

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CCJP - CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS

DIREITO

DANDARA FERREIRA BARROS

**ESTUDO ACERCA DA COEXISTÊNCIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA
PRISÃO PREVENTIVA NO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONALIZADO.**

RIO DE JANEIRO

2015

DANDARA FERREIRA BARROS

**ESTUDO ACERCA DA COEXISTÊNCIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA
PRISÃO PREVENTIVA NO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONALIZADO.**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Escola de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do
Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como
requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito

Orientadora: Prof.^a Dra. Simone Schreiber

RIO DE JANEIRO

2015

TERMO DE APROVAÇÃO

**ESTUDO ACERCA DA COEXISTÊNCIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA
PRISÃO PREVENTIVA NO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONALIZADO.**

Dandara Ferreira Barros

**Trabalho de Conclusão de Curso aprovada como requisito para a obtenção de
título de Bacharel em Direito, na Escola de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Estado do Rio de Janeiro, pela seguinte banca examinadora:**

Prof.^a Simone Scheireiber

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer a todos que estiveram comigo na caminhada até aqui.

Primeiramente a Deus, pois sem Ele eu nada seria. Tudo que acontece em minha vida eu sei que é de acordo com a vontade Dele e por isso recebo de coração aberto.

Aos meus pais, Adenilson Gois Barros e Shirley Bispo Ferreira, por me apoiarem em todas as minhas decisões, por estarem sempre ao meu lado dedicando amor e carinho em tempo integral. Por acreditarem em mim mais do que ninguém.

Às minhas avós, Lucia Gois Barros e Ivonne Bispo Ferreira. A primeira que desde muito cedo me ensinou com toda a ternura o significado da palavra “disciplina”, que me lembrava todos os dias, desde muito nova, a importância do estudo. Sem ela, com certeza, essa caminhada teria sido muito mais difícil. A segunda, por todo amor dedicado, por todo carinho, por estar sempre pronta para me ajudar.

Ao meu namorado, Thiago Chagastelles, por todo seu amor, companheirismo e paciência.

À minha orientadora, Professora Simone Schreiber, que é uma das grandes responsáveis pelo meu enorme interesse na disciplina de Processo Penal. E pelo apoio e confiança na elaboração do presente trabalho.

À Associação Atlética Acadêmica Tiago Félix e cada membro que fez parte dessa família, por todos os momentos de alegria que a Atlética me proporcionou e pela união nos momentos difíceis.

Aos meus colegas de faculdade que se tornaram amigos para toda vida. As amigas que vieram da infância e continuam comigo nessa caminhada, especialmente para Adélia Evangelista Silva de Araújo, Jéssica de Souza R. Fernandes e Paloma Chagas Guerra Pereira, que me deram muita força para elaboração do presente estudo.

RESUMO

O estudo tem por objetivo analisar prisão preventiva que é uma medida cautelar do processo penal. Entende-se por cautelares aquelas medidas que objetivam tutelar o bom andamento do processo e assegurar aplicação de uma futura condenação penal irrecorrível. As medidas cautelares são regidas por princípios constitucionais que devem ser respeitadas, mas na prática, infelizmente, nem sempre isso acontece. O princípio da presunção de inocência é um dos mais violados em sede cautelar. Para entender o referido princípio deve ser analisado o seu histórico e seus desdobramentos. A Lei 11.403 de 2011 trouxe um extensivo rol de medidas cautelares que devem ser preferidas ante a decretação de prisão preventiva, já que essa deve ter caráter extremamente excepcional, ou seja, só poderá ser utilizada quando nenhuma outra, sozinha ou cumulada, for suficiente e adequada ao caso concreto. Assim, o presente estudo vem mostrar que a prisão é a *ultima ratio* das medidas cautelares do processo penal.

PALAVRAS CHAVES: Prisão Preventiva. Medidas Cautelares. Princípios Constitucionais. Presunção de inocência.

ABSTRACT

The study aims to examine preventive detention as a precautionary measure in the due process of law. It is understood as precautionary measures the ones taken aiming to safeguard the smooth running of the process and ensure application of a future irrevocable criminal conviction. Precautionary measures are governed by constitutional principles and as such, must be respected, but, unfortunately, that's not always the case. The principle of presumption of innocence is one of the most violated in the preemptive measures. To understand this principle we must examine its history and consequences. Law 11,403 of 2011 brought an extensive list of precautionary measures that should be preferred before the custody decree, as this should be carried out only in extremely exceptional circumstances, ie can only be used when no other, alone or combined, is sufficient and appropriate to the case. Thus, this study goes to show that prison is the last ratio of the precautionary measures in the criminal procedure.

KEYWORDS : Provisional arrest . Precautionary measures. Constitutional principles . Presumption of innocence .

Sumário

INTRODUÇÃO	9
1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	11
1.1- Origem histórica do Princípio da Presunção de Inocência.....	11
1.2- Princípio da Presunção de Inocência no Nosso Ordenamento Pátrio. .	15
1.3- Presunção de Inocência ou Presunção de Não Culpabilidade (Desconsideração prévia da culpabilidade).	17
1.4- Aplicação Do Princípio da Presunção de inocência	19
1.4.1 - Regra de tratamento.....	19
a) Proibição do uso de algemas no Tribunal do Júri.	20
b) Para constituição de maus antecedentes.	21
1.4.2- Regra para a distribuição do ônus da prova	23
1.4.3 - Regra de Julgamento	24
1.4.4- Regra de Garantia.....	25
2- O SISTEMA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL	26
2.1- Da Cautelaridade.....	26
2.2 - Fumus Commissi Delicti e Periculum Libertatis.....	29
2.3- Inexistência do Poder Geral de Cautela no Processo Penal.....	31
2.4- Princípios Cautelares.	34
2.4.1- Jurisdicionalidade	35
2.4.2- Motivação	36
2.4.3- Contraditório	38
2.4.4- Provisionalidade ou Provisionariedade.....	40
2.4.5- Provisoriedade.....	41
2.4.6 – Da excepcionalidade	44
2.4.7- Proporcionalidade	45

3- DA PRISÃO PREVENTIVA.....	48
3.1- Do Requerimento da Prisão Preventiva.....	50
3.2- Da Decretação da Prisão Preventiva.....	52
3.2.1- Prisão preventiva por conveniência da instrução criminal.	52
3.2.2- Prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal	53
3.2.3- Prisão preventiva como garantia da ordem econômica.....	54
3.2.4- Prisão preventiva como garantia da ordem pública.....	58
3.2.5- Do descumprimento de medida cautelar diversa	62
3.3- Da aplicabilidade da prisão preventiva.....	62
CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:.....	71

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988, em seu artigo 5º¹, elenca a liberdade como um direito fundamental do homem. A importância desse direito é tão significativa que foi estatuída como cláusula pétrea, não podendo jamais ser abolida da nossa Carta Magna. Entretanto, existem algumas formas de privação do referido direito no ordenamento jurídico. Mas para que isso aconteça devem ser observados alguns princípios.

A presunção de inocência, positivada na atual carta da República, é um dos princípios que mais protegem a liberdade do indivíduo. Uma vez que, freia o poder punitivo do Estado. A positivação de tal postulado constitucional em diversos ordenamentos aconteceu devido a mudança de concepção do processo penal. Antes servia apenas para punir o cidadão e a ele cabia o ônus de provar sua própria inocência, fica evidente, que dessa forma não havia paridade de armas entre o poder punitivo do Estado e a defesa do cidadão.

Passamos ao sistema acusatório. E, atualmente, felizmente, vivemos um processo penal que deve ser interpretado sempre à luz da Constituição, pelo menos na teoria. Na prática, infelizmente, muitos direitos fundamentais são violados. A liberdade muitas vezes cerceada por inobservância das normas e desproporcionalidade na aplicação das medidas. A dignidade da pessoa humana fica completamente esquecida quando nos deparamos com o atual sistema carcerário, no qual existem mais de duzentos mil² seres humanos presos além da capacidade que o sistema comporta. É nessa realidade que, se faz extremamente necessário o estudo da prisão preventiva, já que ela é responsável por 41% dos encarcerados atualmente.

A prisão preventiva é uma medida cautelar. Tais medidas têm o escopo de garantir bom andamento do processo, além de resguardar para que uma possível

¹ Constituição Federal- “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: (...)”

² CNJ, Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil. Disponível em:

http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf acessado em: 20/05/15.

condenação penal não seja inócua. Entretanto, o fato é que a prisão preventiva não é decretada como deveria, muitos são os casos em que a sua aplicação é desproporcional e inadequada. Além disso, seu pleito muito vezes é baseado em fundamentos que nada tem a ver com o caráter cautelar da medida. Vale ressaltar que essa medida deveria ser decretada com um único fim resguardar o bom andamento do processo. Mas não é incomum que alguns atores processuais subvertam os valores de medidas cautelares no processo penal, tornando-as incompatíveis com os princípios constitucionais, principalmente o tão violado princípio da presunção de inocência.

