policiais armadas, de cunho municipal, e exercendo funções de policiamento preventivo, com o poder de agir de forma coercitiva, impondo o cumprimento da lei pelo uso da força, detendo, pois, poder de polícia.

5.1- A reestruturação do sistema policial no Brasil

Verdade é que é premente e urgente a necessidade de séria discussão visando a reformulação do sistema policial.

É cediço que já é arcaico o sistema policial no Brasil, que possui duas corporações policiais com atribuições diferenciadas, cada uma agindo, senão em direções opostas, em direções desencontradas, sem integração, sem troca de informações, e porque não dizer, em alguns casos, com usurpação de funções mutuamente; sabe-se que são cotidianos os relatos de rixa entre as corporações e desentendimentos entre seus integrantes, numa verdadeira concorrência, fatos que somente fazem recrudescer os já altos índices criminais, em prejuízo de toda a coletividade e em benefício do crime e dos criminosos, cada vez mais audaciosos e organizados.

Já se discute e com embasamento doutrinário a unificação das forças policiais no âmbito estadual e o emprego do ciclo completo de polícia, ou seja, uma única polícia estadual que atue de forma preventiva/ostensiva e repressiva, impedindo a ocorrência de crimes, e, apurando e investigando os crimes que ocorram visando a punição do infrator da lei penal; neste mesmo pacote, estaria a possibilidade de desmilitarização das polícias militares dos Estados, transformando-se a única polícia estadual em uma polícia civil, mais cidadã, mais

republicana, preparada para servir a sociedade, nos moldes do sistema policial americano; para complementar, como se disse acima, a ampliação das competências das polícias municipais, que também atuarão exercendo o ciclo completo de polícia, em crimes municipais, devidamente especificados legalmente.

Quanto ao tão modernamente tratado ciclo completo de polícia, consiste na atribuição à mesma corporação policial das atividades preventivas e repressivas de criminalidade, ou seja, representa a realização das atividades de policiamento ostensivo visando a que os crimes não ocorram, bem como a investigação criminal com fins à punição do infrator da lei penal, depois da ocorrência do crime, pela mesma entidade policial.

Sabe-se que hodiernamente as atividades preventivas e repressivas de polícia são desempenhadas por forças policiais distintas, nos moldes do art. 144 da CF/88, cabendo às polícias militares dos Estados a prevenção criminal com policiamento ostensivo e às polícias civis dos Estados a investigação criminal ou atividade repressiva de criminalidade, mesma tarefa de que se incumbe a polícia federal no âmbito da União.

O Brasil é uma das poucas exceções no mundo de países em que não se adota o ciclo completo de polícia, fato que vem sendo amplamente debatido pela sociedade organizada, notadamente diante da crescente demanda criminal no país e os recorrentes entreveros e farpas entre as corporações policiais devido a reclamações quanto à usurpação de funções de ambos os lados, bem como discussões quanto à adoção de procedimentos distintos.

Quanto à questão, é cediço que há forte discussão entre as corporações e posições doutrinárias em contrário; as polícias militares e suas entidades e representações se esforçam para ganharem a atribuição de lavratura de TCO's, os termos circunstanciados de ocorrência, previstos na Lei dos Juizados Especiais, Lei 9099/95, quanto às infrações penais de menor potencial ofensivo, que são atividades típicas de polícia judiciária; as polícias civis e seus representantes, de outro lado, lutam para não se verem despidos de suas atribuições de polícia judiciária.

Os que opinam contrariamente ao ciclo completo de polícia, dizem que tal dará muito poder à corporação policial e pouco controle, havendo necessidade de maior fiscalização sobre suas ações, o que se dá hodiernamente, justamente com a polícia judiciária e os seus chefes, os delegados de polícia, exercendo controle e fiscalização sobre os atos de polícia militar ostensiva, notadamente sobre as prisões, que devem ser ratificadas pela Autoridade policial, passando por seu crivo.

De outro lado, os favoráveis ao ciclo completo de polícia argumentam que menor entrave burocrático haverá, dando mais celeridade e organização da atuação da corporação policial, em benefício do controle da criminalidade.

Outra questão que se coloca no âmbito da presente discussão, seria a unificação das polícias; com a instituição do ciclo completo, todas as forças policiais trabalhariam desempenhando atividades repressivas e preventivas, o que certamente acarretaria a concorrência de atribuições e novas discussões, daí a necessidade de unificação das forças policiais dos Estados, evitando-se a atual dualidade de instituições e bipartição de funções, que somente burocratizam e engessam a atuação policial; então,

discute-se a criação de uma única força policial estadual, com competências amplas de atuação investigativa e ostensiva, tema da maior amplitude e complexidade, que certamente demandarão discussões infundáveis, mormente entre os integrantes e representantes das corporações policiais.

Ainda, não bastassem todas as discussões, dúvida haveria também em saber se esta única força policial estadual seria militar ou civil, questão afeta ao tema da desmilitarização das polícias.

Conforme o site da Empresa Brasil de Comunicação, EBC (2014), a proposta de desmilitarização consiste na mudança da Constituição Federal, por meio de Emenda Constitucional, de forma que a polícia militar e a civil constituam um único grupo policial, e que todo ele tenha uma formação civil; para os defensores da ideia, necessário se faz que os policiais sejam treinados, preparados e formados para uma atuação cidadã e republicana, de atendimento e serviço em prol da sociedade, de pleno respeito aos direitos do homem e não preparados para uma guerra contra um inimigo em combate, como ocorre com o treinamento militarizado, típico das forças armadas; no mesmo sentido, os integrantes da corporação seriam julgados pela mesma Justiça comum que julga todos os cidadãos e não por uma Justiça militar; também não haveria os crimes tipicamente militares e as punições severas a que são submetidos os próprios policiais, decorrentes do intenso poder disciplinar típicos do sistema militarizado; no mesmo passo, policiais teriam o direito de reivindicar, se associarem e realizarem greves, direitos atualmente vedados aos policiais militares, devido justamente ao caráter militar da instituição; sabe-se que as policiais militares dos Estados são forças

auxiliares do Exército, outro questionamento dos estudiosos, que reforçam que na contemporaneidade não é possível imaginar uma polícia com rigores militares em sua estrutura e formação.

Os que advogam contra a tese da desmilitarização, mormente os oficiais militares, propugnam que a organização da entidade policial depende das bases da hierarquia e disciplina, pilares da doutrina militar, e essencialmente importantes para a organização e regularidade dos trabalhos, e mais, que os atuais policiais militares são formados sob os ensinamentos da Carta Política, estudam noções de direito e direitos humanos, e são sabedores de seus deveres, precipuamente do respeito aos direitos das pessoas.

Segundo o portal EBC (2014), a truculência na ação de alguns membros de polícias militares dos Estados no Brasil deu ensejo a uma recomendação do Conselho de Direitos Humanos da ONU, em maio de 2012, por sugestão do governo da Dinamarca, de extinção da polícia militar; o Brasil, por sua vez, respondeu que não poderia fazê-lo devido ao impedimento constitucional.

Atualmente, estão em tramitação no Congresso Nacional, duas PEC's – propostas de emenda constitucional, que tratam sobre o tema, a PEC 102, de 2011, de autoria do Senador Blairo Maggi, do PR do MT, que autoriza Estados a desmilitarizarem a PM e unificarem suas polícias, em trâmite no Senado Federal, e a PEC 430, de 2009, tramitando na Câmara dos Deputados, de autoria do deputado Celso Russomano, do PP de SP, que propõe a unificação das polícias, a desmilitarização da polícia militar e outras funções para as guardas municipais, nos moldes do presente trabalho.

Assim, dando sequência às propostas de reformulação, a polícia rodoviária estadual seria acoplada à polícia civil estadual, deixando de ser militar.

Quanto à polícia judiciária federal, continuará exercendo suas funções, nos mesmos moldes de hoje, mas exercendo também papel de polícia ostensiva no âmbito federal, patrulhando rodovias federais, para tanto, acoplando a polícia rodoviária federal, além do exercício da fiscalização ostensiva em portos, aeroportos e fronteiras, como já ocorre hodiernamente.

Óbvio que depois de toda a reformulação ou simultaneamente, deverão ocorrer alterações no sistema de justiça criminal, tema que não alcança o presente trabalho, devido a maior amplitude e complexidade.

CONCLUSÃO

Então, se verifica que a Lei 13022, de 08 de agosto de 2014, concedeu poder de polícia e ampliou as atribuições das guardas municipais, no intuito de aprimorar o policiamento das ruas e diminuir a violência e a criminalidade, criando uma nova força policial, de cunho municipal.

Ao passo de ser boa a sua intenção e manifestar o desejo e anseio da coletividade, pecou pela inconstitucionalidade, ao ampliar de forma abusiva as funções das guardas e ao conceder às mesmas o exercício de funções típicas constitucionais das polícias militares, desobedecendo o preceito constitucional, tudo no afã de garantir, com menor gasto público, um reforço do efetivo policial nas ruas.

Em que pese a inconstitucionalidade, que pode ser corrigida com a aprovação de uma PEC – proposta de emenda constitucional, que amplie

as funções das guardas municipais, restou óbvia a intenção do legislador em criar um embrião de uma nova polícia municipal, que no futuro poderá exercer o ciclo completo de polícia, coibindo e apurando crimes municipais, nos moldes da polícia americana.

No mesmo sentido, pode ter sido um prenúncio de discussão de reformulação de todo o sistema de polícia no Brasil, com a unificação das polícias estaduais, desmilitarização, exercício de ciclo completo de polícia, mudanças estas prementes e necessárias para o melhor funcionamento das corporações policiais e efetivo combate ao crime no Brasil.

Assim, não obstante o grito dos policiais militares e de suas entidades, que de forma compreensível se sentem usurpados nas suas funções constitucionais, por mais uma força policial que seria “concorrente”, que estaria ocupando os seus espaços, nos seus entendimentos, digamos assim, bem como por grupos de direitos humanos, que são contrários ao surgimento de uma nova força policial, que viria para coibir e limitar o exercício dos direitos fundamentais pelo cidadão, exercendo o poder de polícia e funções que extrapolam as elencadas na Carta da República, reputa-se boa a intenção do legislador, que seu pautou no anseio da coletividade, em ver mais uma força policial combatendo o crime e patrulhando as ruas e logradouros públicos, no intuito de trazer mais paz social e ordem pública à sociedade, já tão combalidas com o recrudescimento da violência.

Ressalve-se mais uma vez, porém, a necessidade de edição de PEC para a correção das funções das guardas municipais, pois que o legislador, no afogo de aumentar o efetivo policial nas ruas, coibir o crime, com

nenhum gasto público para a União e Estados, atender ao anseio e solicitações das guardas municipais do Brasil ainda garantir a aprovação mais rápida e fácil da legislação, bem como causando menor polêmica do que a que seria gerada na discussão de uma PEC, de mais complexa aprovação, exigindo quórum qualificado de votação nas duas casas do Congresso Nacional, pecou pela inconstitucionalidade, que é fatal.

REFERÊNCIAS

BRAGA, Carlos Alexandre. Histórico das Guardas Municipais. Disponível em: <<http://www.twiki.ufba.br>>. Acesso em: 23 de agosto de 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. PEC n.º 430/2009. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 07 de outubro de 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 de agosto de 2014.

BRASIL. Decreto n.º 5871, de 10 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16 de agosto de 2014.

BRASIL. Decreto n.º 5123, de 1º de julho de 2004. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 de agosto de 2014.

BRASIL. Decreto n.º 3665, de 20 de novembro de 2000. R-105. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 de agosto de 2014.

BRASIL. Departamento de Polícia Federal. Portaria n.º 365, de 15 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 de agosto de 2014.

BRASIL. Empresa Brasileira de Comunicação. O papel da polícia: entenda o que é a desmilitarização da polícia. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br>>. Acesso em: 18 de novembro de 2014.

BRASIL. Lei n.º 13022, de 08 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 de agosto de 2014.

BRASIL. Lei n.º 10826, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 de agosto de 2014.

BRASIL. Senado Federal. PEC n.º 102/2011. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 07 de outubro de 2014.

BRASIL. STF. ADI n.º 5156. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 13 de setembro de 2014.

CARVALHO, Cláudio Frederico de. Guarda Municipal de Curitiba. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br>>. Acesso em: 23 de agosto de 2014.

DANTAS, George Felipe de Lima. As Polícias Norte-Americanas. Disponível em: <<http://www.policiaeseguranca.com.br>>. Acesso em: 18 de agosto de 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 19 Ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.128. 130-132.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 7. 657

SILVA, José Vicente da. Quais são as diferenças entre a polícia do Brasil e a dos EUA?. Disponível em: <<http://www.mundoestranho.abril.com.br>>. Acesso em: 18 de agosto de 2014.

A ALIENAÇÃO DO USUFRUTO E A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES

JACKSON PAULO FACHINELLO:
Procurador da Fazenda Nacional.

RESUMO: Sob a vigência do Código Civil de 1916, havia expressa previsão no tocante a alienação do usufruto ao proprietário da coisa. No entanto, o novo Código inovou ao excluir essa possibilidade. Hodiernamente, a propriedade plena somente é alcançada pelo nu-proprietário nas hipóteses previstas no art. 1.410 do Código Civil. Como consequência, as alienações onerosas, com o objetivo de pagar menos tributo, ou seja, procurando recair sobre a operação o Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), em detrimento do Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* e Doações (ITCMD), restaram vedadas. O Código Tributário Nacional atribui a responsabilidade tributária aos profissionais que não observarem a nova lei.

Palavras-chave: Direito Civil. Alienação do usufruto. Responsabilidade Tributária.

INTRODUÇÃO

O novo Código Civil trouxe alterações significativas e têm causado polêmica quanto a sua interpretação e aplicação pelos profissionais da área, principalmente aqueles do foro extrajudicial. Dentre as dúvidas, questiona-se a possibilidade de alienação do usufruto ao proprietário da coisa e as implicações tributária decorrente da prática desse ato jurídico.

DESENVOLVIMENTO

O usufruto não foi conceituado no novo Código Civil, mas a doutrina e a jurisprudência já consolidaram seu entendimento no decorrer dos tempos. É o direito real, temporário e intransmissível de desfrutar um objeto na integralidade de suas relações, sem lhe alterar a substância. Ao usufrutuário é atribuído o poder de fruir as utilidades e frutos de uma coisa enquanto temporariamente destacado da propriedade. Assim, as maiores características do usufruto são a inalienabilidade e a temporariedade.

Nos ensinamentos de Orlando Gomes, “A função econômica do usufruto é precipuamente assegurar a certas pessoas meios de subsistência. Tendo finalidade alimentar, razão por que se restringe praticamente às relações familiares, é concedido gratuitamente, e, quase sempre, por testamento”^[1].

Por ser direito temporário, o art. 1.410 do novo Código Civil expressa que não se pode prolongar além da vida do usufrutuário, se pessoa natural, ou de 30 anos, se pessoa jurídica, ou pelo implemento do termo de sua duração estabelecido para sua vigência.

O art. 717 do CC/1916 vedava o usufruto por alienação, ressalvada na hipótese de ser ao proprietário da coisa. “O usufruto só se pode transferir, por alienação, ao proprietário da coisa; mas seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso”. O art. 1.393 do novo Código fez considerável alteração na redação, assim redigida: “Não se pode transferir o usufruto por alienação; mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso”. A partir da vigência do novo diploma legal, a exceção prevista no texto anterior deixou de existir, retirando do

ordenamento jurídico a possibilidade de alienação do usufruto ao proprietário do bem.

Como resultado, a possibilidade de que o nu-proprietário venha a exercer o domínio pleno da propriedade é somente através da extinção do usufruto, cujas hipóteses legais estão elencadas no art. 1.410 do novo Código. Note-se que o referido dispositivo relaciona taxativamente as situações que porão fim ao direito real. Interpretar e aplicar o comando legal de forma diversa da norma positivada é inovar a ordem jurídica e usurpar competência constitucional cabível somente ao legislador.

Diversamente, a cessão do exercício do usufruto, por título gratuito ou oneroso, é admitida pelo art. 1.393 do novo Código, não se confundindo com o direito real propriamente dito. Pode-se afirmar, que é uma faculdade que as pessoas têm de contratar e de auferir as vantagens e frutos da coisa, inserida no campo dos direitos pessoais e obrigacionais.

A prática até então comum do titular do domínio de alienar a nua propriedade a A e o usufruto a B, para mais tarde alienar o direito real ao adquirente da nua propriedade (A), não pode mais ser realizada. É defesa, da mesma forma, a alienação a terceiro pelo nu-proprietário, conjuntamente com o usufrutuário, do pleno domínio, sob pena de configurar o usufruto sucessivo. Igual interpretação deve ser aplicada à nova forma dada pelo fideicomisso no novo Código Civil, previsto no art. 1.572, parágrafo único. Se ao tempo da morte do testador (fideicomitente), já tiver nascido o fideicomissário, passará o fiduciário a ser usufrutuário do bem fideicometido. A propriedade é bipartida, exercendo o fideicomissário o domínio do imóvel gravado com o usufruto.