A lei 12.403 de 2011, tentou amenizar o caótico cenário prisional, acabando com o binômio prisão-liberdade. Trouxe ao ordenamento pátrio uma série de medidas cautelares diversas da prisão, conferindo ao juiz o dever de aplicar outras medidas, quando possível. Por essa razão, pode-se dizer que a lei possui caráter desencarcerador. Entretanto, o legislador perdeu a oportunidade de enfrentar o requisito legal que tem servido de fundamento para o maior número de prisões preventivas decretadas: a garantia da ordem pública. Tal conceito é amplo, e por isso, muito criticado pelos juristas. Assim como, muito utilizado no pleito ou decisão da prisão citada.

O objeto do presente estudo é o instituto da prisão preventiva e sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988. No primeiro capítulo, será analisado o princípio constitucional da presunção de inocência, dada a necessidade de estabelecer em que medida a privação da liberdade de uma pessoa que não foi ainda condenada se concilia com tal garantia. No segundo capítulo, abordar-se-á o regime legal das medidas cautelares penais, especialmente os princípios do Código de Processo Penal que regem a jurisdição cautelar em matéria penal. No terceiro capítulo, será estudado o instituto da prisão preventiva, propondo-se uma interpretação das normas que o definem à luz da Constituição Federal.

1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

1.1- Origem histórica do Princípio da Presunção de Inocência.

A Constituição da República de 1988 trouxe a garantia do princípio da presunção de inocência, ou princípio da não culpabilidade, ou ainda, desconsideração prévia da culpabilidade, como alguns autores preferem denominá-lo. Apesar de não estar expresso no período anterior ao da Constituição atual, tal postulado constitucional já constava na doutrina brasileira como um dos princípios gerais que regiam o processo penal.

Alguns autores afirmam ainda, que a Presunção de Inocência seria a versão técnica do clássico *in dubio pro reo*³, entretanto a origem desse último está atrelada ao direito romano, por influência do cristianismo⁴. A presunção de inocência é um princípio mais abrangente que o *in dubio pro reo*, na medida que possui diversos desdobramentos, como será demonstrado ao longo do presente estudo

A presunção de inocência foi um postulado fundamental que norteou a reforma do antigo sistema repressivo inquisitorial, fundada na estrutura romano-canônica, que estava em vigência desde o século XII.⁵ Nesse referido sistema, o acusado não gozava de garantia ou proteção diante do arbítrio do Estado, que o presumia como culpado, tendo ele a incumbência de provar ser inocente. O poder estatal e a sociedade buscavam sempre a condenação. Ademais, o acusado podia ter sua prisão preventiva decretada arbitrariamente pelo juiz por tempo indeterminado.

A partir do Século XVIII, com a Europa vivendo o Iluminismo, surge necessidade de proteger o cidadão do poder punitivo do Estado, bem como, criar um equilíbrio entre a defesa e a acusação. Ganha voz a premissa de que é preferível um culpado absolvido a um inocente condenado.

³ GOMES, Luiz Flávio. Estudos de direito penal e processual penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.101.

⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de Inocência e Prisão Cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991, p.9.

⁵ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, pag.25.

A obra “Dos delitos e das penas” de Cesare Beccaria, escrita em 1764, é uma das precursoras da referida oposição ao Processo Penal Inquisitório. É uma obra em que se invoca a razão e o sentimento. Afirmava que as penas eram espécie de vingança coletiva. Segundo Beccaria:

“Um homem não pode ser chamado de culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”⁶

Durante o advento do Iluminismo, a Europa vive a Revolução liberal, desse movimento nasce o diploma marco dos direitos e garantias fundamentais do homem: A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembléia Nacional Francesa de 1789. E em seu artigo 9º, surge pela primeira vez positivada, a preocupação com a inocência do acusado na forma do “Princípio de presunção de inocência”, in verbis:

“Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.”

Porém, a ideologia do sistema do Processo Penal Inquisitório ainda era muito forte e as exigências de punições mais severas ainda permaneciam. Diante do exposto, havia enfraquecimento das conquistas dos liberais. Desta forma, resta evidenciado que o princípio da presunção de inocência não possuía suficiente expressividade para confrontar o aparato repressivo vigente por tantos anos.

Por isso, durante o século XIX e início do século XX, a presunção de inocência do acusado funcionou apenas como um forte tema de debate entre os seguidores das Escolas Penais.⁷

O forte debate se desenvolveu, principalmente, na Itália. A escola Clássica concebia o processo penal como possuidor de um duplo condão: castigar os delinquentes e evitar a condenação de inocentes, entretanto, o segundo era a maior

⁶ BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos Delitos e das Penas. Tradução J. Crettela Jr. e Agnes Cretella. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção constitucional de inocência e prisões processuais. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB (20 : 2008 : NATAL, RN). Anais da XX Conferencia Nacional dos Advogados: estado democrático de direito x estado policial: dilemas e desafios em duas décadas da Constituição. Luiz Edson Fachin, Gustavo José Mendes Tepedino, José Norberto Lopes Campelo. Brasília : Conselho Federal da OAB, 2009. 2v, p. 1320.

preocupação. Assim, viu-se na presunção de inocência a condição de legitimidade de procedimento penal objetivando a restrição da ação do acusador e do juiz, para evitar o arbítrio e o erro.

Em oposição ao pensamento supra, estava a Escola Positivista. Esta defendia o entendimento de que a presunção de inocência não era aplicável para quem confessasse espontaneamente ou fosse pego em flagrante delito.

Contudo, o maior contraponto à Escola Clássica era a Escola Técnico-Jurídica. De acordo com seus ensinamentos, o objetivo maior do Processo Penal seria reprimir a criminalidade. Manzini, defensor dessa escola, disciplinava que, a presunção de inocência contrapunha-se ao objetivo principal do processo. Em sua concepção, não ser considerado culpado, não se igualava a ser considerado inocente.⁸

Apesar dos notórios debates, a presunção de Inocência não ganhou força ao ponto de os legisladores a reconhecerem em leis e tratados. Somente após as atrocidades perpetuadas pelos regimes nazifascistas, nas quais diversas violações aos direitos humanos ocorreram, sobretudo na vigência da Segunda Grande Guerra, surge a necessidade de se positivar normas disciplinadoras. As legislações, tanto Constituições quanto tratados internacionais, passam então a dispor acerca da dignidade da pessoa humana e mais especificamente, sobre a presunção de inocência.

Os Direitos do Homem e do cidadão de 1789 foram reafirmados no Preâmbulo da Constituição Francesa de 1946 que, por sua vez, cuidou de reinserir o Princípio da Presunção de Inocência no ordenamento jurídico Francês.

Em 1948, a Organização das Nações Unidas reforça o princípio em análise ao introduzi-lo na Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), em seu artigo 11.1 da seguinte forma:

"toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei e em juízo público no qual sejam asseguradas todas as garantias necessárias à defesa"

⁸ NICOLITT, André Luiz. Manual de Processo Penal. 5ª ed. São Paulo: RT- Revista dos Tribunais, 2014. P.149.

Após a Declaração Universal dos Direitos do Homem, vários foram os tratados de direitos humanos que também previram o Princípio, pode-se citar a título de exemplo: Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem, em 1950 e o Pacto internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em 1966, entre outros.

Ainda em 1948, a Constituição Italiana, que apesar de não utilizar o termo presunção de inocência, expressava o conteúdo de garantia desse princípio em seu texto⁹. Em 1969, a Convenção sobre Direitos Humanos assinada na Conferência de San José, em Costa Rica, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, também determinou a presunção de inocência em seu artigo 8º "(...) toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se comprove legalmente sua culpa"

A Constituição da República Portuguesa, de 1976, igualmente estabeleceu a regra da presunção de inocência ao estatuir que "todo arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação". O mesmo ocorre na Constituição Espanhola de 1978, em que o princípio da presunção de inocência vem expresso como uma das garantias mínimas do processo penal.

Desta forma, percebe-se que no período pós-guerra, a presunção de inocência passou a ser tanto constitucionalizada, como prevista em tratados internacionais de direitos humanos, em decorrência disso, ganhou força e passou a ser uma relevante garantia ao acusado no processo penal. Além de se apresentar como uma grande conquista à matéria de direitos humanos.

A atual Constituição brasileira não cita expressamente a denominação "princípio da presunção de inocência", assim como a Carta Italiana de 1948, mas o afirma como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal e da persecução penal, ou seja, tanto na fase pré processual ou fase investigatória, quanto na fase processual propriamente dita ou ação penal.

O princípio da presunção de inocência tem duas aplicações: no campo probatório estabelece que, é ônus do órgão da acusação provar os fatos imputados ao réu. Caso não consiga produzir prova segura sobre a culpa do réu, ele deve ser

⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção constitucional de inocência e prisões processuais. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB... p. 1321.

absolvido. A segunda refere-se à presunção de inocência como regra de tratamento. Não pode ser dispensado ao investigado ou ao réu tratamento de culpado. Só se justifica a adoção de medidas que impliquem em restrições aos direitos do investigado ou acusado quando demonstrada a sua necessidade e razoabilidade. É no segundo campo que se insere a decretação da prisão preventiva.

1.2- Princípio da Presunção de Inocência no Nosso Ordenamento Pátrio.

Embora a Constituição de 1824 não tenha consagrado o princípio da presunção de inocência de forma explícita, em sua carta de direitos ela estabeleceu que ninguém, em regra, seria preso sem culpa formada. Contudo, a própria Constituição permitiu que tal prisão ocorresse nos casos previstos em lei, embora assegurasse que as prisões deveriam se sujeitar a controle judicial no prazo de 24 horas.

“art. 179- (...)

VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as.”

Da mesma forma dispõe a Constituição de 1891 em seu artigo 79, parágrafo 14:

“art. 79- (...)

§ 14 - Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvas as exceções especificadas em lei, nem levado à prisão ou nela detido, se prestar fiança idônea nos casos em que a lei a admitir”

Apesar de ambos os artigos versarem sobre a prisão antes da formação de culpa, nenhum deles garantiu o princípio da presunção de inocência, já que, de forma expressa deu ao legislador ordinário plena autonomia para estabelecer prisões antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Esse

raciocínio fica mais evidente, ao comparar os dispositivos supracitados com os da declaração francesa de 1789, já que na nesta, expressamente aduz que a prisão só pode ser decretada antes do trânsito em julgado quando se mostrar indispensável e atender o requisito da estrita necessidade.

Os textos constitucionais seguintes também não tiveram a preocupação de tutelar a presunção de inocência do cidadão. Somente a Carta Magna de 1988 o positivou. Porém, a forma como se encontra expressa gerou grande controvérsia acerca de seu real alcance.

Entretanto, alguns pontos são pacificados quanto a importância deste princípio. É inegável a carga ideológica trazida por esse princípio, na medida que exprime uma orientação do legislador de garantir o status de liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal do Estado.

Gomes Filho, citando Wroblewski, afirma que além do conteúdo ideológico, as presunções fundamentam-se também em valores técnicos, e no caso da presunção de inocência especificamente, “contribui para a segurança e a certeza do direito, indicando ao juiz a regra a ser obedecida no caso de incerteza sobre a culpabilidade”¹⁰, chegando assim, no clássico postulado do *in dubio pro reo*.

Todavia, não é só no momento da decisão que o princípio deve ser rigorosamente respeitado. Durante o processo o acusado ou indiciado não pode sofrer qualquer equiparação a condenado no que diz respeito à regra de tratamento.

Aury Lopes lembra ainda que a presunção de inocência também protege o direito à imagem do investigado ou do réu. A exposição midiática de alguém antes do trânsito em julgado da sentença condenatória apresentando-o como culpado é um grave desrespeito a tal princípio constitucional. Assim afirma o autor que “A presunção de inocência impõe limites à publicidade abusiva e estigmatização do acusado (diante do dever de tratá-lo como inocente)”.¹¹

Com todos esses inegáveis pontos, percebe-se que o princípio de presunção de inocência é uma forte arma do cidadão para equilibrar suas forças com o Estado.

¹⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991. P.36-37

¹¹ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 364.

Somente com igualdade entre as partes no processo penal é possível atingir a tão almejada justiça criminal democrática. E, como já dito anteriormente, essa concepção de igualdade deve permear por todo o processo para que seja justo.

1.3- Presunção de Inocência ou Presunção de Não Culpabilidade (Desconsideração prévia da culpabilidade).

Desde a promulgação da Carta Constitucional de 1988 houve relevante debate sobre o alcance e significado do princípio da presunção de inocência. A doutrina e a jurisprudência de nossos tribunais superiores muito divergiram sobre seu conteúdo normativo. Dispõe o artigo 5^a, inciso LVII, da Constituição Federal: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;".

Da redação do artigo supracitado, extrai-se que o legislador foi influenciado pela Carta Constitucional Italiana, na medida em que adotou a expressão "ninguém será considerado culpado", como no modelo italiano, ao invés de afirmar que ninguém seria considerado ou presumido inocente, como no artigo 9^a da Declaração do Direito do Homem e do Cidadão Francesa de 1789.

Alguns autores diferenciam a presunção de inocência e a presunção de não culpabilidade (também chamado de desconsideração prévia da culpabilidade). Entretanto, na doutrina contemporânea, muitos autores não fazem mais a distinção sob o argumento de que, se não for considerado culpado, só resta ser considerado inocente. E não raras vezes as duas expressões são usadas como sinônimos. A exemplo, temos alguns julgados:

*CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. NECESSIDADE DE SER RESGUARDADA A INTEGRIDADE DA VÍTIMA. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. ORDEM DENEGADA. I. A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada **pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade**, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação. II. Não se vislumbra ilegalidade na decisão que decretou a prisão preventiva do*

paciente, se demonstrada a necessidade da prisão cautelar, atendendo-se aos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante. III. Justifica-se a imposição da medida constritiva para fins de resguardar a integridade física da vítima, por conveniência da instrução criminal e como forma de garantir a aplicação da lei penal. Precedentes. IV. Ordem denegada. (grifos meus)

(STJ - HC: 232548 MG 2012/0022007-2, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 26/06/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2012)

“STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 1417984 SC 2013/0377223-1 (STJ)

Data de publicação: 12/12/2013

*Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. CRIMINAL. DESCAMINHO. QUANTUM INFERIOR A DEZ MIL REAIS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. ART. 20 DA LEI N. 10.522 /2002. SÚMULA 83/STJ. 1. A Terceira Seção deste Tribunal entende aplicável o princípio da insignificância no crime de descaminho, quando o débito tributário não ultrapassar o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), consoante o disposto no art. 20 da Lei n. 10.522 /2002. 2. No caso, o Tribunal a quo, ao considerar que o tributo iludido não ultrapassou a importância de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), houve por bem trancar a ação penal. 3. A tese esposada pelo Tribunal Regional consolidou-se em reiterados julgados da Sexta Turma deste Tribunal (Súmula 83/STJ). 4. Segundo julgados do Superior Tribunal de Justiça, inadequada a incidência de contribuições sociais para a configuração do descaminho, pois não há incidência de PIS e Cofins sobre a importação de bens estrangeiros objeto de pena de perdimento. 5. A existência de ações penais em curso em desfavor do réu não caracteriza reiteração criminosa, consoante remansosa jurisprudência deste Superior Tribunal, **em observância ao princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade**. 6. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 7. Agravo regimental improvido” (grifos meus)*

Paulo Rangel, presunção de inocência não é o termo mais adequado para nomear o princípio disposto no artigo 5^a, LVII da CF. O autor sustenta que, por força do texto constitucional, o réu não pode ser considerado culpado, mas também, não pode ser considerado inocente, logo, a Constituição Federal não presume a Inocência.¹²

¹² RANGEL, Paulo. Direito Processual Pena. 18^a ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010. p. 25.

Já Gomes Filho assegura que a Presunção de inocência existe sim no nosso ordenamento, e é um princípio informador do processo penal brasileiro assegurado por duas fontes legislativas: o artigo 5^a, inciso LVII da Constituição brasileira e o artigo 8.1. da Convenção Americana sobre direitos humanos. Sustenta o autor que, com o depósito da Carta de Adesão a essa convenção, em 25 de setembro de 1992, caiu o argumento, baseado em interpretação literal do disposto na Constituição, de que o constituinte não teria adotado o princípio da presunção de inocência, mas teria apenas se limitado a declarar a não culpabilidade, princípio que seria em tese abrangente. Isso porque o artigo 8.2 prevê claramente que se presumirá a inocência do acusado¹³, *in verbis*: “2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa (...)”

Entretanto, embora a discussão sobre a terminologia adotada pelo legislador constituinte pudesse ser a princípio relevante para se estabelecer o conteúdo normativo do princípio, após quase trinta anos da promulgação da Constituição, a tendência de nossos Tribunais é dar ao mesmo alcance bastante amplo, como se verá especialmente quando no tópico do presente trabalho sobre a prisão preventiva.

1.4- Aplicação Do Princípio da Presunção de inocência

O importante é conhecer as dimensões e aplicabilidade do princípio. Pode-se, assim, categorizar os quatro desdobramentos do Princípio da presunção de inocência, resumidamente em:

1.4.1 - Regra de tratamento

Deve ser considerado inocente o cidadão, ainda que contra ele seja imputada suspeita de prática criminosa. Enquanto não houver sentença condenatória

¹³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Revista dos advogados, São Paulo, n. 42, abril de 1994. P. 31.

transitada em julgado, não pode haver diferenciação para um outro cidadão que não esteja sujeito a um processo.

Desta forma, tal princípio impede a antecipação da pena funcionando como limitação ideológica à aplicação das prisões cautelares. Além de atuar, também, diretamente sobre os limites da exposição pública do imputado e assim, preservá-lo para que nada macule a sua imagem e para que seja preservado seu estado de inocência. Desta forma, podemos perceber que a presunção de inocência gera regras tanto para o Estado como para os demais indivíduos, na medida que os direitos fundamentais do cidadão devem ser respeitados por todos.

a) Proibição do uso de algemas no Tribunal do Júri.