As duas primeiras situações, antes da entrada em vigor do novo Código, eram usuais e aconteciam de duas maneiras: onerosa, incidindo o imposto municipal (ITBI) ou por doação, incorrendo na obrigação de pagar o imposto Estadual (ITCMD). Muitas vezes, essas alienações onerosas eram apenas simulações, com a elaboração de uma realidade apenas formal, objetivando ocultar a existência de verdadeiras doações. Com efeito, essas simulações permitiam a evasão fiscal do imposto de competência do Estado (ITCMD), uma vez que sua carga tributária quase sempre é mais gravosa comparada a do imposto municipal (ITBI). A prática desse ilícito era de difícil comprovação, pois a legislação civil previa a transferência do usufruto ao nu-proprietário e contava com o silêncio das partes. Com a entrada em vigor do novo código, essa transferência onerosa não pode mais ocorrer, por ausência de respaldo legal. Conseqüentemente, o uso e a fruição do bem de outra pessoa só se extingue pelas causas previstas no art. 1.410 do NCC. Como se observa, o novo Código pôs fim à possibilidade de práticas ilícitas, inadmitindo a alienação do usufruto ao nu-proprietário, sob pena de responsabilidade pessoal do tabelião e do oficial do registro que assim o fizer. Cabe a eles, sim, recusar a realização de atos que a lei impede, como ocorre quando a alienação do usufruto se faz presente.

A consolidação da propriedade plena, com a transmissão onerosa do usufruto ao proprietário e o pagamento indevido do ITBI, pode resultar na responsabilidade tributária dos Tabeliães e Registradores, pois essa imputação pode ocorrer quando observada a sonegação do imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação (ITCMD). Deve-se esclarecer que o ITCMD incide na maior parte das hipóteses de extinção do usufruto

previstas no art. 1.410, portanto, ao admitir a alienação onerosa do usufruto, impede-se a realização do fato jurídico necessário e o surgimento desse imposto.

Os profissionais que não observarem a nova lei suportarão o encargo fiscal, pois o Código Tributário Nacional atribui aos tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício a responsabilidade solidária com o contribuinte, pelos tributos devidos, pelos atos praticados por eles, ou perante eles, em razão de seu ofício (art. 134 do CTN). A solidariedade prevista não é aplicável *ab initio*. A referida norma do CTN exprime que apenas “na impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal” é que os responsáveis se tornam solidariamente obrigados pelos débitos fiscais nos atos em que intervierem ou às omissões(culposas) de que forem efetivamente responsáveis.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, o atual Código Civil não contempla a alienação do usufruto ao nu-proprietário. Como resultado, somente através da extinção do usufruto, cujas hipóteses estão previstas no art. 1.410 do NCC, é que este consolidará a propriedade plena. Portanto, a alienação anteriormente admitida pelo antigo código, que atraía incidência do ITBI, portanto menos oneroso que o ITCMD, não mais podem ser realizada, sob pena de responsabilização dos profissionais envolvidos pelo tributo não recolhido perante o respectivo ente federativo.

REFERÊNCIA

GOMES, Orlando. **DIREITO REAIS**. São Paulo: Forense, 1998.

[1] GOMES, Orlando. *Direitos Reais*, p. 277.

A ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DO ADICIONAL DE ALÍQUOTA DA COFINS PARA AS SOCIEDADES CORRETORAS DE SEGURO

VICTOR HUGO MARCÃO CRESPO:
Bacharel em Direito pela FGV em São Paulo.
Advogado de Contencioso Tributário no
BMA - Barbosa, Mussnich Aragão.

A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) está prevista no art. 195, inciso I, alínea “b” da Constituição Federal e está subdividida em duas sistemáticas de apuração: (i) a sistemática cumulativa, prevista na Lei 9.718/98, à alíquota de 3% sobre a receita bruta/faturamento da pessoa jurídica; (ii) a sistemática não-cumulativa, veiculada por meio da Lei 10.833/03, à alíquota de 7,6% sobre a receita total da pessoa jurídica.

Em regra, as pessoas jurídicas submetidas à sistemática de apuração da renda pelo lucro presumido estão enquadradas na sistemática cumulativa da COFINS. Por sua vez, aquelas optantes pelo lucro real apuram as contribuições de acordo com o regime não-cumulativo.

Ocorre que a lei prevê algumas atividades para as quais a regra geral é inaplicável. Nestas, há um regime próprio das alíquotas aplicáveis à COFINS. Um destes regimes próprios é aquele das instituições financeiras e às distribuidoras de títulos e valores mobiliários.

Por lei, estas instituições estão obrigadas à apuração do imposto de renda pelo lucro real – e, conseqüentemente, estariam sujeitas à apuração da COFINS na sistemática não cumulativa. No entanto, as instituições financeiras estão sujeitas ao regime cumulativo de apuração da COFINS, bem como à alíquota majorada de 4% sobre sua receita bruta.

O art. 10, inciso I da Lei 10.833/03 prevê que o regime cumulativo de apuração da COFINS é aplicável às instituições financeiras e às distribuidoras de títulos e valores mobiliários. Por sua vez, a Lei 10.684/03 (art. 18) estabeleceu também a majoração da alíquota da COFINS das instituições financeiras de 3% para 4% sobre a receita bruta.

Baseada nessa exceção legal e no rol de sujeitos disposto no art. 22, §1 da Lei 8.212/91, a Secretaria da Receita Federal expediu o Ato Declaratório Interpretativo n. 17/11 subsumindo as sociedades corretoras de seguro ao regime de apuração de COFINS aplicável às instituições financeiras, de forma a exigir o recolhimento da contribuição à alíquota majorada de 4%.

Este entendimento foi confirmado na Solução de Divergência n. 26 da Receita Federal, de 24 de novembro de 2011, cuja observância é de rigor pelas Autoridades Fiscais.

Inconformadas com a indevida equiparação e com a tributação mais onerosa daí resultante, diversas sociedades seguradoras levaram a questão do adicional de alíquota de COFINS à apreciação do Poder Judiciário.

A jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais de todas as Regiões[1] vem dando razão aos contribuintes há tempos, reconhecendo o equívoco na equiparação das sociedades corretoras de seguros com as instituições financeiras e, conseqüentemente, a ilegalidade e inconstitucionalidade do adicional de COFINS delas exigido pela Receita Federal.

Recentemente, no entanto, a jurisprudência das duas Turmas do Superior Tribunal de Justiça confirmou essa tendência de entendimento favorável ao Contribuinte[2]. Ficou consignado que as sociedades

corretoras de seguro, enquanto simples intermediárias, não podem ser equiparadas às instituições financeiras (art. 22, §1 da Lei 8.212/91) para fins de recolhimento da COFINS à alíquota majorada, razão pela qual restou afastada a cobrança do adicional.

Dessa forma, ao majorar a alíquota de COFINS aplicável às sociedades seguradoras, o ADI n. 17/11 acaba por ofender o princípio da estrita legalidade em matéria tributária, tal como disposto no art. 150, inciso I da Constituição Federal e no art. 97, inciso I do Código Tributário Nacional.

Considerando o referido precedente, o cenário parece favorável aos Contribuintes em uma possível discussão judicial.

Na ação judicial, é possível não só de afastar a incidência da alíquota majorada da COFINS para os exercícios futuros, tendo em vista a sua ilegalidade e inconstitucionalidade, mas também assegurar a restituição dos valores indevidamente recolhidos nos últimos 05 (cinco) anos, contados da data da propositura da ação.

NOTAS:

[1] APELREEX 00178840220134036100 - DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA – 6ª TURMA DO TRF3, DJ 08/05/2015; AMS 00225349220134036100 - DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, 4ª TURMA DO TRF3, DJ 14/01/2015. APELRE 201351010196692 - Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES – 4ª TURMA DO TRF2, DJ 04/12/2014; AC 200970000031531 - VÂNIA HACK DE ALMEIDA, 2ª TURMA DO TRF4, DJ 14/04/2010; AC 200872000120680 - JORGE ANTONIO MAURIQUE, 1ª TURMA DO TRF4, DJ 15/12/2009; APELREEX

00042151820134058300 - Desembargador Federal José Maria Lucena, 1ª TURMA DO TRF5, DJ 31/07/2014; APELREEX 00024168920124058100 - Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, 3ª TURMA DO TRF5, DJ 21/10/2013.

[2] AgRg no AREsp 441.705/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 20/06/2014, AgRg no AREsp 426.242/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 07/03/2014.

O PLANO DE AÇÃO PARA AS CIDADES HISTÓRICAS: APONTAMENTOS AO INSTRUMENTO INTEGRADO PARA A GESTÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL COM ENFOQUE TERRITORIAL

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Bacharel em Direito, do Centro Universitário São Camilo. Autor de vários artigos na área do Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Ambiental. Mestrando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF. Bolsista CAPES.

Resumo: O objetivo do presente está assentado na análise do Plano de Ação para as Cidades Históricas como instrumento integrado para a gestão do patrimônio cultural com enfoque territorial. Cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultural. A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos. Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. O conceito de

patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental.

Palavras-chaves: Patrimônio Cultural. Plano de Ação. Cidades Históricas. Instrumento Integrado de Gestão. Tutela Jurídica.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios; 4 O Plano de Ação para as Cidades Históricas: Apontamentos ao Instrumento Integrado para a Gestão do Patrimônio Cultural com enfoque territorial.

1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos

Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o “*prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém*”^[1]. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de

Descumprimento de Preceito Fundamental N°. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um

manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: “*Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas*”^[4]. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primacialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade^[5]. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta Política de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado

Democrático de Direitos: “*Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária*”[\[6\]](#).

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[\[7\]](#).

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de *direito de terceira dimensão* encontram como assento primordial a visão da espécie humana na condição de coletividade, superando, via de consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a todos, de maneira indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “*têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres

viventes. Consoante os ensinamentos apresentados por José Afonso da Silva, considera-se meio-ambiente como “*a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas*”[\[10\]](#).

Nesta senda, ainda, Fiorillo[\[11\]](#), ao tecer comentários acerca da aceção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[\[12\]](#).

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprovou o Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. *“Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente”*[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro,

não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (...) tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser

imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda, o direito à interidade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o

sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios

Quadra salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. “A *cultura*

brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos”[16]. Desta maneira, a proteção do patrimônio cultural se revela como instrumento robusto da sobrevivência da própria sociedade.

Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluido, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. Meirelles anota que *“o conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental”*[17]. Quadra anotar que os bens compreendidos pelo patrimônio cultural compreendem tanto realizações antrópicas como obras da Natureza; preciosidades do passado e obras contemporâneas.

Nesta esteira, é possível subclassificar o meio ambiente cultural em duas espécies distintas, quais sejam: uma concreta e outra abstrata. Neste passo, o meio-ambiente cultural concreto, também denominado material, se revela materializado quando está transfigurado em um objeto classificado como elemento integrante do meio-ambiente humano. Assim, é possível citar os prédios, as construções, os monumentos arquitetônicos, as estações, os museus e os parques, que albergam em si a qualidade de ponto turístico, artístico, paisagístico, arquitetônico ou histórico. Os exemplos citados alhures, em razão de todos os predicados que ostentam,

são denominados de meio-ambiente cultural concreto. Acerca do tema em comento, é possível citar o robusto entendimento jurisprudencial firmado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao apreciar o Recurso Especial N° 115.599/RS:

Ementa: Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

Diz-se, de outro modo, o meio-ambiente cultural abstrato, chamado, ainda, de imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio-ambiente humano, sendo, deste modo, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade. Da mesma maneira, são alcançados por tal aceção a língua e suas variações regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as produções acadêmicas, literárias e científicas, as manifestações decorrentes de cada identidade nacional e/ou regional. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional

Federal da Segunda Região, quando, ao apreciar a Apelação Cível N° 2005251015239518, firmou entendimento que “*expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo*”[18]. Esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o meio-ambiente cultural. Consoante aponta Brollo, “*o patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente*”[19], decorrendo, com destaque, da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

O Decreto N°. 3.551, de 04 de Agosto de 2000[20], que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências, consiste em instrumento efetivo para a preservação dos bens imateriais que integram o meio-ambiente cultural. Como bem aponta Brollo[21], em seu magistério, o aludido decreto não instituiu apenas o registro de bens culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro, mas também estruturou uma política de inventariança, referenciamento e valorização desse patrimônio. Ejeta-se, segundo o entendimento firmado por Celso Fiorillo[22], que os bens que constituem o denominado patrimônio cultural consistem na materialização da história de um povo, de todo o caminho de sua formação e reafirmação de seus valores culturais, os quais têm o condão de substancializar a identidade e a cidadania dos indivíduos inseridos em uma determinada comunidade. Necessário se faz salientar que o meio-ambiente cultural, conquanto seja artificial, difere-se do meio-ambiente

humano em razão do aspecto cultural que o caracteriza, sendo dotado de valor especial, notadamente em decorrência de produzir um sentimento de identidade no grupo em que se encontra inserido, bem como é propiciada a constante evolução fomentada pela atenção à diversidade e à criatividade humana.

4 O Plano de Ação para as Cidades Históricas: Apontamentos ao Instrumento Integrado para a Gestão do Patrimônio Cultural com enfoque territorial

Em um primeiro momento, cuida assinalar que o Plano de Ação para as Cidades Históricas materializa um importante instrumento integrado voltado para a gestão do patrimônio cultural com enfoque territorial. Neste aspecto, o plano em comento compreende as cidades históricas como os municípios com sítios e conjuntos urbanos tombados ou em processo de tombamento em nível federal, tal como municípios com lugares registrados ou em processo de registro como patrimônio cultural do Brasil. Ao lado disso, cuida ponderar que o plano não deve se restringir ao perímetro protegido ou ao conjunto de bens tombados, devendo, porém, considerar a dinâmica urbana como um todo. É imprescindível destacar que o Plano de Ação deve definir objetivos, ações e metas para orientar a atuação integrada do Poder Público, em suas diferentes instâncias, setor privado e sociedade civil organizada. Ademais, insta anotar que o Plano de Ação será elaborado em conjunto pelo IPHAN, estados e municípios, sendo que a Superintendência do IPHAN, localizada no Estado, será responsável por coordenar a elaboração do plano, tal como fornecerá apoio às atividades de capacitação, difusão e participação da sociedade.

Convém, oportunamente, destacar que o IPHAN, Estados e Municípios deverão designar equipe técnica para participar diretamente dos trabalhos de desenvolvimento dos Planos de Ação e garantir a integração intersetorial entre os órgãos da Administração Pública pertinentes, cabendo, por seu turno, aos Municípios, com o apoio necessário, o compromisso pela realização de todas as etapas. No mais, é oportuno acrescentar que o Plano de Ação tem o escopo de enfrentar as questões estruturantes das cidades por meio de um planejamento integrado, apto a estabelecer ações para o desenvolvimento social, vinculadas às potencialidades do patrimônio cultural local. Igualmente, o Plano de Ação deve refletir um pacto consensual entre os entes federados, o setor privado e a sociedade civil organizada para assegurar: (i) investimentos convergentes do setor público, do setor privado e da sociedade civil organizada; (ii) compartilhamento de competências e atribuições frente ao planejamento comum, evitando sobreposição de esforços e fortalecendo as estruturas públicas e privadas existentes que atuam na matéria; e (iii) aprofundamento conceitual e ampliação da legitimidade social do patrimônio cultural.

Este instrumento tem o objetivo de orientar o desenvolvimento do trabalho nas suas diferentes etapas e de gerar, desde o início, um entendimento mínimo e comum, entre todos os agentes envolvidos, sobre os assuntos tratados. Como esta é uma ação de âmbito nacional, é fundamental que todas as etapas sejam cumpridas e todos os produtos previstos sejam desenvolvidos. São princípios gerais para a elaboração do Plano de Ação: (i) considerar uma leitura global da cidade, considerando seus problemas e seus desafios no tocante à preservação, urbanização,

desenvolvimento social e dinâmica econômica; (ii) considerar todo o território municipal para suas análises, não se restringindo ao perímetro protegido ou ao conjunto de bens tombados; (iii) o patrimônio cultural deve ser o eixo central das diretrizes e ações a serem propostas; (iv) considerar as demandas e conflitos sociais presentes no território de atuação e buscar soluções conjuntas para seu equacionamento; (v) propor soluções capazes de integrar as políticas públicas que atuam sobre o território em questão; (vi). Considerar e dialogar com os planos e os programas elaborados em nível local, regional, estadual e federal; (vii) garantir a participação social e buscar o comprometimento dos entes que atuam no território; (viii) apontar as diretrizes estratégicas para o desenvolvimento da cidade; (ix) definir prioridades, metas, agentes responsáveis e prazos de forma objetiva e factível.

Referência:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 21 mar. 2015.

_____. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 21 mar. 2015.

_____. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937.** Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 21 mar. 2015.

_____. **Lei N°. 6.938, de 31 de Agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 21 mar. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21 mar. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 21 mar. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, a. 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 21 mar. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro,** 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.** Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 21 mar. 2015.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 21 mar. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 21 mar. 2015.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 21 mar. 2015, s.p.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N°. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao

Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21 mar. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 21 mar. 2015.

[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 21 mar. 2015.

[7] *Idem*. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) -

Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21 mar. 2015.

[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 21 mar. 2015.

[10] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução Nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21 mar. 2015.

[13] THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 21 mar. 2015: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

[15] *Idem*. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna - Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21 mar. 2015.

[16] BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais**. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf>. Acesso em 21 mar. 2015, p. 15-16.

[17] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 634.