No tribunal do Júri os réus são julgados por pessoas leigas, e essas não necessariamente utilizam de critérios técnicos para formar seu convencimento sobre a culpa do acusado. Desta forma, se o réu permanece algemado durante o julgamento, a defesa é posta em patamar de desvantagem, uma vez que à primeira vista parece ser o réu um criminoso perigoso por estar algemado. Tal situação viola fortemente a presunção de inocência do acusado. Ainda que preso, o status de inocente do réu deve ser mantido e o uso de algemas se contrapõe a esse direito, uma vez que associa ao acusado à imagem de culpado.

Com intuito de coibir essa prática e preservar o princípio da presunção de inocência, a Lei 11.689 de 2008 alterou o artigo 474 do Código de Processo Penal e incluiu o §3º que determina expressamente:

§ 3º Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.

Mas, a problemática da utilização das algemas não se restringe somente ao momento do plenário do júri. As reportagens criminais ganham cada vez mais espaço nos meios midiáticos, essas incitam a população a presumir a culpa do réu antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e as imagens dos réus algemados contribuem ainda mais para isso, maculando ferozmente a presunção de

inocência, além da dignidade da pessoa humana. Com a internet, as imagens se perpetuam tornando mais difícil que o acusado se desvincule do estigma de culpado.

Após enfrentar todas essas questões e decidir reiteradas vezes acerca da excepcionalidade do uso de algemas, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante 11, *in verbis*:

“Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”

Deste modo, percebe-se que em qualquer situação a utilização de algemas é sempre excepcional, devendo ser o último recurso diante da resistência, possibilidade real de fuga ou perigo a integridade física. Sobre o assunto, o ex-ministro Cezar Peluso afirmou, durante o debate e aprovação da súmula vinculante 11, que:

“Não basta o mero receio, pois qualquer um pode tê-lo; é preciso que haja algum fundamento para tanto, como, por exemplo, na detenção de um velho que não consegue andar, pode haver até o receio de fuga, mas ele não é fundado. Ou de perigo à integridade física própria, isto é, do próprio custodiado, ou alheia, por parte do custodiado”¹⁴

Assim, os dispositivos supracitados defendem o postulado constitucional da presunção de inocência na medida que preservam a imagem de inocente do acusado, impondo limites rígidos para o uso de algema. E a súmula ainda prevê as consequências em caso de descumprimento.

b) Para constituição de maus antecedentes.

A presunção de inocência garante ao acusado que nem Inquérito policial nem o processo penal em curso, ainda que com sentença condenatória recorrível,

¹⁴ STF, DEBATES QUE INTEGRAM A ATA DA 20ª (VIGÉSIMA) SESSÃO ORDINÁRIA, DO PLENÁRIO, REALIZADA EM 13 DE AGOSTO DE 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf acessado dia: 11 de junho de 2015.

poderão servir para constituir maus antecedentes, ou ainda, para valorar negativamente a conduta social ou personalidade do agente. Desta forma, fica claro que somente a sentença condenatória transitada em julgado é capaz de constituir um desses elementos supracitados e, assim, aumentar a pena base.

Acerca desse tema o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 444: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Recentemente, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina interpôs o Recurso Extraordinário de nº 591.054 para discutir a possibilidade de considerar como maus antecedentes a existência de procedimentos criminais em andamento contra o sentenciado, para fins de dosimetria da pena.

Entretanto, mais uma vez foi reafirmado o entendimento fundamentado no postulado constitucional da presunção de inocência como direito fundamental do cidadão, servindo como bloqueio à imposição prematura de qualquer medida que afete ou restrinja seu status de inocente. Sobre o julgado afirma o Ministro Celso de Mello:

“Tais situações não permitem que se considere a existência de maus antecedentes diante de um direito fundamental constitucional que assegura, em favor de todos e de cada um de nós independentemente da natureza do ilícito penal supostamente perpetrado, o direito fundamental de sempre ser presumido inocente até o advento do trânsito em julgado”¹⁵

Tal decisão não deveria ser diferente já que o Processo Penal atual deve ser interpretado a luz da Constituição Federal. Além disso, o Ministro Marco Aurélio afirma que tal entendimento está em absoluta consonância com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos que se refere ao artigo 8º, § 2º, do Pacto de São José da Costa Rica¹⁶ como elemento essencial para a realização efetiva do

¹⁵ STJ, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=282183> acessado dia 12 de junho de 2015.

¹⁶ “8. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa(…)”

direito à defesa, e deve acompanhar o acusado até a sentença condenatória irrecorrível.¹⁷

Ao final do julgamento do supracitado recurso o Ministro Celso de Mello sustentou ser recomendável a elaboração de uma súmula vinculante sobre a controversa constitucional superada no julgado.¹⁸

1.4.2- Regra para a distribuição do ônus da prova

O cidadão é presumidamente inocente, então não cabe a ele provar sua inocência, essa já é presumida, cabe ao Estado (Ministério Público) provar a veracidade dos fatos imputados ao acusado. Entretanto, a doutrina diverge com relação à totalidade desse ônus, alguns autores acreditam que absolutamente todo o ônus da prova é da acusação e outros defendem que não.

Paulo Rangel sustenta, de forma divergente da corrente majoritária, que absolutamente todo o ônus da prova recai sobre o Ministério Público. Se o réu tem um alíbe, cabe ao Ministério Público provar a inexistência desse alíbe. Para ele, sejam as causas excludentes de ilicitude, culpabilidade ou extinção da punibilidade, bem como os elementos subjetivos do tipo, dolo ou culpa, cabe ao Ministério Público provar sua existência ou não. O autor ainda afirma:

*“O réu, ao alegar uma causa de excludente de ilicitude, impõe ao Ministério Público o ônus de provar que os elementos que integram essa figura permissiva não estão presentes. Ou seja, que não há uso moderado dos meios nem meios necessários, muito menos agressão injusta”.*¹⁹

¹⁷ Julgamento do REXT 591054, disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2631969&numeroProcesso=591054&classeProcesso=RE&numeroTema=129> p. 10. Acessado dia 11/06/15.

¹⁸ Julgamento do REXT 591054, disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2631969&numeroProcesso=591054&classeProcesso=RE&numeroTema=129>

¹⁹ RANGEL, Paulo. Direito Processual Pena. 18ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010. p. 29.

Afrânio Silva Jardim coaduna com o pensamento de Paulo Rangel quando argumenta que *“O ônus da prova, na ação penal condenatória, é todo da acusação e relaciona-se com todos os fatos constitutivos do poder-dever de punir do Estado”*²⁰

No Livro “Dicionário Universitário de Princípios Jurídicos”, Simone Schreiber defende que o ônus de provar a participação dos imputados e os fatos que integram o tipo penal é do Ministério Público. Entretanto, depois destes provados, presume-se contra o réu a ilicitude e a culpabilidade. Deste modo, o ônus da prova, em relação às causas excludentes de ilicitude e de culpabilidade, será da defesa.²¹

Eugênio Pacelli também coaduna com o entendimento majoritário acima citado, quando afirma em seu livro:

*“Cabe, assim, à acusação, diante do princípio de presunção de inocência, a prova quanto à materialidade do fato (sua existência) e de sua autoria, não impondo o ônus de demonstrar a inexistência de qualquer situação excludente de ilicitude ou mesmo da culpabilidade. Por isso, é perfeitamente aceitável a disposição do art. 156 do CPP, segundo o qual “a prova da alegação incumbirá a quem fizer”*²²

1.4.3- Regra de Julgamento

O princípio também se desdobra no clássico do *in dubio pro reo*. Ou seja, orienta a decisão do juiz no momento do julgamento, determinando que em caso de dúvida, a decisão do juiz não pode ser outra, senão pela absolvição.

Algumas vezes, o princípio da presunção de inocência é usado como sinônimo do *in dubio pro reo*. Mas não são sinônimos. O primeiro atua antes mesmo de iniciado o processo (já está presente no Inquérito policial) até o trânsito em julgado de sentença condenatória, rege todos os casos e se apresenta como um direito subjetivo do cidadão. Já o Segundo atua no julgamento no momento da decisão, só rege os casos em que existe a dúvida e é uma regra de julgamento dirigida ao Juiz.

²⁰ JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal: Estudo e Pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1997.p. 214.

²¹ SCHREIBER, Simone. Dicionário Universitário de Princípios Jurídicos. Rio de Janeiro. Editora Elsevier Campus Jurídico, 2010, p. 426.

²² PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013. P. 334.

1.4.4- Regra de Garantia

Determina que só poderá ser aplicada sanção ao imputado, após ocorrer o julgamento pelo órgão competente do judiciário, além disso, o julgamento deve obedecer, exatamente, as regras impostas pelo devido processo legal. E suas regras determinam que não se admite punição como antecipação da pena, tampouco, por determinação de algum órgão não competente dentro ou fora do judiciário. Além disso, a regra da garantia também faz referência aos meios de prova e de obtenção delas, esses devem respeitar estritamente as regras do ordenamento, não sendo permitidas as provas ilícitas.

Nicolitt²³, ainda na regra de garantia, partindo dos ensinamentos de Germano Marques da Silva, defende que, o imputado tem direito de que seja presumida sua inocência, assim, impõe ao Ministério Público o dever de apresentar todas as provas tanto as desfavoráveis ao réu, quanto as favoráveis. E preceitua a estreita legalidade na atividade da Polícia e do Ministério Público.

²³ NICOLITT, André Luiz. Manual de Processo Penal. 5ª ed. São Paulo: RT- Revista dos Tribunais, 2014. P.152.

2- O SISTEMA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL

2.1- Da Cautelaridade.

O processo é uma atividade formada por uma sequência de atos que se desenvolvem no tempo. Através dele, interesses opostos buscam uma solução para seu litígio. Para que a solução final do processo alcance a tão almejada justiça, deve-se observar atentamente o devido processo legal e a ampla defesa, entre outros princípios.

Como o processo demanda tempo, a técnica processual faz uso de medidas cautelares para diminuir os riscos, objetivando assegurar os meios para que a decisão futura seja justa e eficaz.

Parte da doutrina defende a existência de um processo penal de conhecimento e de um processo penal de execução, mas afirma que inexistente no sistema legal brasileiro um processo penal cautelar. Isso porque não existe uma ação específica que promova um processo cautelar autônomo em relação ao processo de conhecimento. Nicolitt²⁴ afirma que tal entendimento se deve ao fato de muitos autores usarem como critério para caracterizar uma ação autônoma o surgimento de uma nova relação jurídica.

Ainda afirma o autor²⁵ que na nossa doutrina a tendência dominante é no sentido do reconhecimento do processo penal cautelar, ainda que seja um processo sem muita autonomia em relação ao processo de conhecimento e de execução. Até porque negar a existência do processo cautelar ao argumento de que não há nova relação jurídica levaria também à negativa da existência do processo de execução penal, visto que este se apresenta como mais uma fase do processo de conhecimento.

²⁴ NICOLITT, André Luiz. Manual de Processo Penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. P.422-423.

²⁵ NICOLITT, André Luiz. Manual de Processo Penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. P.422-423.

Em contrapartida, Rogério Tucci²⁶ defende que não se pode falar em ação cautelar, já que o processo penal seria formado apenas por ações cognitivas e executivas. O autor sustenta a existência apenas de medidas cautelares que podem ser adotadas no curso da investigação preliminar, do processo de conhecimento e até mesmo do processo de execução. Seriam as prisões cautelares, sequestros de bens, hipoteca legal e outras, medidas incidentais em que não há o ajuizamento de ação e instauração de processo autônomo.

Para os fins do presente estudo, analisaremos tão somente as medidas cautelares pessoais, das quais a prisão preventiva é uma espécie, deixando portanto de lado o estudo das medidas cautelares patrimoniais e probatórias.

A reforma do Código de Processo Penal de 2008 introduziu na nossa legislação as medidas cautelares pessoais alternativas à prisão (art. 319 do CPP). São medidas evidentemente menos gravosas do que as prisões cautelares, uma vez que não privam completamente o investigado ou acusado de sua liberdade, um direito fundamental do cidadão. Já as prisões cautelares devem ser aplicadas em último caso, e são categorizadas como: prisão em flagrante, prisão preventiva em *stricto sensu*, prisão temporária e prisão domiciliar²⁷

Como já visto, a prisão cautelar não pode ser utilizada como antecipação da pena, já que a presunção de inocência cria limites para a aplicação de tal medida. Ela nada mais é do que uma espécie de medida cautelar, embora seu efeito prático seja idêntico ao da pena de privação de liberdade.

A prisão deve ser encarada como exceção e nunca como regra, a regra será sempre a liberdade. Todavia, em certos casos torna-se necessária a decretação das prisões para o bom andamento do processo. Mas deve ficar claro que somente se tornará legítima a prisão cautelar que tenha por finalidade a tutela processual para objetivar a justa apuração do fato delituoso, para assim, proteger o processo de conhecimento e o processo de execução. Ou seja, as prisões cautelares servem para assegurar que o processo se desenvolva bem, além de garantir que uma possível condenação, ao final do processo, seja executada.

²⁶ TUCCI, Rogério Lauria. Teoria de Direito Processual Penal. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. P. 107

²⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 649

Fica assim evidente, que a prisão cautelar não pode ser utilizada como política pública de combate a violência. Paulo Rangel²⁸ ressalta que o poder Judiciário não pode atuar em substituição ao Executivo, somente quando provocado por ação própria em decorrência de omissão ou ação lesiva a direito de terceiro. Partindo de tal premissa, o autor afirma:

*“A medida cautelar tutela o processo e não o direito material discutindo neste processo. O direito material é objeto do processo de conhecimento. A medida cautelar é objeto de processo cautelar. Portanto, a medida cautelar serve de instrumento para se atingir o fim colimado pelo processo de conhecimento, qual seja: a solução do caso penal”.*²⁹ (grifo meu)

A partir desse entendimento, o artigo 282, inciso I do Código de Processo Penal se torna criticável.

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

*I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, **para evitar a prática de infrações penais;***

Sendo o sistema cautelar instrumental, ele deveria satisfazer a tutela jurisdicional. Cabem às medidas cautelares somente tutelarem o processo, caso contrário se configuraria violação à presunção de inocência. Como se pode observar na parte final do inciso I do artigo supracitado, o termo “evitar a prática de infrações penais” parece conferir às medidas cautelares o mesmo objetivo dado a pena, o controle social. O que é criticável já que isso representaria uma antecipação dos efeitos da pena, violando a presunção de inocência, e assim, seria inconstitucional.

Cabe ressaltar que, ainda que o imputado esteja preso, tal situação não modifica seu status jurídico de inocente, uma vez que o juízo que decreta a prisão a faz por entender que sua liberdade prejudica a instrução probatória ou a efetividade da sentença condenatória que vier a ser proferida. Não há na decretação da prisão cautelar nenhum juízo antecipado de culpabilidade. A prisão só deve ser adotada em último caso e justificadamente, como veremos adiante.

²⁸ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 19 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. P. 723

²⁹ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 19 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. P. 723

2.2 - Fumus Commissi Delicti e Periculum Libertatis

A doutrina tradicional defende que são dois os requisitos, ou pressupostos, para a decretação da medida cautelar: o *periculum in mora* e *fumus boni iuris*. Ambos vieram por analogia ao processo civil.

Periculum in mora pode ser explicado como probabilidade de perda da eficácia da tutela jurídica pleiteada, devido ao transcurso do tempo, que pode fazer com que a prestação jurídica seja inócua. Para que isso não aconteça, autoriza-se o uso das medidas cautelares. Em outras palavras, trata-se da probabilidade de lesão a prestação jurisdicional futura que deve ser tutelada pela medida cautelar. O *periculum* traduz-se no binômio urgência e necessidade.³⁰

Já o *fumus boni iuris* é a fumaça do bom direito. É a possibilidade de ao final do processo a sentença ser favorável ao autor. Ou seja, a possibilidade do autor ter razão em seu pleito.

Divergente dessa linha de pensamento, Aury Lopes Jr.³¹ critica a doutrina que traz mecanicamente para o processo penal os requisitos e fundamentos das medidas cautelares do processo civil. Critica assim o uso das categorias do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para o estudo das cautelares penais. O autor defende que o processo penal guarda suas particularidades o que justifica o uso de institutos próprios que muitas vezes não guardam correlação com os de processo civil.

Não se pode assim afirmar que, para decretação da prisão cautelar, é preciso ter o *fumus boni iuris*. Seria uma incoerência jurídica e semântica afirmar que a prática do delito é a fumaça do bom direito, uma vez que a ocorrência de um delito é o oposto disso.

O primeiro requisito para a decretação da prisão cautelar é assim o *fumus commissi delicti*, ou seja, a probabilidade da ocorrência de um delito. O art. 312, *fine*, do Código de Processo Penal, institui esse requisito como “prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”.

³⁰ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 19 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. P. 729.

³¹ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p. 589.

O equívoco se estende quando a doutrina tradicional aponta o *periculum in mora* como outro requisito para a medida cautelar. Nesse caso, ainda segundo o Professor Aury Lopes Júnior³², ocorreria um duplo equívoco. O primeiro terminológico, em razão de o *periculum* não ser um requisito, e sim um fundamento.