[18] BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Acórdão proferido em Apelação Cível N° 2005251015239518. Direito da propriedade industrial. Marca fraca e marca de alto renome. Anulação de marca. Uso compartilhado de signo mercadológico (ÔMEGA). I – Expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo. Palavras dotadas dessas características podem inspirar o registro de marcas, pelas peculiaridades de suas expressões eufônicas ou pela sua inegável repercussão associativa no imaginário do consumidor. II – É fraca a marca que reproduz a última letra do alfabeto grego (Omega), utilizado pelo povo helênico desde o século VIII a.C., e inserida pelos povos eslavos no alfabeto cirílico, utilizado no Império Bizantino desde o século X d.C. O propósito de sua adoção é, inegavelmente, o de fazer uso da familiaridade do consumidor com o vocábulo de uso corrente desde a Antiguidade. III – Se uma marca fraca alcançou alto renome, a ela só se pode assegurar proteção limitada, despida do jus excludendi de terceiros, que também fazem uso do mesmo signo merceológico de boa-fé e em atividade distinta. Nessas circunstâncias, não há a possibilidade de o consumidor incidir erro ou, ainda, de se configurar concorrência desleal. IV – Apelação parcialmente provida tão-somente para ajustar o pólo passivo da relação processual, fazendo constar o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI como réu, mantida a improcedência do pedido de invalidação do registro da marca mista OMEGA (n° 818.522.216), classe 20 (móveis e acessórios de cozinha), formulado por

Ômega S.A. Órgão Julgador: Segunda Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal André Fontes. Julgado em 25.08.2007. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 21 mar. 2015.

[19] BROLLO, 2006, p. 33.

[20] BRASIL. **Decreto Nº 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 21 mar. 2015.

[21] BROLLO, 2006, p. 33.

[22] FIORILLO, 2012, p. 80.

DIREITO E PSICOLOGIA: UM OLHAR INTERDISCIPLINAR E PROL DA RESSOCIALIZAÇÃO DOS DETENTOS

ENZO DE MIRANDA RAMOS:
Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade
AGES em Paripiranga-Ba.

RESUMO: O presente artigo estuda o papel da psicologia e do direito para a ressocialização dos detentos, analisando o direito como moderador legal do comportamento humano, abordando a ampla discussão em volta da lei interior que impacta no comportamento, trazendo também conhecimentos acerca da lei interior influenciando no comportamento exterior, e, por fim, uma conclusão fazendo uma breve tomada de posição.

PALAVRAS- CHAVES: Psicologia, ressocialização e Direito.

1 INTRODUÇÃO

O artigo foi desenvolvido, primeiramente, buscando um apanhado geral sobre fatos da ressocialização dos detentos, onde analisa o grande papel que uma interdisciplinaridade entre direito e psicologia tem nesse fato social. No entanto Trata-se do processo de reintegração do indivíduo na sociedade, promovendo as condições necessárias para sua reestruturação, a fim de que não volte a delinquir. Ao cometer um crime a pessoa se torna para sempre um criminoso, faltando oportunidade de trabalho, para que possa ter meios de sustento e vida digna sem a necessidade da marginalidade, drogas ou prostituição; e é justamente esse o objetivo da ressocialização, preparar o preso para ingressar novamente na sociedade e saber lidar com suas dificuldades sem reincidir no crime.

A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão. Os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a converter-se num microcosmo no qual se reproduzem e se agravam as grandes contradições que existem no sistema social exterior (...). A pena privativa de liberdade não ressocializa, ao contrário, estigmatiza o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social. A prisão não cumpre a sua função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção da estrutura social de dominação. (Mirabete, 2002, pág. 24)

No entanto o sistema prisional Brasileiro não esta apto a fazer o trabalho de ressocialização à prisão é tida como meio punitivo, considerando que afasta o réu da sociedade, além de ser mais um modo de demonstrar que atinge não só a vítima, mas todo o ambiente social.

Aparentemente, o cidadão entende que a prisão como método unicamente punitivo, é uma ação de uma eficiência de médio prazo, pois, com a retirada de alguém que cometeu um crime da sociedade, é eliminado o temor que este tipo de pessoa provoca, mas ao volta-lo para a sociedade o temor aumentara, pois na sua maioria os criminosos são devolvidos a sociedade pior do que adentraram. Suas preocupações são focalizadas na proteção de suas famílias, eficiência da policia, corrupção que ocorre com os funcionários da mesma, despreparo de profissionais; destarte acabam sendo postos de lado a eficácia das penitenciárias à situação crítica da criminalidade crescente no país.

Para que essa ressocialização possa ser posta em prática de maneira efetiva é necessário que haja implantação de um novo modelo, pois, o crime vem crescendo significativamente, sendo um caminho esse união entre o direito e psicologia em prol dessas ressocialização.

2 DIREITO COMO MODERADOR LEGAL DO COMPORTAMENTO HUMANO.

O ser humano tem como moderador do seu comportamento o direito, pois, sem haver umas leis para coibir a conduta, muitas pessoas cometeriam atos tidos como crime. O comportamento humano em fatos criminosos para que podermos pensar em ressocialização devemos avaliar o que fez com que o indivíduo fosse por esse caminho, pois muitas vezes o comportamento daquele indivíduo foi o único recurso que ele tinha ou até a única realidade que ele conhece. No entanto para sua ressocialização seria necessário não só o direito agir de forma moderadora para coibir sua conduta mais sim, a psicologia intermediar esse contato a fim de mostrar para a aquele cidadão que existe outra realidade, e outros meios de sobrevivência, dando assim um grande passo para a ressocialização.

“A forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, através de um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a instituição-prisão, antes que a lei a definisse como a pena por excelência”. (Michel Foucault, Vigiar e Punir, pág. 217).

Esse sistema o único moderador do comportamento humano ser o direito é falho, pois, sempre que o indivíduo desconfiara que estivesse fora do campo de visão do direito provavelmente cometeria um ato tido como crime, diferentemente de ter ser seus princípios e o direito ambos como moderadores do seu comportamento, que no entanto o indivíduo

não faria coisa por estar fora do campo de visão do direto porque seus princípios são contrários aquela determinada conduta.

3 LEI INTERIOR QUE IMPACTA NO COMPORTAMENTO EXTERIOR.

A lei interior, ou seja, nossos princípios e convicções são de grande importância para o nosso comportamento exterior perante a sociedade e nesse sentido podemos entender que o momento onde o ser humano adquiriu esses princípios é quando criança. As crianças, sofremos forte influência do meio em que vivemos para formação de sua personalidade, estas influências podem ir desde a forma de comunicação à maneira de pensar e relacionar. Trata-se do período da formação do caráter e as crianças costumam muitas vezes espelhar as atitudes das pessoas de seu convívio. Noções básicas de família se tornaram bastante degradadas na atualidade; tem sido comum notícias como abandono aos filhos, prostituição, alcoolismo, violência e drogas.

Cada espécie traz consigo, ao nascer, uma carga biológica que a prepara para interagir com o meio ambiente de uma determinada forma e, caso o ambiente não apresente as condições apropriadas para a sua adequada sobrevivência (clima, alimentação, densidade populacional, etc.), o organismo poderá comportar-se de forma alterada, agressivo, por exemplo, ou até mesmo, sucumbir. (Paula Gomide, Menor Infrator, pág. 37-38)

A família e a sociedade são muito importantes nesse processo, pois o contato com a sociedade e o espelho familiar influência na formação das

crianças, tais como o meio onde ela se encontra e os ensinamentos e exemplos que seus familiares passam no dia-a-dia. A abordagem de Mira Y Lopes:

Todo ato-positivo de caracteres voluntario, que se afasta das normas estabelecida pela legislação do estado [...] [...] não é possível julgar em delito sem compreendê-lo, mas para isto é preciso não só conhecer os antecedentes da situação, mas também valor de todo os fatores determinantes da relação penal.

Após esse processo as leis interiores impactaram diretamente na lei exterior, pois o endividado não necessitava do direito para moderara sua conduta, ela será moderada pelas suas próprias convicções e seu senso de certo é errado embasado em seus princípios, sempre com a psicologia auxiliando nesse processo para analisar condutas e ajudar o cidadão a estabelecer os parâmetros de suas condutas.

5 CONCLUSÃO

De acordo com os dados trazidos no presente artigo pode perceber que o sistema prisional brasileiro não esta apto a realizar uma ressocialização dos detentos, pois esse sistema pune mais não reeduca sendo que a grande maioria dos indivíduos que são colocados não rua volta a delinquir e essa perspectiva só vem crescendo, no entanto é de extrema importância para uma nova concepção de ressocialização a interdisciplinaridade entre o direito e a psicologia, não que um ramo seja mais importante que o outro, mas sim eles se complementam nessa luta

pelo o aumento do nível de ressocialização dos detentos. Na minha concepção essa ressocialização não deve ser feita apenas nos presídios mais sim e toda a sociedade, começando pelas famílias dos detentos adentrando-se a sua realidade para só assim conseguir entender os fatores que o levaram a delinquir, com isso o fato psicológico com a ajuda de profissionais conseguiram tratar mais afundo o problema e mostrar outra realidade a esse individuo, e sem duvida podemos frisar o preconceito da sociedade com os ex-detentos, mas que com os dados de um aumento no nível de ressocialização até a sociedade vai ver esses cidadãos com outros olhos.

REFERÊNCIAS:

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**, 7ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2008. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**, 36ª Ed., Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

GOMIDE, Paula. **Menor Infrator**, 2ª Ed., São Paulo: Brasiliense, 2004.

LOPEZ, Emílio Mira Y. **Manuel de Psicologia Jurídica**. Ed. Impactos, São Paulo, 2008.

STF REAFIRMA O PODER DE INVESTIGAÇÃO DO MP - HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL IMPORTANTE!

LEONARDO SARMENTO: Advogado, professor, escritor, cronista e articulista.

Aos que militam com o direito, em especial aos “concurseiros”, um tema que estará pulsante nas próximas provas dos principais concursos jurídicos do país, que retorna ao seio jurídico das prioridades após decisão do STF que tardou uma década mas não falhou em seu compromisso de tutelar o Estado Democrático de Direito.

Em sessão realizada nesta quinta-feira (14), o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a legitimidade do Ministério Público (MP) para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal e fixou os parâmetros da atuação do MP. Por maioria, o Plenário negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 593727, com repercussão geral reconhecida. Com isso, a decisão tomada pela Corte será aplicada nos processos sobrestados nas demais instâncias, sobre o mesmo tema.

Entre os requisitos, os ministros frisaram que devem ser respeitados, em todos os casos, os direitos e garantias fundamentais dos investigados e que os atos investigatórios – necessariamente documentados e praticados por membros do MP – devem observar as hipóteses de reserva

constitucional de jurisdição, bem como as prerrogativas profissionais garantidas aos advogados, como o acesso aos elementos de prova que digam respeito ao direito de defesa. Destacaram ainda a possibilidade do permanente controle jurisdicional de tais atos.

O julgamento foi retomado hoje com a apresentação do voto-vista do ministro Marco Aurélio, que deu provimento ao recurso por considerar que o Ministério Público não possui legitimidade para, por meios próprios, realizar investigações criminais. Afirmou Marco Aurélio: “O MP, como destinatário das investigações, deve acompanhá-las, exercendo o controle externo da polícia”.

A ministra Rosa Weber, no entanto, filiou-se à corrente que negou provimento ao RE (majoritária). Para ela, a colheita de provas não é atividade exclusiva da polícia, contudo o poder de investigação do Ministério Público deve ter limites, “que têm sido apontados em fartas manifestações de precedentes da Corte”. Do mesmo modo votou a ministra Cármen Lúcia, que reconheceu a competência do MP para promover investigações de natureza penal. “As competências da polícia e do Ministério Público não são diferentes, mas complementares”, ressaltou ao acrescentar que “quanto mais as instituições atuarem em conjunto, tanto melhor”. Já o ministro Dias Toffoli acompanhou o voto do relator,

ministro Cezar Peluso (aposentado), pelo provimento parcial do recurso, reconhecendo a atuação do MP em hipóteses excepcionais.

O ministro Celso de Mello, destacou partes de seu voto proferido em junho de 2012 e propôs a tese fixada pelo Plenário acerca do tema. Ele ressaltou que a atribuição do Ministério Público de investigar crimes deve ter limites estabelecidos e fez considerações sobre alguns requisitos a serem respeitados para tal atuação. A tese acolhida foi: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei [8.906/94](#), artigo [7º](#), notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”.

Dessa forma, os ministros Gilmar Mendes (redator do acórdão), Celso de Mello, Ayres Britto (aposentado), Joaquim Barbosa

(aposentado), Luiz Fux, Rosa Weber e Cármen Lúcia negaram provimento ao recurso, reconhecendo base constitucional para os poderes de investigação do Ministério Público. Votaram pelo provimento parcial do RE o relator, ministro Cezar Peluso (aposentado), e os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, que reconheciam a atribuição do MP em menor extensão. Já o ministro Marco Aurélio (“o divergente por essência”) concluiu pela ilegitimidade da atuação do *parquet* em tais casos.

Seria de fato um retrocesso inominável, à nosso sentir, o impedimento do MP de sua competência para investigações criminais. A eficiência das investigações policiais, por uma série de razões, é muito baixa, e a aprovação da exclusividade para investigar agravaria mais ainda a impunidade.

Não é demais lembrar que, apenas o Ministério Público conta com as garantias constitucionais que asseguram sua independência em face de autoridades do Poder Executivo nas diversas esferas, assim como nos poderes de requisição do órgão.

Em verdade, o MP nunca procurou a exclusividade no poder investigatório, quem sempre patenteou esta ideia foi a Polícia por uma

questão de ego e o Poder Executivo por uma questão de “busca pela impunidade”.

O papel do MP não é o de pegar uma arma com o objetivo de fazer diligências, papel exclusivo da polícia. Seu papel é o de investigar crimes de colarinho branco, requisitar dados sigilosos, apurar casos de corrupção, isso pode ser feito, com economia de recursos, com a estrutura do Ministério Público, liberando-se a polícia para atuação em outros casos e/ou conjuntamente com o Ministério Público.

Podemos firmar que, a atuação em parceria da polícia ao lado do Ministério Público com vistas à persecução criminal, aparelhando as duas instituições com material tecnológico/instrumental e humano é o que se espera de um Estado Democrático de Direito.

Mas onde está o fundamento constitucional do poder investigatório do Ministério Público para que não se advogue que a decisão do STF teria extrapolado suas atribuições em mais um ativismo judicial não autorizado?

A legitimidade dos poderes investigatórios dos membros do Ministério Público está assentada em bases constitucionais e infraconstitucionais, revelando-se indubitável a compatibilidade de sua atuação direta na atividade investigatória com as finalidades da

Instituição, previstas nos incisos [I](#) a [VIII](#) do artigo [129](#) da [Constituição](#) Republicana. O inciso IX do dispositivo constitucional em comento encarrega-se de abrir uma válvula de escape, após enumerar as funções institucionais do Ministério Público, fixando norma de encerramento segundo o qual lhe cabe “*exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com suas finalidades*”.

Observa-se, da análise desse preceito, que a atividade investigatória se coaduna com as finalidades da instituição, cuidando-se, deveras, de um poder que se encontra implícito na função acusatória que lhe foi conferida constitucionalmente.

Este entendimento legitimador da atuação ministerial vem corroborado com a lei Complementar nº [75/93](#) (Estatuto do Ministério Público) que prevê, sem restringi-las ao âmbito civil, diversas atividades investigatórias do *Parquet*, no seu artigo [8º](#), incisos [I](#), [II](#), [IV](#), [V](#), [VI](#), [VII](#), [VIII](#) e IX, destacando-se as atribuições de “*realizar inspeções e diligências investigatórias*”, “*expedir notificações e intimações*” e “*requisitar informações, perícias, e documentos*”. A mesma legislação, no artigo [5º](#), inciso [VI](#), prevê a possibilidade de o Órgão Ministerial “*exercer outras funções previstas na [Constituição](#) e na lei*”, e no inciso

AGES
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS
BACHARELADO EM DIREITO

ANA CLÁUDIA SANTANA DÓREA SILVEIRA

AUSÊNCIA DA PREVISÃO LEGAL SOBRE O TEMPO
DA PRISÃO PREVENTIVA COM RELEVANTES
CONSIDERAÇÕES À LUZ DA LEI Nº 12.403/2011

Paripiranga
2013

ANA CLÁUDIA SANTANA DÓREA SILVEIRA

**AUSÊNCIA DA PREVISÃO LEGAL SOBRE O TEMPO
DA PRISÃO PREVENTIVA COM RELEVANTES
CONSIDERAÇÕES À LUZ DA LEI Nº 12.403/2011**

Monografia apresentada no curso de graduação da Faculdade AGES como um dos pré-requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. M.Sc. Bernardo Cecílio da Fonseca

ANA CLÁUDIA SANTANA DÓREA SILVEIRA

**AUSÊNCIA DA PREVISÃO LEGAL SOBRE O TEMPO
DA PRISÃO PREVENTIVA COM RELEVANTES
CONSIDERAÇÕES À LUZ DA LEI Nº 12.403/2011**

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção de título de Bacharel em Direito à comissão Julgadora designada pelo colegiado do curso de graduação da AGES – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Paripiranga, 9 de agosto 2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Bernardo Cecílio da Fonseca
Faculdade AGES

Prof. Rusel Marcos Batista Barroso
Faculdade AGES

Prof.^a Tanise Zago Thomasi
Faculdade AGES

Pai, agradeço a você por tudo que hoje sou. Se sei o que é ser uma mulher independente, de caráter e personalidade é porque me fez assim. Só eu sei o quanto está sendo difícil essa vida sem você. Mas, o que fazer, se essa tristeza toda é de saudade de você? Não culpo Deus por tê-lo levado, se isso aconteceu foi porque estava merecendo o seu descanso e a paz. Descanso de uma vida cheia de preocupações e muito trabalho. Sim, porque foi isso que vi a vida inteira. Você trabalhando ao lado de minha mãe, os dois juntos, um casal perfeito para me dar tudo de melhor. Você foi e sempre será o melhor pai do mundo. Sei que deve estar me vendo digitar esse texto, por isso, digo: Eu te amo.