Marcelo de Moraes Hartz e Cristiano Ribeiro Ritta são os que da melhor forma explicam a diferença entre requisitos e fundamentos. Entretanto, eles denominam de pressuposto aquilo que Aury Lopes Jr. chama de requisito. Seriam os pressupostos ou os requisitos o caminho percorrido pelo aplicador do Direito a fim de verificar a possibilidade de impor ao acusado medida cautelar privativa de liberdade. Por pressuposto (ou requisito) se tem as circunstâncias básicas de natureza objetiva (relacionadas com o fato e o crime), e subjetiva (relacionadas com o acusado) que legitimam a decretação da prisão preventiva.³³

Já fundamento, seriam as hipóteses expressas em lei que justificam a necessidade da prisão preventiva para a devida cautela no processo ou de direitos (individuais ou coletivos). Assim, o fundamento seria a razão, o motivo, a finalidade da prisão.³⁴

E o segundo decorreria do fato de o *periculum in mora* ser visto como risco derivado do atraso inerente ao tempo que transcorre até a sentença definitiva do processo. Esse conceito é perfeito para as medidas cautelares reais, entretanto, no processo penal o problema não é o tempo, mas sim, a situação de perigo criada por possíveis atos do imputado.

Deste modo, o risco é que o imputado fuja, impedindo a execução da possível condenação. Ou ainda, risco de causar prejuízo ao processo devido ausência do acusado. Também deve ser considerada, a possibilidade de prejuízo ao bom andamento do processo por uma conduta do agente. Assim, conclui-se que o risco nasce da liberdade do acusado, devendo ser denominado então de *periculum libertatis*. E esse risco de liberdade deve ser provado, não pode ser presumido, já que a presunção que norteia a prisão processual é a presunção de inocência.

³² LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 590.

³³ HARTZ, Marcelo de Moraes; RITTA, Ribeiro Cristiano. Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal: A Lei nº 12.403/2011 e a Nova Sistemática da Prisão Preventiva. Nº 69. Porto Alegre: Síntese, 2011. P. 25

³⁴ HARTZ, Marcelo de Moraes; RITTA, Ribeiro Cristiano. Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal: A Lei nº 12.403/2011 e a Nova Sistemática da Prisão Preventiva. Nº 69. Porto Alegre: Síntese, 2011. P. 27

Assim, conclui-se que apesar do o *periculum in mora* e *fumus boni iuris* serem perfeitos requisitos para as medidas cautelares no processo civil, esse mesmo raciocínio não pode ser aplicado nas medidas cautelares do processo penal, devido as diferenças que esses dois ramos do direito processual guardam entre si. Então, pode-se dizer que o requisito para a prisão cautelar é *fumus commissi delicti*, e o fundamento *periculum libertatis*.

2.3- Inexistência do Poder Geral de Cautela no Processo Penal.

Até a Lei 12.403, de maio de 2011, o sistema cautelar era muito limitado, visto que, o Juiz só teria duas opções: prisão cautelar ou liberdade. A liberdade podia ser restabelecida através do relaxamento de prisão (art. 5º, LXV da CF)³⁵, revogação da prisão preventiva (art. 316 do CPP)³⁶ ou liberdade provisória (art. 310,III do CPP).³⁷

Apesar de não haver previsão de outras medidas cautelares pessoais na lei, apenas a decretação da prisão, concessão de liberdade provisória, com ou sem arbitramento de fiança, muitos juízes revogavam a prisão mediante “condições”. Impunham medidas aos acusados, como entrega de passaporte por exemplo, aplicando para tanto, por analogia, o artigo 798 do Código de Processo Civil³⁸. Entretanto, a adoção de medidas cautelares não previstas expressamente na lei processual penal feria a legalidade.

³⁵ CF, art. 5º “LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”

³⁶ CPP, art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

³⁷ CPP, “Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

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

³⁸ Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Diferentemente do que acontece no processo civil, no processo penal não existe o poder geral de cautela, já que nesse âmbito a observância da forma deve ser entendida como uma garantia ao acusado e limite do poder punitivo do Estado.

Como se extrai da literalidade do art. 798 do Código de Processo Civil, o poder geral de cautela confere ao juiz a atribuição de decretar medidas de caráter cautelar não previstas em lei, sempre que o direito objeto da lide esteja sob risco de lesão grave ou de difícil reparação, em decorrência do comportamento indevido adotado por uma das partes no processo.

No processo penal só são aceitas as medidas cautelares nominadas, ou seja, previstas na lei, visto que, o processo penal é instrumento limitador do poder punitivo estatal, e deve observar estritamente as regras do devido processo legal. O Princípio da Legalidade norteia o processo penal, inclusive as medidas cautelares, não dando brechas para criação de medidas inominadas. Acerca do princípio supracitado, afirma o professor Nilo Batista que “o princípio da legalidade constitui a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo”³⁹.

A liberdade individual não precisa ser justificada ou legitimada. Ao contrário, o poder punitivo deve ser sempre vinculado e limitado, sob pena de ser abusivo e ilegítimo. Percebe-se então, que é intolerável que um direito fundamental como a liberdade seja mitigado com fundamento em aplicação analógica de um instituto do direito processual civil.

Atualmente, com o advento da lei 12.403/2011, as medidas que outrora eram impostas ilegalmente por juízes passaram a constar no rol de medidas cautelares nominadas. Entretanto, isso não significa que o poder geral de cautela passou a existir no processo penal. A única mudança é que agora se tem mais possibilidades de medidas cautelares, mas em momento algum foi adotada uma cláusula geral que desse liberdade ao juiz para impor medida não prevista na lei.

Deste modo, os artigos 319 e 320 apresentam um rol taxativo de medidas cautelares existentes no processo penal e o juiz poderá escolher dentre elas a mais

³⁹ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2011. P.63.

adequada para o caso, podendo cumulá-la ou não com outra, podendo substituir por outra, caso a escolhida não se mostre eficiente na prática. São elas:

“Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou 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.

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.”

O incremento do rol de medidas cautelares diversas da prisão reforça a ideia de que a prisão cautelar deva ser decretada como *ultima ratio*, já que a prisão deixa de ser a primeira e única opção do juiz, e passa a ser uma dentre as outras medidas, sendo ademais a que deve ser adotada por último, uma vez que, a regra constitucional é de buscar sempre a liberdade plena no indivíduo.

Se essa não for possível, procura-se a medida que menos restrinja esse direito. Vale ressaltar que a Constituição deve servir de guia para a interpretação de qualquer outra lei ou norma do ordenamento jurídico. Assim, toda interpretação deve

buscar os valores consagrados na Carta Magna de 1988. No caso específico, devem ser tutelados o princípio da presunção de inocência e a liberdade do indivíduo, e por isso, deve-se preferir sempre as medidas que mitiguem menos esses direitos. Não é outra a orientação adotada pela lei 12403/11. Os artigos 282, § 4º e 310, inciso II, do CPP consagram a adoção da prisão cautelar como última medida dentre as demais cautelares pessoais, *verbis*:

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

§ 4o No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único)

(...)

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão”(grifos meus)

Nicolitt⁴⁰ afirma que atualmente as medidas cautelares tem um nítido corte em 3 segmentos: a liberdade, a prisão processual e as medidas cautelares diversas (ou alternativas) a prisão.

2.4- Princípios Cautelares.

Em face da constitucionalização do direito penal não há como falar de medidas cautelares sem mencionar os princípios que as regem no nosso sistema. Nas prisões cautelares, principalmente, a observância desses princípios é imprescindível para que se possa conciliar a decretação da prisão do investigado ou do acusado antes do trânsito em julgado o princípio constitucional da presunção de inocência.

⁴⁰ NICOLITT, André Luiz. Manual de Processo Penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. P.425.

2.4.1- Jurisdicionalidade

Qualquer prisão cautelar somente pode ser decretada por ordem judicial de juiz competente, já que são medidas de restrição a direitos consagrados na Constituição Federal. A Jurisdicionalidade tem base no artigo 5º, LIV da Constituição que determina que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Entretanto, está prevista na nossa Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXI, in verbis:

“LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (grifos meus)

Para Aury Lopes Jr⁴¹. a prisão em flagrante seria uma medida pré-cautelar, por isso seria uma precária detenção, já que pode ser feita por qualquer pessoa do povo ou autoridade policial. De fato, trata-se da única modalidade de privação de liberdade prevista na Constituição Brasileira que não exige decisão prévia fundamentada de juiz competente, como se extrai do inciso supracitado. Diversos incisos do próprio art. 5º da Constituição contudo estabelecem o imediato controle judicial da prisão em flagrante (incisos LXII a LXVI). A prisão deve ser comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará se for ilegal. Ademais, a Constituição assegura a concessão da liberdade provisória como direito subjetivo do preso.

Por sua vez, o art. 310 do Código de Processo Penal maximizou a proteção ao preso em flagrante, ao afirmar que o juiz deve necessariamente adotar uma das três medidas previstas no artigo quando analisar o auto de prisão em flagrante: 1. relaxar a prisão, caso verifique sua ilegalidade; 2. Verificar se estão presentes os requisitos que autorizem a decretação da prisão preventiva, proferindo decisão motivada nesse sentido e 3. Conceder a liberdade provisória, com ou sem arbitramento de fiança.

⁴¹ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 593.

Assim, ainda que haja situação de flagrante, a Constituição e o CPP determinam que tal prisão seja imediatamente jurisdicionalizada.

E caso a prisão se mostre ilegal deve ser impugnada via *Habeas Corpus*, como determina o artigo 5^a, inciso LXVIII da Constituição e artigo 647 c/c 648, III , ambos do Código de Processo Penal.

“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”

“Art. 647. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar”

“Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal: (...)

III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo”

A jurisdicionalidade é a garantia de que as restrições dos direitos e bens assegurados na Constituição e nas Convenções Internacionais somente serão feitas por decisões judiciais, a fim de evitar excessos e abuso de poder.⁴²

2.4.2- Motivação

O art. 93, incisos IX e X, da Constituição Federal, determinam que todas as decisões do Judiciário devem ser motivadas, tanto as administrativas quanto as jurisdicionais. É imprescindível, portanto, a motivação das decisões que decretam qualquer medida cautelar em desfavor da pessoa investigada e acusada.

“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;

X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros”

⁴² RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 19 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. P.725.

A motivação também está expressa no artigo 5º, inciso LXI da Constituição, que determina que toda prisão deve ser fundamentada. E o Código de Processo Penal ressaltou esse princípio em seu artigo 315, *verbis*: “A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”.

Esse princípio exige que na decisão de decretação da medida, sejam expostas as razões de fato e de direito que fundamentam a decisão. A simples exposição do dispositivo legal não atende a exigência desse princípio, assim como a motivação genérica também não o satisfaz. A fundamentação tem que possuir elementos individualizadores, ou seja, deve indicar os elementos concretos presentes no processo que permitiram tal decisão.

*Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE ACUSADO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. **AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DE PRISÃO FUNDADA EM ARGUMENTOS GENÉRICOS.** ORDEM CONCEDIDA. I – A prisão, antes da condenação definitiva, pode ser decretada segundo o prudente arbítrio do magistrado, quando evidenciada a materialidade delitiva e desde que presentes indícios suficientes de autoria. **Mas ela deve guardar relação direta com fatos concretos que a justifiquem, sob pena de mostrar-se ilegal.** II – **No caso sob exame, o decreto prisional está lastreado, tão somente, em suposições e fundamentos genéricos que serviriam para qualquer acusado em qualquer processo por tráfico de drogas. Tanto que a decisão é a mesma para os dois corréus,** no entanto, a corré encontra-se respondendo ao processo em liberdade. III – Não havendo mais qualquer constrangimento legal ao direito de locomoção do paciente, fica superado o alegado excesso de prazo para a formação da culpa, restando o writ prejudicado nesta parte. IV – Ordem concedida para revogar a prisão preventiva decretada contra o paciente, devendo ser expedido o respectivo alvará de soltura somente se por outro motivo não estiver preso.*

(STF - HC: 108518 SP, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 06/09/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-182 DIVULG 21-09-2011 PUBLIC 22-09-2011) (grifos meus)

*E M E N T A: “HABEAS CORPUS” – PRISÃO PREVENTIVA – **NECESSIDADE COMPROVADA DE SUA DECRETAÇÃO – DECISÃO FUNDAMENTADA – MOTIVAÇÃO IDÔNEA QUE ENCONTRA APOIO EM FATOS CONCRETOS** – GRAVIDADE CONCRETA DO FATO CRIMINOSO – LEGALIDADE DA DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO CAUTELAR – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL. – A privação*

*cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada ou mantida em situações de absoluta necessidade. – A questão da decretabilidade ou da manutenção da prisão cautelar. **Possibilidade excepcional, 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. Precedentes. DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO CAUTELAR DO PACIENTE. – Revela-se legítima a prisão cautelar se a decisão que a decreta encontra suporte idôneo em elementos concretos e reais** que – além de ajustarem-se aos fundamentos abstratos definidos em sede legal – demonstram que a permanência em liberdade do suposto autor do delito comprometerá a garantia da ordem pública e frustrará a aplicação da lei penal.*

(STF- HC 124922 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULG 03-03-2015 PUBLIC 04-03-2015) (grifos meus)

Infelizmente, na prática vemos inúmeras decisões com argumentações genéricas que são usadas para diversos casos diferentes. Essa triste prática impossibilita o controle das medidas cautelares, e deveria levar à nulidade da medida aplicada, como determina o artigo 93, IX da CF.

2.4.3- Contraditório

Aury Lopes Jr.⁴³ afirma que, ainda que seja um ilustre desconhecido do sistema cautelar brasileiro, o contraditório é muito importante e perfeitamente compatível com algumas situações de tutela cautelar, ainda que não com todos os casos. Submeter a questão ao contraditório antes da decisão é extremamente necessário quando se mostrar compatível com a medida a ser tomada.

Especialmente no momento da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, a audiência de custódia possibilitaria a formação da convicção do juiz em contraditório. Tal medida está prevista expressamente no artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, embora só recentemente venha sendo aplicada na prática judiciária brasileira:

“Artigo 8º - Garantias judiciais

⁴³ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 594.

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”

O ideal seria que o réu pudesse ser brevemente levado ao juiz para audiência de custódia, para que depois da audiência o juiz pudesse decidir fundamentadamente, com base também no que foi alegado pelo preso, se mantém ou não a prisão. Isso, provavelmente evitaria muitas prisões desnecessárias

Ao observar o artigo 282, § 3º do Código de Processo Penal, percebe-se que o legislador também considera o contraditório um princípio aplicável a algumas situações no sistema cautelar.

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

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo” (grifos meus)

A partir desse artigo, nota-se que o contraditório na aplicação de medidas cautelares é a regra, uma vez que o acusado deve ser intimado. Entretanto, como expresso no artigo supracitado, existem casos em que há ressalva.

Não se pode esperar que, o contraditório seja respeitado antes da decisão de decretação de prisão preventiva, quando esta for fundada no risco de fuga do réu, já que nesse caso, a demora acarretaria ineficiência da medida. Para essas situações, o contraditório deveria ser diferido, ou seja, o juiz deveria decretar a prisão preventiva e logo após marcar a audiência para que o acusado seja ouvido, para tentar mostrar a não necessidade da decretação da medida.

Nota-se então que deve haver um equilíbrio entre o princípio do contraditório e a realidade do caso concreto, isto é, o princípio será mitigado quando a decretação se fundar na urgência e risco de ineficácia da medida imposta. Mas nada impede que, ainda que posterior, ele seja respeitado.

De todos os casos, o previsto no artigo 282, § 4º do CPP é o que mais tem espaço para o contraditório. Na substituição ou cumulação das medidas, ou na

revogação da medida cautelar diversa de prisão para aplicação da prisão preventiva, é que se mostra a perfeita necessidade e adequação do acusado ser ouvido e contradizer as suspeitas sobre o descumprimento da medida imposta primeiramente.

2.4.4- Provisionalidade⁴⁴ ou Provisionariedade

A provisionalidade está expressa no artigo 282, parágrafos 4º e 5º, do Código de Processo Penal:

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

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único)

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”. (grifos meus)

As medidas cautelares são impostas a partir de situações fáticas. Então, na medida em que a situação se altera, altera-se também a necessidade e adequação da medida imposta.

Na prisão cautelar, principalmente, esse princípio deve ser rigorosamente observado, uma vez que, para a manutenção da prisão deve permanecer também o suporte fático legitimador que se apresente como *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*. Caso a situação se modifique deixando de existir ao menos um dos pressupostos da prisão, essa prisão não tem mais fundamento para se manter e passa a ser ilegal. Deve, então, ser dada a liberdade ao acusado, na medida em que ambos devem estar presentes para legitimar a prisão.

Assim, conclui-se que a prisão cautelar ou qualquer medida diversa, pode ser modificada, cumulada ou substituída, a depender da necessidade e adequação da situação, a qualquer tempo. A Lei 12.403/11 trouxe maior flexibilidade. Antes dessa lei o juiz só poderia manter a prisão ou revogá-la, concedendo em

⁴⁴ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 596.

substituição a liberdade provisória. Atualmente, com o vasto rol de medidas do art. 319, o juiz pode substituir a prisão por uma medida que restrinja menos o direito à liberdade e que se encaixe na necessidade e adequação do caso concreto.

2.4.5- Provisoriedade

A provisoriedade está relacionada com a duração que deve ter a medida cautelar. O ideal seria que a prisão cautelar se estendesse por período breve, mas infelizmente na realidade brasileira isso não acontece. Acerca do princípio em tela, Nicolitt aduz:

“As medidas cautelares também se revestem de provisoriedade, ou seja, devem ser temporalmente limitadas. 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”⁴⁵

A duração razoável da prisão cautelar é um grande problema, pois é uma situação totalmente indeterminada no sistema cautelar, com exceção da prisão temporária que tem seu tempo limitado em 5 dias para crime comum⁴⁶ e 30 para crime hediondo ou equiparado⁴⁷, sendo ambos prorrogáveis por igual período.