AGRADECIMENTOS

A Deus, agradeço ao meu grande Jesus Cristo, pela conquista deste sonho, por ter me ajudado a vencer todas as adversidades que a vida nos traz e por me mostrar que o impossível não existe.

Aos meus pais, José Dórea (*in memoriam*) e Maria do Carmo, por sempre terem acreditado na minha capacidade e por todo amor e dedicação que sempre tiveram comigo. Essa é a minha segunda graduação e só foi possível cursá-la com o apoio de vocês. Pois, vocês ajudaram a construir em mim o que nenhuma faculdade é capaz de construir, o caráter. À *mainha*, todo o meu reconhecimento por criar minhas filhas desde seu nascimento como suas filhas, para que eu pudesse seguir minha caminhada, tentando compreender tudo que a vida se encarregou de fazer. Ao meu *painho*, a sua ausência é minha maior dor, infelizmente, o senhor não mais está aqui, mas sinto sempre que o senhor está por perto me guiando. Dedico todo o meu resultado conquistado aos meus pais. Amo vocês.

Às minhas filhas, Thayná Brunelly e Brunna Mikaelly, a quem eu devo todo amor e toda a gratidão, pois sempre compreenderam a minha ausência, correria e o meu estresse. É por vocês que busco resultados positivos. Vocês são a razão da minha existência.

À minha irmã, Cristiana, por todo carinho, toda dedicação de um ser humano único, que sempre está disposta a me ajudar que sempre pude contar incondicionalmente, nos momentos mais difíceis. Aos meus sobrinhos, Dórea Neto e, o meu mais novo amor, Maria Cecília, que, mesmo sendo pequenos, estão presentes em minha vida.

Ao meu esposo, Sandro, agradeço muito por ter você ao meu lado, pessoa que acredita, torce pelo meu sucesso, me incentivando e fazendo eu enxergar que nada é impossível. Amo-te.

À minha sogra, Sra. Alice, pelo respeito e pela atenção, e ao meu sogro Sr Claudio (*in memoriam*) que, apesar das suas limitações pelo seu estado de saúde, sem ter como acompanhar a minha trajetória, sempre demonstrou por mim muito respeito e carinho, deixando lembranças e lições de vida.

Às minhas cunhadas, Cláudia, Sônia, Sandra, Meire, e aos meus cunhados, Sergio, Jadson, pela amizade, lealdade com quem sempre pude contar, incondicionalmente. Abro em destaque a cunhada "Claudia" para agradecer o companheirismo na época da faculdade.

A todos os familiares que torceram e torcem pelo meu sucesso: avós, tios, tias, sobrinhos, primos, primas. Em especial, à família de tia Ana, Beto e primos que sempre mim ajudou nos momentos mais difíceis.

A Jô, pelo carinho durante todos esses anos, principalmente, com minhas filhas.

Ao Prof. José Wilson dos Santos (diretor geral) e ao Prof. Rusel Marcos Barroso (diretor adjunto), pessoas ilustríssimas, por sua colaboração e atenção prestadas em todos os momentos na instituição.

Ao meu orientador, Prof. Bernardo, por todo o seu direcionamento na construção deste trabalho. Se hoje logro êxito em ver essa obra pronta, foi graças às valorosas contribuições, amizade e sua paciência. O meu muito obrigada!

À coordenadora do curso, Prof.^a Tanise Zago Thomasi, sempre disposta a nos orientar, por quem guardo vasta admiração.

Aos professores, peças fundamentais para meu aprendizado, destaco meus agradecimentos especiais aos professores amigos: Augusto, Dircilene, Erlon, Luciano, Magna, Nelson, Portela, Sergio, Tanise, Thelmer.

Aos colegas da prática de estágio IV: Cicleide, Cleanes, Regina, Valdirene, Wanderley, Braz Nery, Eronaldo, Everaldo, José Júnior, pela partilha do convívio nessa jornada. Obrigada!

Aos funcionários da Faculdade AGES, sempre solícitos e generosos no desempenho de suas respectivas funções. Agradeço, em particular, a Andresa, Evandro, Márcia, Michel, Washington.

A Adonias, pela sua paciência com nossas aflições no fim de uma trajetória. Obrigada por poder contar com seu brilhantismo profissional.

Ao Dr. Antônio Marcos Menezes Prado, pela amizade, confiança e pelo profissionalismo, a mim depositados em seu escritório.

Ao Ilmo. Sr. Marival, Prefeito Municipal de Simão Dias, a quem sou grata pela oportunidade de trabalho para que eu pudesse dar continuidade aos meus estudos. Em especial, à Secretária de Administração, Ângela, pela confiança em mim depositada. Obrigada por tudo!

A todos os colegas de trabalho da Prefeitura de Simão Dias, na pessoa do Diretor do setor de Recursos Humanos, Isaias Júnior, e aos demais colegas de mesmo setor: Laiane, D. Valdete, Karina e Neto, profissionais admiráveis.

Aos colegas das Escolas Municipais e Estaduais no qual ministrei aula.

Por fim, aos meus amigos que torceram pela minha conquista.

Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação de poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para dignidade humana e a pessoa não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças.

RESUMO

A presente monografia refere-se à limitação de um direito indisponível do indivíduo – a liberdade. Sendo de interesse de todos as inovações legislativas que afetam a esfera das liberdades, o enfoque do presente trabalho é a aplicabilidade da prisão preventiva. Deve-se fazer um estudo a respeito do garantismo no processo penal frente às injustiças geradas pela decretação da prisão preventiva, quando se mantém o acusado preso por tempo incerto, indeterminado mesmo considerando que, ao final do processo, exista a possibilidade de ser-lhe aplicada uma pena menor àquela que sofreu enquanto aguardava a decisão final, não se olvidando, ainda, da conjectura do sentenciado ser absorvido da imputação que lhe foi imposta quando demonstrada a insuficiência de provas a subsidiar o decreto condenatório, dentre outras causas. A Constituição Federal assegura o princípio da inocência, garantindo que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, valor absoluto, quando se trata do Estado Democrático de Direito. A Lei 12.403/201 implantou reformas de que a prisão do acusado é uma contingência excepcional, mas necessária, devidamente regradada e, substancialmente, motivada.

PALAVRAS-CHAVE: princípios; prisão preventiva, prisão cautelar.

ABSTRACT

This monograph refers to the limitation of an individual's inalienable right - freedom. Being of interest to all the legislative innovations that affect the sphere of freedoms, the focus of this work is the applicability of probation. One should do a study about guarantees in criminal proceedings in the face of injustice generated by decree of detention when the accused remains imprisoned for long uncertain, indeterminate even considering that, at the end of the process, there is the possibility of him applied to that suffered minor penalty pending a final decision, not forgetting also the conjecture sentenced to be absorbed from the imputation that was imposed when demonstrated insufficient evidence to support the decree condemning, among other causes. The Constitution guarantees the principle of innocence, ensuring that no one shall be considered guilty until a final and unappeasable penal sentence, absolute value, when it comes to the democratic rule of law. Law 12.403/201 implemented reforms that the arrest of the accused is a contingency exceptional but necessary, properly ruled and substantially motivated.

KEYWORDS: principles, probation, prison injunction.

LISTA DE SIGLAS

CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código Processo Penal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Supremo Tribunal de Justiça.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 PANORAMA HISTÓRICO	15
2.1 Conceito	15
2.2 História da Prisão	15
2.3 Na Antiguidade	16
2.4 Idade Média	16
2.5 Idade Moderna	17
2.6 Da Evolução das Penas de Prisão	18
2.7 Espécie de Penas	20
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS À PRISÃO PREVENTIVA	22
3.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	24
3.2 Princípio do Devido Processo Legal	26
3.3 Princípio da Presunção da Inocência	27
3.4 Princípio da Excepcionalidade	28
3.5 Princípio da Provisionalidade ou Precariedade	29
3.6 Prisão	30
3.6.1 Conceito	30
3.6.2 Fundamentos constitucionais da prisão	31
3.6.3 Espécie de Prisões	32
3.6.4 Prisões Extrapenais	32
3.6.4.1 Prisão Civil	32
3.6.4.2 Prisão Administrativa	33
3.6.4.3 Prisão Disciplinar	35
3.6.5 Prisão Penal e Prisão Processual	35
3.6.5.1 Prisão em Flagrante	35
3.6.5.2 Prisão Temporária	36
3.6.5.3 Prisão Preventiva	37

3.6.5.3.1 A prisão preventiva na CF e no Código Processual Penal.....	37
3.6.5.3.2 Inovações Acerca da Prisão Preventiva no Projeto da Lei 156/2009.....	38
4 A PRISÃO PREVENTIVA ALTERADA PELA LEI 12.403/2011.....	41
4.1 Pressupostos e Requisitos de Aplicabilidade.....	44
4.2 <i>Fumus boni iuris ou Fumus Commissi Delict</i>	45
4.3 <i>Periculum in mora ou Periculum Libertatis</i>	45
4.4 Duração da Prisão Preventiva.....	46
4.5 Classificações das Prisões Cautelares.....	49
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
REFERÊNCIAS.....	56

1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, o homem vive em sociedade e, para garantir a convivência entre os indivíduos que a compõe, fez-se necessário o estabelecimento de normas reguladoras das relações sociais. As primeiras leis penais na Idade Média, entre os séculos X e XV basearam-se na tortura, adotando punição ilimitada e desregrada. Ao longo dos anos, com a afirmação dos direitos humanos, o homem não mais sofreu penalidade desumana, passando a receber castigos que visam sua reeducação. No Brasil, existe enorme discussão acerca do instituto da prisão preventiva. Alguns doutrinadores acreditam que essa modalidade de prisão, por si só, fere os princípios constitucionais aplicados ao processo penal, a exemplo do princípio da presunção de inocência.

Um dos percalços que mais preocupa a sociedade brasileira na atualidade é a falta de conhecimento das pessoas em relação aos seus direitos. A maior parte da população do país é considerada carente, dessa forma, não possui condições de arcar com as custas dos honorários advocatícios e despesas de um processo, sem que isso implique no seu próprio sustento e de sua família

Nota-se que na prática dos tribunais brasileiros os pobres têm acesso muito precário à justiça. Esses carecem de recursos para contratar bons advogados e o patrocínio gratuito se revelou altamente ineficiente. Constata-se, desta forma, que diante da precariedade muitos passam maior parte de suas vidas aguardando um julgamento encarcerado, ferindo os princípios constitucionais, restringidos do direito de ir e vir.

Muitos desconhecem os seus direitos e, assim, ocorre situações degradantes ao ser humano, como situações em que pessoas são presas ilegalmente, outras têm o seu excesso de prazo, ou ainda, sendo privada do direito de ir e vir como a única solução para o caso.

Os indivíduos possuem direito à liberdade, fundamentado, sobretudo, no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, conforme prevê a Constituição Federal. Com base nesse direito, a Lei nº 12.403/11 vem determinar a prisão como medida excepcional, funcionando em *ultima ratio*. Ademais, com a criação de institutos inéditos no sistema cautelar penal, o judiciário deverá incluir os presos provisórios que estão excluídos dos benefícios trazidos pelo novo dispositivo legal.

A prisão preventiva, de fato, restringe a liberdade do indivíduo antes de ser considerado culpado por meio de sentença penal condenatória transitada em julgado, como exige o princípio da presunção de inocência; tal decretação deve-se dá em casos de extrema e comprovada necessidade, tanto que o legislador impôs taxativamente os requisitos e pressupostos de admissibilidade da referida medida, que é, por muitas vezes, indispensável ao processo; o que é a aplicação da lei penal e o que de fato viola os princípios constitucionais.

O objetivo geral desse trabalho é demonstra a aplicabilidade efetiva da prisão preventiva. O judiciário brasileiro, de modo geral, tem a prisão como regra e liberdade como exceção. Com a criação da Lei nº 12.403/11, o legislador dotou o Estado de diversas cautelares com o propósito de evitar que o Brasil continuasse com índice tão alarmante de presos provisórios. Deste modo, as preventivas decretadas em crime que, hoje, não é mais possível, deveriam ser convertidas em cautelares mais brandas, garantindo o direito à liberdade e, antes da decretação de prisões preventivas, a depender do crime, tenham estabelecidas cautelares menos gravosas.

Tendo como objetivo específico, analisar se prisão preventiva fere o princípio constitucional da inocência presumida, bem como verificar se as decisões jurisprudências vêm sendo efetivadas no que concerne o prazo da prisão preventiva.

No âmbito acadêmico é relevante, pois através das pesquisas e estudos doutrinários passo a ter conhecimento pessoal da aplicabilidade da prisão preventiva.

No aspecto acadêmico a presente pesquisa é importante por abordar recente alteração ocorrida no Código de Processo Penal. Assim, todos que fazem parte da área jurídica devem se atualizar.

No campo social, a pesquisa doutrinária é proeminente, pois este estudo deixa claro que a maioria dos detentos provisórios poderá ter a prisão preventiva substituída por outras medidas cautelares menos gravosas.

No aspecto científico, este trabalho tem sua relevância para os juristas e também para os interessados em compreender a nova realidade proposta pela Constituição Federal, a qual traz consigo inovações para deprimir o caos carcerário e, assim, tornar-se instrumento para a melhoria da calamidade prisional.

Visa contribuir com as famílias, a justiça e a sociedade, para que tenham como um fenômeno negativo que deve ser superado e discutido por razão de sua relevância na justiça social, resultando em perceber o processo de crescimento e desenvolvimento do ser humano como aspecto essencial para um sistema prisional que chegue próximo da dignidade da Pessoa Humana, somente assim poderia desenvolver uma sociedade mais fraterna e mais justa.

Para realização deste trabalho, foi feita uma pesquisa baseada no método dedutivo, partindo-se de conceitos gerais sobre a matéria, para, posteriormente, concluir-se sobre a problemática do objeto de análise do estudo.

A metodologia utilizada foi através dos estudos qualitativos, por não se basear em um critério numérico. As fontes utilizadas foram as primárias, representada pela pesquisa bibliográfica, possuindo como principais fontes os livros, publicações, sites da internet, que tem como objetivo enriquecer o referencial teórico da pesquisa, tonando-a mais consistente.

A presente pesquisa está estruturada em cinco capítulos. O primeiro é a introdução, trazendo o objetivo geral, os objetivos específicos e a metodologia utilizada.

Por conseguinte, o segundo capítulo aproxima-se com mais constância do tema proposto, na medida em que se desenvolve através de um panorama histórico da prisão na antiguidade, idade média, idade moderna e espécies de penas.

Diante destas considerações, o terceiro capítulo traz os princípios constitucionais relacionados à prisão preventiva, iniciando com o princípio da dignidade da pessoa humana, tratando-o como o princípio norteador de todo processo penal, de onde advêm os demais e os tipos de prisões; e, ainda, as alterações previstas no anteprojeto de reforma do Código Processual Penal - Projeto de Lei nº 156/2009.

O quarto capítulo trata da nova alteração da Lei 12.403/2011, da prisão preventiva, sua duração e inovações do direito processual penal, discorrendo sobre seus pressupostos e requisitos de aplicabilidade e, ao final, apresenta os prazos desejáveis de duração da prisão preventiva.

Já o quinto, conclui o estudo com base nas leituras doutrinárias, onde ficam demonstradas as evoluções das prisões e os princípios constitucionais garantidos ao acusado, a aplicabilidade da prisão preventiva e a aplicação das alterações trazidas pela lei 12.403/2011.

2 PANORAMA HISTÓRICO

2.1 Conceito

Assevera Nestor Tavora (2009, p.327), que:

A prisão é o cerceamento da liberdade de locomoção, é o encarceramento. Pode advir da decisão condenatória transitada e julgada, que é chamada prisão pena, regulada pelo Código Penal, com respectivo sistema de cumprimento que é verdadeira prisão satisfatória, em resposta estatal ao delito ocorrido, tendo por título a decisão judicial definitiva.

Nos primeiros dias da história secular, a ideia de privação da liberdade através do sistema de prisões não trazia a mesma conotação finalizadora dos dias atuais, visto que, àquela época, a prisão era mera forma de concentração do indivíduo e tinha o intuito de preservá-lo fisicamente até o momento do julgamento e execução das verdadeiras penas existentes, dentre elas, as de mutilações, penas infamantes e a pena de morte.

Para Fernando Capez (2008, p.246), a prisão é a privação da liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito.

2.2 História da Prisão

Diante do exposto, cabe versar a respeito da história da prisão, traçando as mudanças ocorridas, tomando-se conhecimento do percurso que percorreu até a chegada ao conceito de cada prisão existente atualmente no Código de Processo Penal.

2.3 Na Antiguidade

Os cativeiros existiram desde 1700 a.C – 1.280 a.C, para que os egípcios, pudessem manter sob custódia seus escravos, desconhecia-se a pena privativa de liberdade dos tempos atuais. O aprisionamento carregava uma ideia de punição e noção de pena propriamente dita, mesmo porque as normas eram ditadas pela própria sociedade, não sendo reunidas em qualquer regulamento.

Até o final do século XVIII, a prisão servia para conter os réus até o momento de serem julgados ou executados, sendo que era aplicada a pena de morte.

Cezar Roberto Bitencourt (2001, p.4) asseverou que os vestígios que nos chegam dos povos e civilizações mais antigas (Egito, Pérsia, Grécia) coincidem com a finalidade que atribuíam primitivamente à prisão: lugar de custódia e de tortura.

Assim como no Egito, na Grécia, na Pérsia e na Babilônia, o ato de encarcerar tinha como finalidade conter, manter sob custódia e tortura os que cometiam faltas, ou praticavam o que para a antiga civilização era considerado delito ou crime. A prisão era vista como lugar de tortura. Dessa forma, é possível perceber que na Idade Antiga o encarceramento era tido como um lugar de tortura, carregando uma ideia de punição e não de pena propriamente dita.

2.4 Idade Média

Na Idade Média, que é compreendida entre os séculos X e XV, não se conhecia a pena com privação de liberdade, o objetivo da lei penal estabeleceu exclusivamente em alastrar o terror coletivo. Os indivíduos eram submetidos ao arbítrio dos governantes que impunham as penalidades de acordo com a sorte e o status social a que pertencia o acusado. Nesse período da idade média, a ideia de pena privativa de liberdade não aparece, como se percebe, já que a privação de liberdade tem a finalidade custodial, aplicada aos que seriam submetidos aos mais terríveis tormentos exigidos por um povo ávido de distrações bárbaras e sangrentas.

Para aprisionar, não havia necessidade da existência de um local específico. Assim sendo, ainda não se pleiteava uma arquitetura penitenciária própria, pois o cárcere era

visto também como local de custódia e pena de morte, garantindo, dessa forma, o cumprimento das punições.

Nesta época, as prisões existentes eram distribuídas entre encarceramentos subterrâneos e calabouços em palácios e fortalezas, onde os indivíduos (mulheres, velhos e crianças) aguardavam a morte.

Beccaria (1983) destaca a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:

Art. 7º Ninguém pode ser acusado, preso ou detido, senão nos casos determinados pela lei e segundo as formas por ela prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou fazem executar atos arbitrários devem ser punidos, mas todo cidadão chamado ou atingido pela lei deve obedecer imediatamente, tornando-se culpado pela resistência.

Art. 8º A lei só deve estabelecer penas escrita e evidentemente necessárias. Ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada.

A partir daí a pena de morte passou a ser abolida ou, quando não, não aplicada. As penas corporais e as infamantes aos poucos foram desaparecendo, cedendo lugar às privativas de liberdade, para o que se iniciou a construção de inúmeros presídios, todos voltados à reeducação dos criminosos.

Nesse período desconhecia-se a privação de liberdade como sanção penal, entretanto, com a forte influência da Igreja católica, que era contra as penas de morte, surge com o objetivo de regenerar os prisioneiros, fazendo com que eles se arrependessem do mal causado a sociedade.

2.5 Idade Moderna

Cabe registrar que a idade Moderna ocorreu entre os séculos XV e XVIII, assim, entre o final do século XVIII e o início do século XIX, surgiram as chamadas “instituições prisões”, pois, buscava-se uma maneira de reformar o criminoso por meio do isolamento, que lhe propiciava uma maior reflexão.

Nos ensinamentos de Foucault (2007, pp. 199-200):

A solidão realiza uma espécie de auto – regulamentação da pena, e permite uma certa individualização espontânea do castigo: quanto mais o condenado é capaz de refletir, mais ele foi culpado de cometer seu crime; mas também o remorso será vivo, e a solidão dolorosa; em compensação, quando estiver profundamente arrependido, e corrigido sem a menor dissimulação, a solidão não lhe será mais pesada.

O objetivo desse isolamento era levar os agentes à reflexão das causas que os levaram a se prejudicar, no sentido de estar com a alma perturbada, bem como ao prejuízo que causou à sociedade.

Ainda Foucault (2007, p.200), conclui:

O isolamento dos condenados garante que se possa exercer sobre eles, com o máximo de intensidade, um poder que não será abalado por nenhuma outra influência; a solidão é a condição primeira da submissão total. O isolamento assegura o encontro do detento a sós com o poder que se exerce sobre ele.

A ideia de isolamento tinha como finalidade que a pessoa que praticou o delito tivesse um momento de reflexão dos seus atos. Fazendo um comparativo com os dias atuais, as pessoas que cumprem pena em regime fechado ou semiaberto têm o seu isolamento para que consiga chegar, também, à reflexão pelos seus erros.

2.6 Da Evolução das Penas de Prisão

A pena tem um aspecto de redistribuição ou de castigo pelo mal praticado, “*punitur quia peccatum*”. É também um aspecto de prevenção. A prevenção geral visa o desestímulo de todos à prática de crime. A prevenção especial dirige-se à recuperação do condenado, procurando fazer com que não volte a delinquir.

Segundo Tourinho Filho (2008, p.402): “Prisão-pena é o sofrimento imposto pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado de uma infração penal. É imposta àquele que for reconhecidamente culpado de haver cometido uma infração penal, como retribuição ao mal praticado”.

Portanto, prisão – pena ou prisão penal trata-se da privação da liberdade determinada com a finalidade de executar decisão judicial, após o devido processo legal, na qual se determinou o cumprimento de pena privativa de liberdade, já a prisão sem pena ou prisão processual, trata-se de prisão de natureza puramente processual, imposta com

finalidade cautelar, destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da execução da pena, ou ainda, impedir que, solto, o sujeito continue praticando delitos.

Segundo Ferreira (2004, p.07):

A punição era imposta exclusivamente com vingança. E não guarda qualquer medida com a pessoa do criminoso ou com o crime cometido. Vale a lei do mais forte, ficando sua extensão e forma de execução a cargo do ofendido. O delinquente tanto poderia ser morto, escravizado ou banido.

Diante da forma que a pena era imposta, desregrada, absurda, não poderia perdurar por muito tempo. A evolução, tratando de amenizar a voracidade dominante, cuidou de criar a Pena Talião, que foi o primeiro código social da antiguidade, baseava-se no “olho por olho, dente por dente”, tinha base religiosa e moral vingativa. A Bíblia também contém um código de Lei, o Torá, que regulamenta a família, a vida em sociedade, as riquezas e as obrigações. Existiram outros códigos da antiguidade, como a Lei de Manu, Lei das XII Tábuas e os Tribunais da Inquisição, em 1231, criado pelo Papa Gregório IX.

Os povos da Mesopotâmia foram as primeiras sociedades que adotaram um código de justiça – O código de Hamurabi.

No Brasil, com o advento do 1º Código Penal, houve individualização das penas; quando surgiu o segundo Código Penal, em 1890, aboliu-se a pena de morte e surge o regime penitenciário de caráter correccional, com fins de ressocializar e reeducar o detento.

O Código de Processo Penal atual, da Legislação Brasileira, entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942. Trata-se de código instituído em período sob o qual prevalecia o modelo fascista italiano, tornando-se, assim, uma legislação dotada de tradição autoritária, contrariando o ideal democrático proposto na Constituição Federal de 1988. Assim, há a necessidade de que este Código seja reformado, principalmente, em razão de vários dispositivos tornarem-se incompatíveis com a lei maior. Também vale ressaltar que, no decorrer dos anos, o Brasil tornou-se signatário de várias convenções internacionais, aumentando, ainda mais, a necessidade de reformas pontuais.

2.7 Espécie de Penas

Leciona Damásio de Jesus (1999, p.519) que “pena é a sanção afliativa imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração penal, com restrição de seu ilícito, consistente a um bem jurídico cujo fim é evitar novos delitos”.

No artigo 32 do CP, as penas são: “I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; II - de multa”.

Penas privativas de liberdade (art.33 e seguintes - CP): previstas em abstrato nos respectivos tipos penais, devem ser aplicadas diretamente.

a) Reclusão: cumprimento da pena em regime fechado, semiaberto ou aberto;

b) Detenção: cumprimento da pena em regime semiaberto ou aberto, exceto quando houver necessidade de transferência a regime fechado;

c) Prisão Simples: cumprimento da pena em regime semiaberto ou aberto, apenas para os casos de contravenção penal.

Regimes: são impostos segundo as regras do art. 33, §2º, do CP, que determina o regime inicial conforme o mérito do condenado, observando-se também a quantidade de pena imposta e a reincidência.

a) Fechado (art. 33, §1º, "a" - CP): consiste no cumprimento da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;

b) Semiaberto (art. 33, §1º, "b" - CP): consiste no cumprimento da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;

c) Aberto (art. 33, §1º, "c" - CP): consiste no cumprimento da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Regime especial (art. 37 do CP): consiste no cumprimento da pena por mulheres em estabelecimento próprio e adequado às suas necessidades, conforme distinção de estabelecimento, neste caso, quanto ao sexo, exigido na Constituição Federal em seu art. 5º, XLVIII.

Penas restritivas de direitos (art. 43 e seguintes - CP): têm caráter substitutivo, sendo aplicadas posteriormente às penas privativas de liberdade, desde que presentes os requisitos legais para tanto.

a) Prestação pecuniária (art. 45, §1º - CP): conforme sua previsão legal consiste no pagamento em dinheiro de valor fixado pelo juiz à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social. O juiz também pode, mediante aceitação

do beneficiário, substituir a prestação em dinheiro por prestação de natureza diversa como, por exemplo, entrega de cestas básicas;

b) Perda de bens e valores (art. 45, §3º - CP): consiste no confisco de bens e valores (títulos, ações) pertencentes ao condenado, revertido ao Fundo Penitenciário Nacional, na quantia referente ao montante do prejuízo causado ou do provento (vantagem financeira) obtido pelo agente ou por terceiro em consequência do crime praticado, prevalecendo a de maior valor;

c) Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (art. 46 - CP): consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado junto a entidades sociais, hospitais, orfanatos, escolas e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais (conforme o §2º deste artigo). Para haver a concessão da substituição da pena é necessário que o réu tenha sido condenado a cumprir pena privativa de liberdade superior a 6 meses e, ainda, que as tarefas não prejudiquem sua jornada normal de trabalho. As tarefas deverão ser estabelecidas de acordo com a aptidão do condenado e cumpridas em razão de 1 hora por dia;

d) Interdição temporária de direitos (art. 47 - CP): as penas de interdição temporária de direitos consistem em:

Pagamento da multa (art. 50 - CP): após 10 (dez) dias da sentença condenatória transitar em julgado, o réu deverá iniciar o pagamento da multa. A cobrança da multa poderá ser efetuada por meio de desconto no vencimento ou salário do condenado em três hipóteses: 1ª) quando a pena for aplicada isoladamente; 2ª) quando a pena for aplicada cumulativamente com uma pena restritiva de direitos; 3ª) quando for concedida a suspensão condicional da pena. Estas hipóteses serão possíveis, desde que o desconto não incida sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família, conforme o §2º do art. 50 do CP.

Fixação da pena de multa: para estabelecer o número de dias-multa, que será no mínimo de 10 dias e no máximo de 360 dias (art. 49, *caput*, 2ª parte - CP), o juiz deverá observar a culpabilidade do agente, conforme o critério previsto nos arts. 59, *caput* e 68, *caput*, ambos do CP. Para a fixação do valor do dia-multa o juiz deverá analisar a situação econômica do condenado (art. 60 - CP).

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS À PRISÃO PREVENTIVA

Os princípios são normas jurídicas caracterizadas pela abstração, que vêm completar lacunas em branco deixadas pelo legislador e precisam de complementação, mas a quem cabe fazê-lo, não os fez, como se observa constitucionalmente em países democráticos, como também na construção e formação de novas normas, que fixam e estabelecem os valores sociais que criam uma nação.

Segundo França (1988, p.98), princípios existem desde os tempos romanos, passando pelos idos de Justiniano até os dias atuais, e mesmo onde não havia legislação, a doutrina que elaborava as normas emergentes do Direito Consuetudinário, ou seja, o direito eclodente dos costumes, tratavam de elevá-los a status de regra, principalmente às gerais de direito.

Os princípios regem a vida humana, a partir do momento que o homem, ao evoluir, elenca alguns para justificar suas condutas atuais, como elegeu este ou aquele como regra de conduta particular. Existem Estados que se colocam em situação principiológica, totalmente contra os valores basilares e culturais dos quais estas foram criadas, e os que adotam como regra, dentro dos seus sistemas, os constitucionais, que visam dar garantia de normas fundamentais, ao absorverem os direitos humanos, até os repressores, como é o caso do sistema penal.

De igual forma são as normas jurídicas, principalmente as repressoras, que surgem de acontecimentos sociais e trazem grande sentimento de subversão perante o seu Estado, o que geralmente vem ferir princípios normativos implícitos no natural desta, apresentando-se com enorme sentimento de revolta e cobrança, para que o legislador ordinário eleve estes fatos, que partindo dos princípios normativos, são considerados ofensivos à sociedade, em normas jurídicas postas.

Dispõe sobre princípios constitucionais relacionados à prisão preventiva, iniciando com o Princípio da Dignidade Humana, tratando-se de princípio norteador de todo processo penal, de onde advêm os demais. Após tratar do Princípio da Reserva Legal, instrumento legalístico de controle ou limitação da atuação do Estado ao identificar conduta incriminadora, a Presunção de Inocência é o maior foco dessa discussão, envolvendo o prazo

da prisão preventiva; e, por fim, traz o Princípio do Devido Processo Legal, direito de todo ser humano.

O princípio possui vários significados, dentre os quais, descreve Guilherme de Souza Nucci (2008, p.62):

[...] o conceito de princípio jurídico indica uma ordenação que se irradia e imantam os sistemas de normas (José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 85) servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. Todos os seus ramos possuem princípios próprios, que informam todo o sistema, podendo estar expressamente previstos em lei ou ser implícitos, vale dizer, resultar da conjugação de vários dispositivos legais, conforme a cultura jurídica formada pelo passar dos anos de estudo de determinada matéria.

Esses princípios são fundamentais, é através deles que o homem tem garantido o processo cautelar não lesivo. São misteres ao Estado de Direito, contemplado pela Constituição Republicana, servindo como autênticos protetores dos direitos humanos. Através deles o sistema processual não fica limitado à ordem, à técnica ou à dogmática jurídicas, indo além de seu sentido literal, sempre levando em consideração valores sociais, éticos e políticos.

Em uma das definições mais abrangentes hoje existentes, as palavras do Professor Celso Antonio Bandeira de Melo (1988, p.230):

Princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se radia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo no que lhe confere a Tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que a por nome sistema jurídico.

Na visão do citado doutrinador, princípio nada mais é que a sede de todo um sistema, e que, a partir da definição do que seria e onde se situaria este, começaria o seu surgimento sobre o sistema que irá reger, como também a função fundamental de servir de meio de compreensão de forma racional e inteligente do sistema, que deste surgiu e que traz os direcionamentos balizadores para o seu pleno funcionamento.

A concatenação dos tipos básicos serve como elemento primordial para que se possa exercer uma distinção entre as normas, que tem cunho regista, fundado em mandamentos impositivos; já os princípios, em relação a estas, situam-se no campo dos direitos fundamentais de cunho valorativo. De onde se pode concluir que os princípios, partindo de uma interpretação valorativa, não se completam com o fim de ser uma regra positivada de eficácia completa, para regerem as ações, e sim, se fazerem necessário às regras

positivadas, em algumas ocasiões, com interpretação por meio dos juízes e legisladores, para que tenha sua eficácia plena.

No entrelaçamento entre normas e princípios, deixa-se de lado uma visão de abstração de cunho único e exclusivamente valorativo, para observar os princípios, não como distintos das normas, mas como uma norma diferente, que surge de maneira diversa das regras que são positivadas, mas que tem força e caráter impositivo igual ou superior às normas impositivas.

3.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

São atributos indispensáveis à vida do ser humano, a liberdade e a dignidade. A ideia de dignidade da pessoa humana não pode afastar-se da ideia de liberdade, de que todas as pessoas são livres para tomarem as decisões que acharem pertinentes e, também, que são iguais entre si. A ideia de dignidade da pessoa humana está atrelada inteiramente à existência de direitos fundamentais e à conquista de uma série de direitos inerentes à vida humana e à personalidade, um conjunto de princípios que, na atualidade, denomina-se de Direitos Humanos.

André Nicolitt (2011, p.14) menciona que “nem mesmo o interesse comunitário justificaria tal ofensa, pois se trata de valor absoluto e insubstituível”. Este princípio é a garantia que o ser humano possui de não ser tratado como mero objeto, e sim, ser considerado sujeito de direito.

No século XVI, já se entendia a dignidade da pessoa humana como uma condição típica do ser humano e que não depende de requisitos, formalidades, religião e, nem mesmo, da lei para validar a sua existência. Contudo, não há como negar a importância da Declaração dos Direitos Humanos, como é cediço, tem valor magnífico e indiscutível, haja vista que, através dela, deu-se a materialização jurídica dos Direitos Humanos, o que se constituiu um enorme avanço para época.

Cunha Júnior (2008, p.517) traz o princípio da dignidade humana como sendo o melhor critério para se construir um conceito material de direitos fundamentais, vejamos:

Defendemos que esse critério é a dignidade da pessoa humana, na medida em que, materialmente, os direitos fundamentais devem ser concedidos como aquelas posições jurídicas essenciais que explicitam e concretizam essa dignidade, e nisso residiria sem dúvida, a sua fundamentalidade material. Vale dizer, o princípio da dignidade humana constitui o critério unificador de todos os direitos fundamentais ao qual todos os direitos do homem se reportam, em maior ou menor grau.

Na atualidade, a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental, constante do ordenamento jurídico de vários países. No Brasil, é fundamento da República, previsto no inciso III, do art. 1º, da Constituição Federal.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formando pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos.
III – a dignidade pessoa humana.

De fato, não é mais possível falar em Estado Democrático de Direito que não contemple ou assegure a dignidade da pessoa humana como princípio vital. Assim, não mais se acreditam em democracia, liberdades públicas e direitos humanos, sem considerar a existência e importância da dignidade da pessoa humana.

É voz corrente e dominante entre os doutrinadores que a dignidade da pessoa humana é princípio geral de direito, incondicional e inegável e que o seu cumprimento a todos os demais princípios os obrigam, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico.

É importante ressaltar que ao prever o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República e não como direitos e garantias fundamentais, o constituinte fez uma escolha clara, a de reservar à dignidade da pessoa humana um lugar bem acima de um direito.

Ao colocar a dignidade da pessoa como princípio e fundamento da República, ela não só ganhou ar de direito essencial e maior, mas, um aspecto de dever, de obrigação, no sentido de que todos os direitos e garantias constantes na Constituição devem estar acordes com a dignidade da pessoa humana que, segundo Alexandre de Moraes, concede unidade aos direitos e garantias fundamentais.

E explica o constitucionalista Moraes (2006, p. 16):

Dignidade 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 um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente 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.

Encontra-se previsto no art. 5º, inciso III, da Constituição Federal, quando dispõe que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Consiste em direito inerente à pessoa humana, no qual é inadmissível sua renúncia.

Este princípio é a garantia que o ser humano possui de não ser tratado como mero objeto, e, sim, ser considerado sujeito de direito.

Para melhor esclarecer o princípio da dignidade da pessoa humana, André Nicolitt *cita* Canotilho (2011, p.12), aduzindo que:

Perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do homo noumenon, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos políticos- organizatórios.

3.2 Princípio do Devido Processo Legal

Este se encontra disposto no art. 5º, inciso LIV, da Carta Magna de 1988, garantindo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. No que tange ao sentido, é assegurado ao réu um processo que respeite as formas legais

O devido processo legal material refere-se ao direito material de garantias fundamentais do cidadão, representando, portanto, uma garantia na medida em que protege o particular contra qualquer atividade estatal que, sendo arbitrária, desproporcional ou não razoável, constitua qualquer direito fundamental.

Sobre o princípio da reserva de jurisdição, André Nicolitt explica que “a reserva de jurisdição importa submeter a prática de determinados atos à esfera única de decisão dos magistrados, o que exclui até mesmo aqueles órgãos que têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”.

O autor supramencionado enfatiza o princípio da reserva de jurisdição utilizando-se do julgado do STF:

STF – MS n° 23452. O postulado da **reserva constitucional de jurisdição** importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”. A cláusula constitucional da **reserva da jurisdição** – que incide sobre determinadas matérias, como a **busca domiciliar** (CF, art. 5º, XI) – a **interceptação telefônica** (CF, art. 5º XII) e a **decretação da prisão de qualquer pessoa**, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) – traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado (2011, p. 31).

Por sua vez, o devido processo legal formal faz referência às garantias de natureza processual, ao estipular a forma previamente estabelecida em lei de como se tramitará o processo conforme o crime a ser julgado.

3.3 Princípio da Presunção da Inocência

Em 1764, Cesare Beccaria, em sua célebre obra *Dos Delitos e das Penas* (1999, p. 69), aduz que “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter cedido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”.

O artigo 5º, LVII, da Carta Magna de 1988, o qual dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Este princípio objetiva, principalmente, efetivar a liberdade das pessoas, apenas autorizando o aprisionamento em situações excepcionais. Também confirma que cabe à acusação o ônus probatório.

Diante disso, o acusado não poderá ser responsabilizado pela sua conduta delituosa antes de provada a culpa por meio do processo, que findará depois de transitada em julgado a sentença condenatória.

Sobre o princípio da presunção da inocência, é imperioso destacar a visão de André Nicolitt, que assevera:

[...] A presunção da inocência afigura-se como regra de tratamento, de forma que embora recaiam sobre o imputado suspeitas de prática criminosa, no curso do processo deve ele ser tratado como inocente, não podendo ver-se diminuído social, moral nem fisicamente diante de outros cidadãos não sujeitos a um processo (2011, p.30).

Para adequar a medida cautelar ao delito cometido, vale ressaltar a importância do princípio da proporcionalidade. Este princípio é dividido em três subprincípios, a saber: a) adequação - busca resguardar ao réu a medida cautelar menos gravosa, como também, a aplicação da medida correta; b) necessidade - determina que a decretação da cautelar ocorra apenas nas hipóteses que se tonarem imprescindível, ou seja, como última alternativa capaz de evitar a prática delituosa; c) proporcionalidade em sentido estrito - o juiz deverá utilizar a técnica de sopesamento ao tomar qualquer decisão.

Em relação à tríplice caracterização do princípio da proporcionalidade, André Nicolitt utiliza-se dos seguintes ensinamentos de Barroso:

[...] Portanto, seus requisitos seriam (a) **adequação**, isto é exigência de que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a alcançar os objetivos pretendidos; (b) **necessidade** ou **exigibilidade**, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para o alcance dos fins almejados; (c) **proporcionalidade em sentido estrito**, que a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão (2011, p. 35).

3.4 Princípio da Excepcionalidade

Saliente-se, também, o princípio da excepcionalidade, disposto no art. 282, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

[...]

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

O artigo supracitado deixa claro que ao legislador prevalece o entendimento de que a prisão preventiva é cautelar e deve ser usada, apenas, em *ultima ratio*, ou seja, existindo alternativas de menor gravidade, cabível ao indiciado, não poderá o juiz estabelecer detenção cautelar.

3.5 Princípio da Provisionalidade ou Precariedade

O princípio da provisionalidade, disposto nos §§ 4º e 5º do artigo 282 do Código de Processo Penal, traz a possibilidade das medidas cautelares serem substituídas ou revogadas, quando houver modificação na situação fática.

Em relação ao princípio da provisoriedade ou precariedade, Gonçalves *apud* André Nicolitt, ensina que:

[...] A doutrina portuguesa afirma que as medidas cautelares se regem pelo **princípio da precariedade**, pois sendo o arguido (indiciado ou acusado) presumidamente inocente, a pena não pode ser antecipada, e qualquer limitação à liberdade individual do indiciado ou acusado, anterior ao trânsito em julgado, deve não só ser socialmente necessária como também suportável (2011, p.38).

O princípio da provisoriedade ou precariedade define que as cautelares devem ter tempo programado para sua duração, principalmente quando a cautelar aplicada for a prisão, já que afeta o direito de liberdade do ser humano.

Dessa forma, está demonstrada a importância dos princípios para a aplicação das cautelares para a realização da justiça penal. Isto porque, as medidas cautelares visam a preservação do processo, bem como, resguardar a dignidade do indivíduo.

3.6 Prisão

3.6.1 Conceito

Nas Palavras de Lima (2011, p.57) “prisão” origina-se do latim *prensione*, que vem de *prehensione*, que significa prender. Nossa legislação não utiliza de modo preciso o termo prisão, que é encontrado indicando a pena privativa de liberdade (detenção, reclusão, prisão simples).

Para Fernando Capez (2008, p.246), a prisão é a privação da liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito.

No sentido penal, a prisão constitui instrumento coercitivo estatal decorrente da aplicação de uma sanção penal transitada em julgado.

Segundo Pedro Henrique (2009, p.170), a prisão é uma medida de natureza pessoal consistente na limitação do direito de ir e vir do acusado, mediante clausura.

E no sentido processual, a prisão constitui instrumento cautelar de que se vale o juiz do processo para impedir novos delitos pelo acusado, aplica-se a sanção penal para evitar a fuga do processado, além de outros motivos e circunstâncias ocorrentes em cada caso concreto.

Essa providência da privação da liberdade outrora era cautelar e somente surgiu como pena e castigo, aos sacerdotes faltosos, com o Direito Canônico, quando lhes era imposto o recolhimento às suas celas para meditação e arrependimento.

Diante do exposto, a finalidade tomava como base um castigo, sendo relevante no sentido de que era imposto para que servisse para meditar e conseguisse se arrepender. Nas palavras de Nucci (2008, p.573), é a privação de liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através de recolhimento da pessoa humana ao cárcere.

Prisão é a supressão da liberdade individual, mediante clausura. É a privação da liberdade do individuo em sociedade, tendo em vista que fica custodiado, muito embora que a privação de sua liberdade pode ocorrer de forma ilegal.

Mirabete (2002, p.349) aduz que a palavra prisão, no direito pátrio, tem vários significados, podendo dar lugar aos termos custódia e captura, definindo-os juridicamente

como sendo a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo ilícito ou ordem legal

O conceito jurídico de prisão dispensa a interpretação etimológica da palavra, sendo suficiente para dar subsídios ao estudo apresentado.

Segundo Mirabete (2002, p.349), “a prisão em seu sentido jurídico é a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo ilícito ou por ordem legal”. O autor ainda traz outros sinônimos para o termo prisão, quais sejam: pena privativa de liberdade, captura e custódia. Assim, é de extrema notoriedade que, apesar da diversidade de definições doutrinárias para o instituto da prisão, todos os conceitos jurídicos de prisão aqui expostos não deixam de ter em seu fundamento principal a conotação de privação da liberdade, como forma de coerção ou de procedimento acautelatório.

Dispõe Távora (2009, p.327):

O cerceamento da liberdade de locomoção, é a encarceramento, pode advir de decisão, condenatória transitada em julgado, que é a chamada prisão pena ou, ou ainda, ocorrer no curso da persecução penal, dando ensejo à prisão sem pena também conhecida como prisão cautelar provisoriamente processual.

Destacou Távora que, no transcorrer da persecução penal, contudo, é possível que se faça necessário o encarceramento do indiciado ou do réu, mesmo antes do marco final do processo. Isto se deve a uma necessidade premente devidamente motivada por hipóteses estritamente previstas em lei, traduzidas no risco, demonstrando que a permanência em liberdade do agente é um mal a ser evitado.

3.6.2 Fundamentos constitucionais da prisão

Para tanto, o direito de locomoção da pessoa física é garantido na Constituição Federal, no artigo 5º XV da CF.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

Dessa forma, preceitua o art. 5º LXI, que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

A prisão, de qualquer modo, deverá ser com base do devido processo legal, como reza o artigo 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Como se pode ver, à regra constitucional, privar uma pessoa humana de sua liberdade não pode decorrer de um ato arbitrário, suas imposições devem ser pautadas nos preceitos constitucionais respeitando as formalidades legais.

Nucci (2009, p.573) destaca que a regra para prisão no Brasil deve basear-se em decisão de magistrado competente, devidamente motivada e reduzida a escrito, ou necessitar decorrer do flagrante delito, nesse caso, cabendo a qualquer um do povo sua concretização, como descreve os incisos LXII, LXIII, LXIV, LXV, que regulam a maneira pela qual a prisão deve ser formalizada.

3.6.3 Espécie de Prisões

No ordenamento jurídico, há previsão de prisão, sendo relevante que se faça breves comentários acerca dos referidos tipos.

3.6.4 Prisões Extrapenais

3.6.4.1 Prisão Civil

Prisão civil do devedor de alimentos e do depositário infiel, é compelir alguém ao cumprimento de um dever civil.

De acordo com a Constituição Federal, a decretação dessa prisão civil seria possível em duas hipóteses: art. 5ª inc. LVXII, não haverá prisão civil por dívida, salvo a do

responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Discorrendo acerca dessa prisão, Marcelo Novelino afirma que o inc. LVXII, do art. 5º, é uma norma de eficácia contida, que protege direta e imediatamente a liberdade individual de locomoção contra a prisão civil por dívida, admitida restrição por lei nas duas hipóteses constitucionalmente previstas. Ainda segundo o autor, a prisão por dívida não decorre diretamente da Constituição, mas da lei. O dispositivo constitucional apenas contempla a possibilidade de previsão legal desta espécie de prisão civil nas duas hipóteses mencionadas.

Contudo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento pátrio por meio de Decreto nº 678, de 06/11/92, estabelece, em seu artigo 7º § 7º, que ninguém deve ser detido por dívida.

Diante do teor do Pacto de São José da Costa Rica, que ressalva apenas a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos, passou-se a questionar a controversa prisão civil do depositário infiel, para por fim à discussão, o plenário do Superior Tribunal Federal aprovou a Súmula Vinculante nº 25: “É ilícita a prisão do depositário infiel, em qualquer que seja a modalidade de depósito”. No mesmo caminho, o STJ editou a Súmula nº 419, que dispõe: “descabe a prisão civil do depositário infiel”.

Adverte Nelson Nery Júnior (1999, p. 1.180):

A decretação da prisão civil do devedor de alimentos, permitida pela art. 5º da CF, inc. LXVII, é meio coercitivo de forma a obriga-lo a admitir a obrigação. Somente será legítima a decretação da prisão civil por dívidas de alimentos se o responsável inadimplir voluntária e inescusavelmente a obrigação.

Diante das controvérsias somente será legítima a decretação da prisão civil por dívida de alimentos se o responsável inadimplir voluntária e inescusavelmente a obrigação.

3.6.4.2 Prisão Administrativa

Segundo Lima (2011, p.64), a prisão administrativa pode ser conceituada como a espécie de prisão decretada por autoridade administrativa com o objetivo de compelir alguém a cumprir um dever de direito público.

Destarte, surgiu intensa controvérsia quanto à subsistência dessa espécie de prisão no ordenamento jurídico. Fazendo uma breve lembrança que, nas hipóteses de Estado de Defesa (art. 136, § 3º, CF/88) e de Estado de Sítio (art. 139, I e II, CF/88), autoridades não judiciárias poderão decretar restrições à liberdade de locomoção, independentemente de prévia autorização judicial.

A nova redação sobre a Prisão Administrativa 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 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).

Essa prisão só será cabível se decretada por autoridade judiciária, pois segundo o entendimento do professor Távora (2009, p.316), quanto a sua legitimidade para aplicação, essa não foi recepcionada pela CF/88. A doutrina entende que a prisão administrativa, apesar de estar prevista no Código de Processo Penal, não constitui prisão processual.

3.6.4.3 Prisão Disciplinar

Temos ainda a prisão disciplinar, conferida no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, existente apenas no âmbito militar. É válido, nesse sentido trazer o entendimento de Pacelli (2000, p.328), que, atualmente, no Brasil, não há qualquer prisão administrativa, a não ser no Direito Militar.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

LXI Ninguém será preso senão em flagrante e delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar definido em lei

3.6.5 Prisão Penal e Prisão Processual

Feitos os esclarecimentos, passa-se a analisar a prisão na esfera penal, onde estão previstas as prisões penais e as prisões provisórias, processuais ou ainda cautelares.

A prisão penal se dá em decorrência da pena aplicada ao indivíduo em sentença penal condenatória transitada em julgado, após o devido processo legal. Já a prisão processual, como induz o próprio nome, dar-se-á durante a marcha processual e, como possui natureza cautelar, faz-se necessária a presença do *fumus bonis iuris e do periculum in mora*, para que sejam decretadas. São espécies de prisão processual:

3.6.5.1 Prisão em Flagrante

Trata-se prisão cautelar que restringe a liberdade de alguém, quando flagrado cometendo crime, ou logo após fazê-lo. Tem por objetivo a imediata defesa da sociedade e pode ser realizada por qualquer pessoa, independentemente de se tratar de autoridade policial ou não, considerada ainda um ato administrativo, pois independe de manifestação judiciária, encontrando-se prevista nos artigos do CPP.

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

Em relação às situações de cabimento da prisão em flagrante, vale frisar o disposto no artigo 302 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

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.

Existem espécies de flagrantes admissíveis:

Próprio ou real, previsto no artigo 302, incisos I e II do CPP, quando a pessoa é realmente flagrada, ou seja, durante o cometimento do delito.

Impróprio, previsto no artigo 302, inciso III do CPP, quando o indivíduo é perseguido logo após o cometimento do delito.

Presumido, previsto no artigo 302, inciso IV do CPP, ocorrerá quando o indivíduo for surpreendido logo depois.

3.6.5.2 Prisão Temporária

A prisão temporária tem previsão na Lei n° 7.960/1989, seu decreto apenas será possível no prazo de cinco dias, prorrogáveis por outros cinco, em caso de extrema e comprovada necessidade (art. 2°, Lei n° 7.960/1989). Nos crimes hediondos ou equiparados, o prazo será de trinta dias prorrogáveis por mais trinta dias (art. 2°, §3°, da Lei n°8.072/1990).

A prisão em flagrante pode ser perpetrada por qualquer um do povo (art. 301 do Código Processo Penal), sendo que a autoridade policial tem obrigação de formalizar este ato, comunicando imediatamente ao juiz.

A prisão temporária possui prazo determinado e somente poderá ser decretada na fase do Inquérito Policial, é vedada sua decretação de ofício, sendo permitida apenas em caso de requerimento do Ministério Público ou da Autoridade Policial, ao fim do prazo. Em casos de comprovada necessidade, poderá haver prorrogação por igual período, em não sendo o

caso, findo o período determinado, cessará a constrição da liberdade do acusado, a não ser que sejam suficientes os indícios para que sua prisão temporária seja convertida em prisão preventiva.

3.6.5.3 Prisão Preventiva

Na concepção de Mirabete (1991, p. 343): “É uma medida cautelar, construída da privação de liberdade do indigitado autor do crime e decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal em face da existência de pressupostos legais, para resguardar os interesses e segurança”.

A prisão preventiva é uma medida processual cautelar. Tem o escopo de prevenir a sociedade de um indivíduo perigoso, que possa vir a cometer outros crimes antes que seja aplicada a pena definitiva; ocorre, ainda, em casos em que seja necessário o cerceamento da liberdade do indivíduo para que se garanta a instrução processual ou se assegure a aplicação da lei penal.

Destaca Capez (2012, p. 328): “Prisão processual de natureza processual de natureza cautelar decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo criminal, antes sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores”.

3.6.5.3.1 A prisão preventiva na CF e no Código Processual Penal

A Constituição admite a prisão processual nos casos de flagrante (art. 5^a LXI) e crimes inafiançáveis (art. 5^o XLIII), ainda autoriza a legislação processual (art. LXVI).

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

LXI Ninguém será preso senão em flagrante e delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar definido em lei.

LXVI Ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança

LXVIII Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

A prisão preventiva requer a observância de requisitos indispensáveis à sua aplicação, não podendo ser aplicada de forma indiscriminada ou desnecessária, sob pena de ofender princípios garantidos constitucionalmente ao indivíduo; a admissibilidade, bem como a inadmissibilidade da prisão preventiva está prevista nos artigos do CPP.

Art. 310- Quando o juiz verificar pelo auto prisão preventiva 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 atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).

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.

Art. 312 A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia 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.

Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:

I - punidos com reclusão;

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;

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.

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.

Vê-se, desse modo, que a medida cautelar, no sentido de ser uma prisão antecipada ou anterior a uma sentença condenatória, como o escopo de assegurar a eficácia da prestação jurisdicional. No entanto, sobrevindo à sentença condenatória a prisão cautelar passará a ser prisão definitiva.

Rocha (1999, p.452) acrescenta:

Prisão Preventiva é providenciada que tolhe a liberdade individual imposta pelo Juiz, de ofício a requerimento do Ministério ou mediante representação da autoridade representativa da autoridade policial, na fase. Primeira persecução criminal ou durante à instrução criminal processual, desde que necessário a proteção dos direitos declarados na lei presente a prova da existência de crime e indícios suficientes da autoria constituídos esses últimos os pressupostos da prisão preventiva.

A prisão é, desse modo, uma prisão processual, assim como a prisão em flagrante delito, a prisão temporária, a prisão resultante da pronúncia e a prisão resultante da sentença penal condenatória recorrível.

Esse sentido estrito, a prisão preventiva é uma medida processual de natureza cautelar que consiste em prisão a liberdade do indivíduo antes de trânsito em julgado de sentença penal condenatória; é também medida de caráter excepcional e sua aplicação somente justifica-se em caso de extrema e comprovada necessidade.

A preventiva por ocasião de pronúncia e a decorrente da sentença condenatória recorrível, que são tidas como prisões preventivas por acautelarem o processo, sendo decretadas antes de seu término, ou seja, sem as provas que confirmam a ocorrência do crime.

Conforme se observou, o legislador limitou-se à prisão preventiva e algumas infrações penais, a saber, aquelas taxadas no artigo 313 do CPP, que, sendo observada sua gravidade, associada à determinada circunstância, foi imprescindível uma efetiva reação do Direito Penal. Assim sendo, a prisão preventiva é cabível somente nas aludidas hipóteses legais.

3.6.5.3.2 Inovações Acerca da Prisão Preventiva no Projeto da Lei 156/2009

O projeto de Lei nº 156/2009 que tramita no Senado Federal, traz, inquestionavelmente, muitas mudanças de extrema relevância. Tome-se como exemplo a estipulação de prazo máximo de duração e reexame obrigatório da prisão preventiva, que impede que o acusado fique preso durante todo o curso do processo, como ocorre em alguns casos. A reforma garantiria, ainda, uma maior efetividade ao direito de liberdade previsto pela Carta Magna.

A Prisão Preventiva não deve ser regra, mas sim exceção, devendo ser aplicada somente quando for possível a aplicação de outras medidas menos drásticas, há nove medidas possíveis de serem adotadas antes da prisão preventiva.

4 A PRISÃO PREVENTIVA ALTERADA PELA LEI 12.403/2011

Sendo o Código de Processo Penal vigente no ordenamento jurídico brasileiro bastante antigo, existe a necessidade da implantação de uma nova lei, no entanto, enquanto ainda tramita o Projeto de Lei nº 156/2009, que prevê esta modificação, surgiram reformas pontuais para acompanhar as evoluções sociais que passaram a existir durante o período de sua instituição (década de 40) até os dias atuais. As reformas começaram a ocorrer em 2001, abordadas por uma comissão formada de diversos juristas que apresentaram, até o momento atual, 8 projetos, dentre eles o PL nº 4.208/01, aprovado em 07 de abril de 2011, convertendo-se na Lei nº 12.403/11. Esta nova lei que altera a prisão cautelar, traz medidas cautelares diversas da prisão, que passaram a complementar o Código de Processo Penal, como também dispõe acerca do instituto da liberdade provisória, com ou sem fiança.

Em três de julho do ano de 2007, o Grupo de Trabalho do Direito Penal e Processual Penal, coordenado pelo Deputado João Campos, propôs Emenda Substitutiva Global ao projeto de Lei nº 4.208/01, após as modificações, a Câmara dos Deputados aprovou e enviou para o Senado Federal. Este, ao receber o projeto de lei também propôs algumas emendas, contudo, todas foram rejeitadas exceto duas, de um total de doze.

Sobre o Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 111/2008, original PL nº 4.208/11, Thiago Bottino elaborou parecer destacando os avanços trazidos por este projeto. Sessenta dias após a publicação da referida Lei, os artigos que tratam da prisão preventiva passaram a vigorar com a seguinte redação:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

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

Portanto, havendo o magistrado decretado medida cautelar de menor gravidade ao acusado, tendo este descumprido, será necessária a conversão para medida restritiva de liberdade (mais gravosa).

Em relação às grandes modificações trazidas pela novata legislação sobre as hipóteses de cabimento da decretação da prisão preventiva, para melhor esclarecer, faz-se necessário estabelecer comparações entre o antigo regramento e a redação dada, pela Lei nº 12.403/11, ao artigo 313.

O antigo regramento do artigo 313 do Código de Processo Penal continha a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:
I - punidos com reclusão;
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;
III - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 64 do Código Penal.
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.

Agora, em decorrência da reforma pontual, o artigo supramencionado passou a ter a seguinte redação, *in verbis*:

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. Lei nº 12.403/11, de 4-5-2011.
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.

Confrontando os dispositivos citados, percebe-se que a Lei nº 12.403/11, mais precisamente no seu inciso I, trouxe dispositivo que restringe a aplicabilidade de punições cerceadoras da liberdade. Esta Lei inadmitiu a decretação de preventivas aos acusados pela prática de delitos que tenham pena máxima, privativa de liberdade, igual ou inferior a 4 (quatro) anos. Antagônica era a disposição da antiga redação, visto que autorizava a preventiva aos crimes dolosos punido com reclusão, independentemente da pena cominada ao delito.

Visto que a Lei nº 12.403/11, artigo 313, incisos I, trouxe dispositivo favorável ao acusado e, em sendo as legislações que tratam da liberdade do indivíduo, normas penais. Assim, é direito do réu que teve decretada preventiva durante a vigência da antiga redação, a conversão da medida por outra menos gravosa.

Registre-se que com a promulgação da Lei nº 12.403/11, o rol dos fundamentos para decretação da prisão preventiva foram ampliados, acrescentando, no parágrafo único do artigo 312, do Código de Processo Penal, o descumprimento das medidas cautelares. A redação atual é a seguinte: “Art.312 [...], 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,§4)”. Assim, se for imputado ao indiciado uma medida cautelar mais branda e este não a cumprir, deverá ser aplicada medida de segregação da liberdade.

Destarte, admitir a garantia da ordem pública e a garantia da ordem econômica como fundamentos para decretação da preventiva significa atribuir ao judiciário alta discricionariedade, pois este poderia invocar várias justificativas como geradores da desordem pública. Portanto, apenas devem ser considerados como fundamentos das cautelares, constitucionalmente apropriados, o risco a instrução criminal e o risco a aplicação da lei penal, desconsiderando, deste modo, a garantia da ordem pública e a garantia da ordem econômica.

O novo diploma legal revogou artigos do Código de Processo Penal que acolhiam a prisão administrativa, a prisão decorrente de sentença ou acórdão condenatório recorrível e a exigência de recolhimento à prisão para o conhecimento da apelação, excepcionando tão somente nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida.

Na percepção de Mirabete (1991, p.343): “E uma medida cautelar, constituída da privação de liberdade do indigitado autos do crime e decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal em face da existência de pressupostos legais para resguardar os interesses sociais e segurança”.

O instituto da prisão preventiva encontra-se previsto nos arts. 311 e seguintes do Código de Processo penal.

O art. 311 do Código de Processo penal descreve, a respeito da prisão preventiva: “Em qualquer fase de 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”.

Apesar do artigo acima trazer a ideia de que a prisão pode ser decretada em qualquer fase da investigação criminal ou do processo penal, é possível compreender que, levando em consideração o disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, a preventiva não pode ser aplicada na fase da investigação, pois é requisito do decreto preventivo a existência de indícios de autoria e prova de materialidade e, estando presentes estas condições, deverá o Ministério Público, obrigatoriamente, oferecer denúncia.

Com esta lei ficou estabelecido que somente coubesse prisão preventiva nos crimes considerados de maior potencial ofensivo, ou seja, nos crimes dolosos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, nos casos de reincidência, em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência e quando houver dúvida sobre a identidade civil do acusado ou quando este não tenha elementos suficientes para esclarecê-la (artigo 313), diferentemente do que dispunha o antigo Código de Processo Penal.

4.1 Pressupostos e Requisitos de Aplicabilidade

O rol das condições de admissibilidade da prisão preventiva está evidenciado no art. 313, incisos I a III e parágrafo único, do Código de Processo Penal. Porém, é possível a decretação da cautelar preventiva quando o réu for condenado por outro crime doloso, em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, quando houver dúvida sobre a identidade civil ou quando esta não fornecer elementos suficientes, e nos casos de crime doloso com pena privativa de liberdade superior a quatro anos. Também será cabível prisão preventiva nas situações em que o réu descumpra as obrigações de medidas cautelares diversas (art. 312, do Código Processo Penal).

A prisão preventiva é modalidade de prisão provisória, ao lado do flagrante e da prisão temporária. Possui natureza cautelar e tem por objetivo garantir a eficácia do futuro provimento jurisdicional, cuja natural demora pode comprometer sua efetividade, tornando-o inútil. Trata-se de medida excepcional, imposta somente em último caso (CPP, art. 282, § 6º). Nesse sentido: “A prisão provisória é medida de extrema exceção. Só se justifica em casos excepcionais, onde a segregação preventiva, embora um mal, seja indispensável. Deve, pois, ser evitada, porque é uma punição antecipada” (RT, 531/301). Seus pressupostos são:

necessidade, urgência e a insuficiência de qualquer outra medida coercitiva menos drástica, dentre as previstas no art. 319 do CPP.

4.2 Fumus boni iuris ou Fumus Commissi Delict

Expressão latina, traduzida por “fumaça do bom direito”. A probabilidade de uma sentença favorável, no processo principal, ao requerente da média. É a luz no fundo do túnel, demonstrando uma possível saída. *O fumus* traduz-se no binômio prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do delito, o juiz poderá decretar a prisão preventiva do investigado ou acusado, haja vista que poderá recorrer, respectivamente, na fase investigatória ou na fase judicial, entretanto, a decisão deverá esta sempre fundamentada pela garantia da ordem pública ou econômica, pela convivência da instrução criminal ou para assegurar a lei penal.

Destaca Delmanto Junior (1998, pp.53-60):

A verificação acerca da serenidade dos indícios de autoria não se confunde, por óbvio, com eventual prejudicamento, mesmo porque a prisão provisória não será nunca decretada com base nessa constatação, mas sim, com fundamento em sua necessidade cautelar. Além disso, a indispensabilidade desses indícios sérios de autoria para que se proceda ao encarceramento provisório afigura-se, antes de tudo, como uma verdadeira exigência do direito à presunção de inocência, uma vez que vem a limitar ao máximo, a utilização da prisão provisória que, repetimos, não será jamais decretada em função da culpabilidade do acusado.

4.3 Periculum in mora ou Periculum Libertatis

Traduz-se no fato de que a demora no curso do processo principal pode fazer com que a tutela jurídica que se pleiteia, ao ser dada, não tenha mais eficácia, pois o tempo fez com que a prestação jurisdicional se tornasse inócua. O *periculum* traduz-se pelo binômio urgência e necessidade.

Os pressupostos foram analisados por Aury Lopes Jr. (2001, p.49) dessa forma:

Mister se faz que haja um perigo na liberdade do réu a justificar sua prisão e não perigo na demora da prestação jurisdicional. Da mesma forma que a fumaça deve ser cometimento do delito e não do bom direito, pois o bom direito pode ser para condenar ou absolver o acusado, ou ainda para declarar extinta a punibilidade.

4.4 Duração da Prisão Preventiva

No que diz respeito ao tempo em que uma pessoa pode ficar presa preventivamente, a nossa legislação é lacunosa, de modo de que não estabeleceu prazos fixos e peremptórios.

A respeito do tema destaca Nucci (2005, p.489):

A lei não fixa por quanto tempo o autor do fato fica preso preventivamente. Não fixa por que as razões que a determinam se assentam em questões que não dizem respeito a tempo. Decreta-se a prisão preventiva como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por convivência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Essas circunstâncias autorizadoras não deixam de existir em prazos prefixados.

Assim, seu tempo de duração irá desaparecendo e os motivos que a determinem. Se as circunstâncias autorizadoras deixarem de existir, impõe-se, a partir desse momento, a revogação da medida extrema.

A coação do paciente é ilegal por inúmeras razões, dentre as quais se constata a desfundamentação do decreto prisional ou fundamentação inidônea (art. 93, IX, da CF/88 combinado com art. 315 do CPP); a desnecessidade da prisão cautelar ou falta de justa causa para a custódia antecipada (art. 648, I, do CPP).

Art. 93 Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Alterado pela EC-000.045-2004)

Art. 315 A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada

Art. 648 **A coação considerar-se-á ilegal:**

I - quando não houver justa causa;

No entanto, para efeito de verificação de excesso de prazo na custódia cautelar, era utilizado o artigo 648, II do CPP, que reza constituir constrangimento ilegal, sanável por *habeas corpus*, a permanência de alguém preso por mais tempo de que determina a lei.

Art. 648 A coação considerar-se-á ilegal:

I - quando não houver justa causa;

II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;

No que concerne esse tempo, formam-se duas correntes. A primeira defendia que a observância do tempo da prisão deveria ser feita isoladamente em relação ao Inquérito Policial. E, nas fases processuais, ocorreria constrangimento ilegal quando excedesse a soma de todos os prazos previstos para a realização de todos os atos processuais.

A segunda orientação prevalece nos tribunais, de modo que, em regra, fixou-se para o tempo o prazo de oitenta e um dias nos processos por crimes de reclusão. No qual o somatório dos prazos para encerramento da ação penal alcançou 81 dias, levando em consideração desde o prazo para conclusão do Inquérito até o prazo da prolação da sentença, nos termos art. 800, I, § 3º do CPP.

Art. 800 Os juízes singulares darão seus despachos e decisões dentro dos prazos seguintes, quando outros não estiverem estabelecidos:

I - de 10 (dez) dias, se a decisão for definitiva, ou interlocutória mista;

§ 3º - Em qualquer instância, declarando motivo justo, poderá o juiz exceder por igual tempo os prazos a ele fixados neste Código.

Contudo, com a nova lei 11.719 de 20 de junho de 2008, modificou-se os ritos procedimentais do processo comum, ordinário e sumário, com o que haverá de ser feita uma nova contagem de prazos. Entendendo que a ausência de fixação de prazo certo para duração da preventiva deixava o acusado inteiramente à mercê do Estado.

Segundo Eugenio Pacelli (2009, pp. 495/496):

Seja como for, normalmente vinha sendo seguida a regra 81 dias, independentemente do rito, não faltando tribunais estaduais que inclusive ampliam o aludido prazo. A contagem do prazo teria início com a prisão do acusado, seja ele preventivamente, seja ela decorrente de flagrante delito, mantida em razão da existência de razões da preventiva. Art. 310, parágrafo único, CPP. É que, a partir da prisão, terá início a contagem de prazo para o encerramento do inquérito policial dez dias na justiça estadual; 15 dias, prorrogáveis, na Justiça Federal.

Segundo o autor, a nova contagem, no rito ordinário, chegará aos 86 (oitenta e seis) dias, como regra, ressalvadas circunstâncias específicas de cada caso concreto.

Com a reforma pontual, o artigo supramencionado passou a ter a seguinte redação,

in verbis:

Art. 310 do CPP. Ao receber o auto de prisão e, 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 artigo 312 do CPP, e se revelarem inadequados 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 II do caput do art. 23 de Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, poderá, fundamentalmente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais sob pena de revogação.

Entendimento já consubstanciado do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS" - CONDENAÇÃO PENAL RECORRÍVEL - SUBSISTÊNCIA, MESMO ASSIM, DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE NÃO- -CULPABILIDADE (CF, ART. 5º, LVII) - RÉUS QUE PERMANECERAM SOLTOS DURANTE O PROCESSO - RECONHECIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, Nº 2) - ACÓRDÃO QUE ORDENA A PRISÃO DOS CONDENADOS, SEM QUALQUER MOTIVAÇÃO JUSTIFICADORA DA CONCRETA NECESSIDADE DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR DOS ORA PACIENTES - AUSÊNCIA DE EFICÁCIA SUSPENSIVA DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS (RE E RESP) NÃO OBSTA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - DECRETABILIDADE DA PRISÃO CAUTELAR - POSSIBILIDADE, DESDE QUE SATISFEITOS OS REQUISITOS MENCIONADOS NO ART. 312 DO CPP - NECESSIDADE DA VERIFICAÇÃO CONCRETA, EM CADA CASO, DA IMPRESCINDIBILIDADE DA ADOÇÃO DESSA MEDIDA EXTRAORDINÁRIA - SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO VERIFICADA NA ESPÉCIE - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO - PEDIDO DEFERIDO. A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL (stf. Hc 95059-RJ. Min. Celso de Melo. Julgamento: 10/02/2009).

Assim sendo, sempre que alguém está perante o cometimento de infração penal, torna-se notório o clamor da sociedade para ter o agressor aprisionado. De fato, apesar de os indivíduos viverem em nação regida por um Estado Democrático de Direito, ainda assim, acreditam que o único meio capaz de reduzir e/ou acabar com a criminalidade do país é o cárcere. Para eles, justiça é sinônimo de aprisionamento. Desse modo, o legislador, ao elaborar a Lei nº 12.403/11, procurou acabar com a cultura brasileira, em especial a judiciária, de crer que os delitos serão controlados unicamente com o isolamento do agressor.

4.5 Classificações das Prisões Cautelares

Nesse contexto surge a prisão cautelar, provisória ou processual que milita no âmbito da excepcionalidade, afinal a regra é que a prisão só ocorra com o advento da sentença definitiva, em razão do preceito esculpido na Constituição Federal, pois ninguém será considerado culpado até trânsito e julgado.

No processo penal atual, as medidas cautelares estão divididas em três espécies, quais sejam: medidas cautelares reais (de natureza civil), medidas cautelares probatórias e medidas cautelares pessoais.

As medidas cautelares reais estão dispostas no título “medidas assecuratórias” do Código de Processo Penal, as quais estão relacionadas à reparação do dano e ao perdimento de bens como efeito da condenação, não recaindo sobre a pessoa, por isto é denominada cautelares reais. São elas: o sequestro, o arresto e a hipoteca legal.

Sobre as medidas cautelares reais, na visão de André Nicolitt, tem-se o seguinte:

As medidas assecuratórias não passam de medidas cautelares com o objetivo de assegurar a reparação do dano ao ofendido ou mesmo o pagamento das custas e despesas processuais, através da guarda judicial das coisas. Podem advir durante o inquérito ou no curso da ação penal, desde que haja o periculum in mora, ou seja, desde que a demora no julgamento da ação penal possa comprometer a reparação do dano ao ofendido (2011, p. 103).

No dizer de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2008, p.273), as medidas assecuratórias “visam garantir o ressarcimento pecuniário da vítima em face do ilícito ocorrido, além de obstar o locupletamento ilícito do infrator. Servem também para pagamento de custas e de eventual multa. Têm caráter de instrumentalidade e se destinam a evitar o prejuízo que adviria da demora na conclusão da ação penal”.

Já as medidas cautelares probatórias visam assegurar a preservação da prova. Exemplos: a busca e apreensão, a interceptação telefônica, a captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, a infiltração de agentes, quebra de sigilo bancário, dentre outros.

As medidas cautelares de natureza pessoal são aquelas adotadas contra o investigado ou acusado, durante as averiguações ou no curso do processo penal, acarretando algum grau de sacrifício de sua liberdade, podendo ocorrer em maior ou menor intensidade. Com a aprovação da Lei nº 12.403, em maio de 2011, o rol de medidas cautelares de natureza

peçoal foram ampliadas, além da prisão preventiva e da prisão temporária, antes já previstas no Código de Processo Penal, existem outras dez medidas cautelares pessoais, a saber: comparecimento no fórum para justificar suas atividades, proibição de frequentar determinados lugares, afastamento de pessoas, proibição de se ausentar da comarca onde reside, recolhimento domiciliar durante a noite, suspensão de exercício de função pública, arbitramento de fiança, internamento em clínica de tratamento, prisão domiciliar e monitoramento eletrônico.

A prisão processual, aquela que ocorre antes de sentença penal condenatória transitada em julgado, ou seja, que acontece no decorrer do processo ou da investigação criminal, pode ser de três espécies: prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária

No que se refere à prisão processual, o art. 283 do Código de Processo Penal, faz as seguintes menções, *in verbis*:

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.

Das medidas cautelares previstas atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, com a nova redação dada pela Lei nº 12.403/11, a prisão cautelar é a mais grave forma de intervenção que o Estado estabeleceu. Através desta, o acusado/ indiciado ou réu terá restringida a sua liberdade, por meio de um mero juízo de probabilidade, já que as cautelares são aplicadas antes de uma condenação.

A prisão em flagrante pode ser perpetrada por qualquer um do povo (art. 301 do Código Processo penal), sendo que a autoridade policial tem obrigação de formalizar este ato, comunicando imediatamente ao juiz.

Em relação às situações de cabimento da prisão em flagrante, vale frisar o disposto no artigo 302 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

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.

O instituto da prisão preventiva encontra-se previsto nos arts. 311 e seguintes do Código de Processo penal.

O art. 311 do Código de Processo penal descreve, a respeito da prisão preventiva, que: “Em qualquer fase de 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”.

Sobre prisão temporária, o Código de Processo Penal dispôs da seguinte forma, *verbis*:

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.

Sobre a temática, comparecimento no fórum para justificar suas atividades, previsto no art. 319, I, do Código de Processo Penal, é necessário compreender que se trata de cautelar em que o legislador autorizou os juízes a fixar prazos e condições para o indiciado apresentar-se pessoalmente em juízo com o fim de informar suas atividades.

No que tange a cautelar de proibição de frequentar determinados lugares, é possível entender que consiste em medida prevista em nosso ordenamento jurídico, com o intuito de evitar que o acusado cometa novos atos delituosos, sendo aplicável aos crimes dolosos com pena máxima superior a três anos.

No que se refere à proibição de manter contato com pessoa determinada, é assegurada a vítima ou testemunha, que o indiciado, em razão da impossibilidade de manter contato, não a ameace nem a agrida. O acusado é obrigado a ficar distante.

A proibição de se ausentar da comarca onde reside consiste em medida cautelar que proíbe ao réu sua circulação em localidades diversas de sua comarca (art. 319, IV, do Código Processual Penal).

Importante mencionar, também, a cautelar de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, que está previsto no art. 319, V, do Código de Processo Penal. Esta medida é reservada para os acusados que possuem domicílio e trabalho fixo, e, seu objetivo principal é assegurar que o indiciado unicamente sairá de sua residência para realização de atividade laboral, evitando a fuga deste, bem como, tutelando a prova.

O art. 319, inciso VI, do Código de Processo Penal, dispõe sobre a cautelar de 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.

Este será aplicável nos casos em que o cargo exercido pelo indiciado seja vinculado ao crime, ou seja, será aplicada nas situações em que o agente público destrói documentos e/ou altera situações fáticas, aproveitando-se de sua atividade, ameaçando a instrução criminal. Vale ressaltar, que não poderá o agente ser afastado de sua função por ter cometido, por exemplo, crime de furto, já que este delito pode ser cometido independentemente do indiciado exercer ou não função pública ou atividade de natureza econômica.

Sobre o internamento provisório do acusado em clínica de tratamento, Claus Roxin *apud* André Nicolitt, assevera que: “Trata-se de dispositivo conhecido em outros ordenamentos jurídicos, como o alemão, que prevê a internação provisória em sanatório psiquiátrico ou estabelecimento para desintoxicação” Esta foi aludida no art. 319, VII, do Código de Processo Penal. Para sua aplicabilidade é necessário que se preencham três condições, quais sejam: crime praticado com violência ou grave ameaça, quando os peritos constatarem que se trata de agente inimputável ou semi-imputável e quando houver risco de reiteração. A internação perdurará até que o acusado se reestabeleça, ou seja, a medida, ora em análise, possui prazo não definido.

O arbitramento de fiança encontra-se elencado no art. 319 e seguintes, do Código de Processo Penal. O autor André Nicolitt (2008, p.91) enfatiza as hipóteses de cabimento desta medida: “Conforme dispõe o texto, a fiança é cabível em três casos: (a) para assegurar o comparecimento a atos do processo; (b) evitar a obstrução do seu andamento; (c) coibir a resistência injustificada à ordem judicial”. É importante ressaltar que não é possível a concessão de fiança quando presentes os requisitos que autorizam o decreto da prisão preventiva (art. 324, IV).

Sobre o instituto do monitoramento eletrônico, é imperioso destacar a visão de André Nicolitt, a qual assevera que:

A lei nº 12.403/11, até aqui, procedeu conforme o PL nº 156/2009, apresentando o monitoramento eletrônico como medida autônoma e não como forma de fiscalizar a prisão domiciliar, não obstante o monitoramento possa ser conjugado com outras medidas.

No modelo brasileiro (tanto o projeto como a Lei nº 12.403/2011), o monitoramento não vincula o sujeito à permanência domiciliar ou a qualquer outro local, apenas prevê submissão ao monitoramento que permita sua imediata localização, sendo, aparentemente, menos limitativa ao direito de locomoção (2011, p. 96).

O monitoramento eletrônico surgiu como alternativa à prisão, assim, as pessoas que necessitam estar presas podem ficar, unicamente, com sua liberdade vigiada.

Quanto à conceituação e aplicabilidade da prisão domiciliar, os artigos 317 e 318, do Código de Processo Penal (CPP), possuem as seguintes elucidações, *in verbis*:

Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

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.

Conforme reza o artigo supracitado, a prisão domiciliar é uma medida substitutiva da prisão preventiva, sendo cabível ao agente que se enquadra em uma das situações do art. 318, do Código de Processo Penal.

Por fim, a efetivação da Lei nº 12.403/11, sobretudo nas matérias referentes às prisões preventivas e cautelares diversas da prisão, é a garantia de que os seres sociais terão seus direitos respeitados. Portanto, todos os presos preventivos anteriores à vigência da nova legislação, caso a segregação cautelar tenha sido aplicada em virtude de o réu ter praticado delitos que atualmente inadmitte cautelar tão drástica, devem ter convertido o decreto em cautelares mais brandas, garantindo a estes um processo legal, justo e adequado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no exposto, o presente trabalho busca demonstrar que o Código de Processo Penal, promulgado em 1941, realmente precisa passar por reformas pontuais para, deste modo, alcançar os anseios sociais.

Contudo, as prisões cautelares encontradas no Código de Processo Penal e também nas leis esparsas, mediante os seus requisitos, autoriza a prisão antes do julgamento do acusado.

A Constituição Federal preceitua a respeito do princípio de inocência, estabelecendo no artigo 5º “que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Ficou evidenciado que o Projeto de Lei nº 156/2009, traz inovações positivas quanto à prisão preventiva, dotada de constitucionalidade, que prisma pela garantia de liberdade trazida pela Constituição Federal, art. LIV. O projeto garante a inviolabilidade do princípio constitucional e impede que a referida prisão seja aplicada como antecipação da pena, e, principalmente, que o acusado permaneça preso durante todo o processo, pois esse não é objetivo da prisão preventiva.

Nesse sentido, as reformas começaram a ocorrer em 2001, abordadas por uma comissão formada de diversos juristas que apresentaram, até o momento atual, 8 projetos, dentre eles o PL nº4.208/01, aprovado em 07 de abril de 2011, convertendo-se na Lei nº 12.403/11.

A Lei nº. 12.403/11 inovou vários dispositivos do Código Processo Penal. Dentre estas modificações, estão incluídas, sobretudo, normas que tratam da prisão e liberdade. Destaca-se que, toda vez que se está diante de regras que versam sobre a liberdade do indivíduo, tem-se norma processual penal material, aplicando a mesma regra do direito penal, ou seja, restringindo a retroatividade da lei, exclusivamente, em benefício do réu. Destarte, todos os dispositivos que permitam a liberdade do acusado, no qual era inadmitido anteriormente, deverão ser retroagidos.

No decorrer desta pesquisa, notou-se que o fundamento da Lei nº. 12.403/11 foi o de trazer ao ordenamento jurídico brasileiro legislações cada vez mais humanas, condizentes com a Carta Cidadã de 1988, preservando a todo o momento o Estado Democrático de Direito. Também objetiva resolver o problema da elevada população carcerária do país.

Em suma, a Lei nº 12.403/11 foi criada para possibilitar ao juiz a adoção de medidas cautelares diversas da prisão, devendo esta ser aplicada como *ultima ratio*. Para tanto, foi instituída, no artigo 319 do Código de Processo Penal, outras nove medidas cautelares. Esta preocupação surgiu em razão de o Brasil possuir alto índice de presos, ocasionando superlotação nos presídios, com detentos provisórios. Além disso, o legislador também procurou manter coerência entre a carta magna de 1988 e o Código de Processo Penal.

Neste contexto, é função dos operadores do direito buscarem no íntimo da norma além do que está positivado, mas, ao se buscar tal interpretação tem-se que analisar o fato à luz de uma norma que pode ter sido inclusa na legislação sem ter passado por ampla discussão, atendendo a clamores sociais não democráticos, o que põe em perigo a estabilidade do Estado de Direito.

Contudo, ainda se faz necessário que o Estado limite mais o poder discricionário dos magistrados no sentido de não permitir a subsistência de decretos prisionais desnecessários. A finalidade da prisão preventiva da Lei Penal, em muitos casos, serve de mecanismo processual imprescindível ao Estado na luta pela defesa das sociedades.

Os artigos 312, *caput* e parágrafo único, e 313, I a III e parágrafo único, do Código Processo Penal, preveem os fundamentos pressupostos e as circunstâncias para a decretação da cautelar preventiva, restringindo a sua aplicação e tornando medida que deve funcionar em *ultima ratio*, porém, a sociedade deve cobrar mais das autoridades competentes a sua efetivação, reivindicando o caráter excepcional da medida. Não adianta que o judiciário brasileiro tenha uma legislação que inadmita o cerceamento da liberdade do indivíduo, com o fito de preservar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, se na prática é ineficaz.

Diante das razões expostas, pode-se perceber que a prisão preventiva tem a finalidade de prevenção, e não de punir o agente que tenha praticado o ilícito, que é característica da prisão definitiva.

O simples fato de haver indícios da autoria não explica a manutenção ou decretação da prisão preventiva, já que, para tal, o réu deve ser devidamente processado, julgado e condenado. Não pode o réu ser punido antes mesmo do seu julgamento, pois, assim sendo, está-se violando os princípios constitucionais inerentes à prisão preventiva.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare Bonesane. Marquês de. Dos Delitos e das Penas, tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo, Ed. Hemus, 1983.

_____. Dos Delitos e das penas. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

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

_____. Lei nº 12.403/2011, de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto – Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código Processual Penal) relativos a prisão preventiva. IN Senador Federal. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 1º mar. 2013.

_____. Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17960.htm >. Acesso em 14 de junho de 2013.

_____. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17960.htm >. Acesso em 14 de junho de 2013.

_____. **Decreto-lei 2848/40** | Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

BITENCOURT. Cesar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas alternativas. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15 – ed. – São Paulo Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Processo Penal**. 19 – ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: jus Podvm, 2008.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As Modalidades de Prisão Preventiva e seu Prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Curso de processo penal**- 6º ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 26 mar. 2013

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: parte geral, 23 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 12 ed. Editora Lumen Juris, 2009.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena** – Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FOUCALT, Michel, Vigiar e punir: nascimento da prisão: tradução de Raquel Ramalhete. 34 ed. Petrópolis, RJ: vozes, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática- Niterói, RJ: Impetus, 2011.

LOPES Jr. Aury. **Sistema de Investigação Preliminar no Processo Penal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

_____. **Sistema de Investigação Preliminar no Processo Penal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: RT, 1988.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**, São Paulo, Atlas, 1991.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**, volume I. Parte Geral, arts. 1º a 120 do CP. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NICOLITT, André Luiz. **Lei nº 12.03/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares**. 1.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código do Processo Penal comentado**. 4. ed. rev. Atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela lei 12.403/2011, de 4 de maio de 2011** - São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011.

ROCHA, Francisco de Assis de Rego Monteiro. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SANTOS, José Wilson dos; BARROSO, Rusel Marcos B. **Manual de Monografia da AGES: graduação e pós-graduação**. Aracaju: Sercore, 2011.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

SANTOS, Marcelle Rosa. **Prisões cautelares frente ao princípio da proporcionalidade: Uma visão garantista do processo penal**.

Disponível em: www.uems.br/portal/biblioteca/repositorio/2012-02-06_08-21-10.pdf, acesso dia 10 de junho de 2013 às 10:00hs.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Prática de Processo Penal**, São Paulo, Jalovi, 2008.

VADEM MECUM / 2013.

Sites pesquisados

<<http://www.recantodasletras.com.br/artigos/3022403>>. Acesso em: 23 abril 2013.

<<http://www.eunanet.net/beth/revistazap/topicos/inicioprisoes1.htm>>. Acesso em: 18 mai. 2013.

<<http://www.clubedeautores.com.br>>. Acesso em: 7 jun. 2013.

<<http://www.jurisway.org.br>>. Acesso em: 7 jun. 2013.

<www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 10 mar. 2013

XIV, lhe outorga o encargo de “promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais”.

A fatídica PEC 37 foi um mal devidamente expurgado, este RE corroborou o entendimento de que o Ministério Público é uma Função Essencial do Estado que não pode restar esvaziada sob pena de um profundo comprometimento do Estado Democrático de Direito e perpetração da impunidade dos "crimes de colarinho branco". Esperamos que o STF haja jogado uma pá de cal definitiva nas pretensões antidemocráticas e vis de calar parcela fundamental do MP e de nossa ainda recalcitrante democracia.

A partir destas anotações apenas confirmadas pelo Supremo Tribunal Federal, não há que se falar em monopólio das investigações por parte da Polícia Judiciária. Defendemos inobstante, na forma que sustentamos em outro artigo de nossa lavra, uma maior autonomia à Polícia Federal para que em momento algum sintam-se refém do Poder Executivo.