Através de diversas formas, tentaram solucionar essa indeterminação, mas nenhuma se mostrou eficiente. Aury Lopes observa que, o Projeto de Lei 4208 de 2001 tentou, em seu artigo 315-A, fixar o prazo da prisão preventiva em 180 dias em cada grau de jurisdição, esse prazo só não caberia quando o acusado tivesse dado causa à demora. Contudo, o dispositivo de limitação temporal acabou vetado na Lei

⁴⁵ NICOLITT, André Luiz. Manual de Processo Penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. P.437

⁴⁶ Lei 7.960. Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

⁴⁷ Lei 8.072. Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: § 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

12.403⁴⁸, mantendo-se o sistema anterior de não fixação de prazo de duração da prisão cautelar.

Outra tentativa veio por parte da jurisprudência que tentou fixar o prazo em 81 dias, soma dos prazos que compunham procedimento ordinário, antes da reforma de 2008. Se, ao final dos 81 dias não houvesse sentença de 1ª grau, o processo prosseguiria, mas o réu responderia em liberdade.

A lei 9.303, de 1996, Lei do Crime Organizado, determinava em seu artigo 8º que “O prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos por crime de que trata esta Lei, será de 81 (oitenta e um) dias, quando o réu estiver preso, e de 120 (cento e vinte) dias, quando solto”. Assim, tentou-se usar esse prazo para outros crimes por analogia, para tentar preencher essa lacuna existente. Mas, essa solução também não teve o dom de alterar a jurisprudência consolidada no sentido de que o prazo de 81 dias pode ser flexibilizado, dependendo da complexidade do caso concreto. É o que podemos observar no julgado abaixo:

“HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO E TENTATIVA DE ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO EM CONCURSO DE PESSOAS. GRAVE AMEAÇA EXERCIDA MEDIANTE ARMA DE FOGO. RÉU PRESO EM FLAGRANTE EM 09/04/2007. EXCESSO DE PRAZO. INEXISTÊNCIA. FEITO COMPLEXO. PLURALIDADE DE ACUSADOS E DE DEFENSORES. ADITAMENTO DA DENÚNCIA. REDESIGNAÇÃO DA DATA DA AUDIÊNCIA. NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA. INSTRUÇÃO ENCERRADA. SÚMULA 52/STJ. ORDEM DENEGADA. 1. A concessão de Habeas Corpus em razão da configuração de excesso de prazo é medida de todo excepcional, somente admitida nos casos em que a dilação (1) seja decorrência exclusiva de diligências suscitadas pela acusação; (2) resulte da inércia do próprio aparato judicial, em obediência ao princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º., LXXVIII da Constituição Federal; ou (3) implique em ofensa ao princípio da razoabilidade. 2. O período de 81 dias, fruto de construção doutrinária e jurisprudencial, não deve ser entendido como prazo peremptório, eis que subsiste apenas como referencial para verificação do excesso, de sorte que sua superação não implica necessariamente um constrangimento ilegal, podendo ser excedido com base em um juízo de razoabilidade. 3. No caso, o alegado excesso de prazo acha-se plenamente justificado pela complexidade do feito, com pluralidade de réus e defensores, exigindo a expedição de carta precatória para a citação e interrogatório do acusado, além do fato de ter havido aditamento da denúncia e redesignação da data da audiência. 4. Encontrando-se o processo na fase do art. 406 do CPP, inafastável, na espécie, o

⁴⁸ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 598.

enunciado 52 da Súmula desta Corte Superior, segundo o qual encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo. 5. Habeas Corpus denegado, em conformidade com o parecer ministerial.

(STJ - HC: 98934 SP 2008/0011652-2, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 28/05/2008, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 23.06.2008 p. 1)” (grifos meus)

Inclusive, nesse julgado temos também outro problema em relação ao princípio da provisoriedade. A súmula 52 do STJ que aduz “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”. Essa súmula se mostra criticável ao determinar o prazo final da contagem de tempo razoável do processo como o fim da instrução, e não a sentença.

Isto porque, infelizmente, nem sempre o final da instrução criminal significa iminência de prolação de sentença. Em regra, era para haver um curto lapso de tempo, entretanto, esse lapso temporal varia de caso a caso. Por isso, em determinados casos, a aplicação da súmula 52 do STJ pode levar à violação do princípio da provisoriedade, assim como, o princípio da duração razoável do processo previsto na Constituição Federal em seu art. 5º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Pelos motivos expostos, o próprio Superior Tribunal de Justiça passou a flexibilizar o entendimento dessa súmula, conforme mostram os julgados abaixo:

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. 1. DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A PRISÃO. 2. EXCESSO DE PRAZO. DILIGÊNCIAS COMPLEMENTARES REQUERIDAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. MAIS DE UM ANO PARA CUMPRIMENTO. **FLEXIBILIZAÇÃO DO TEOR DA SÚMULA Nº 52. GARANTIA DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.** RECURSO PROVIDO. 1. Não padece de ilegalidade o decreto prisional lastreado em elementos concretos a aconselhar a medida. 2. **Ainda que encerrada a instrução, é possível reconhecer o excesso de prazo, diante da garantia da razoável duração do processo, prevista no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição. Reinterpretação da Súmula nº 52 à luz do novo dispositivo.** 3. Recurso provido.*

(STJ, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 12/06/2007, T6 - SEXTA TURMA) (grifos meus)

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. PORTE ILEGAL DE ARMA. EXCESSO DE PRAZO CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. O excesso de prazo, segundo pacífico magistério jurisprudencial desta Corte, deve ser aferido dentro dos limites da razoabilidade, considerando circunstâncias excepcionais que venham a retardar a instrução criminal, não se restringindo à mera soma aritmética dos prazos processuais. 2. A segregação cautelar, por mais de dois anos, sem que a defesa tenha concorrido para a demora na formação da culpa, extrapola os limites da razoabilidade, configurando constrangimento ilegal. 3. **A Súmula 52 desta Corte não constitui óbice quando há dilação excessiva do prazo para a prolação da sentença não imputada à defesa, máxime após a superveniência do inciso LXXVIII do art. 5º da CF, inserido pela EC 45/2005, que eleva ao patamar de garantia fundamental a razoável duração do processo e os meios que assegurem a celeridade de sua tramitação.** 4. Ordem concedida para determinar a expedição de alvará de soltura, caso a paciente não se encontre presa por outro motivo.*

(STJ, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 20/06/2006, T5 - QUINTA TURMA)(grifos meus)

Desta forma, ressalta-se a necessidade da criação, o quanto antes, de limites temporais para a prisão preventiva. Enquanto não se instituir por lei tal limitação inclusive com previsão de sanção para seu descumprimento, muitos indivíduos serão esquecidos em prisões preventivas ilegais.

2.4.6 – Da excepcionalidade

As medidas cautelares, por serem restritivas de direitos fundamentais, são guiadas pela excepcionalidade. A liberdade é a regra sempre. Até por isso, se faz a crítica ao nome do instituto “liberdade provisória”, como chamar de provisória a regra constitucional, o direito fundamental? O que é provisório e excepcional é a prisão, jamais a liberdade.

Entre as medidas cautelares, a prisão seria a exceção da exceção, uma vez que essa só pode ser decretada quando nenhuma das outras medidas for suficiente para o caso concreto, como mostram os artigos 282, § 6º e 310, II, ambos do CPP, respectivamente:

Art. 282 – omissis.

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

Art. 310 – Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

Assim, nota-se o caráter de *ultima ratio* da prisão cautelar. Importante ressaltar também que a excepcionalidade possui forte ligação com o princípio da presunção de inocência.

Entretanto, o caráter de excepcionalidade parece ser esquecido, ou mesmo desconhecido, pela cultura popular e meios midiáticos que clamam pela prisão imediata como se essa fosse a solução para todos os problemas da criminalidade brasileira. Infelizmente, na prática algumas vezes esse clamor é atendido e muitas prisões são realizadas, deixando o caráter excepcional e o princípio da presunção de inocência só na teoria.

2.4.7- Proporcionalidade

A proporcionalidade é princípio essencial do nosso ordenamento, tanto para delimitar a atividade legislativa, quanto para servir de critério ao juiz na aplicação de qualquer medida. Ao decretar uma medida cautelar, o juiz deve ponderar entre o direito à liberdade do indivíduo e a eficácia da medida adotada. Além disso, deve ser sempre proporcional à realidade fática do caso. Acerca do tema Gomes Filho sustenta:

“É que no Estado democrático de direito, as leis que restringem direitos fundamentais, ainda que por autorização contida na própria constituição devem atender ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou da proibição de excesso. Como sublinha Canotilho, isso significa dizer, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação, feita por lei

*ou com base em lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com medida justa)*⁴⁹

A medida não pode tomar os contornos da pena final, caso isso aconteça estaria o juiz violando o princípio da presunção de inocência. Por isso, na ordem constitucional, qualquer medida de restrição a direitos fundamentais deve ser proporcional ao objetivo desejado.

A proporcionalidade ainda se divide em três subprincípios⁵⁰, são eles: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O primeiro subprincípio, a adequação, deve ser entendido como a relação entre a medida a ser aplicada e os fins pretendidos por ela. Isto é, exige que a medida adotada se mostre apta para atingir seus objetivos.⁵¹

O segundo está ligado estritamente à necessidade do caso concreto, determina que quando houver mais de uma medida apta para atingir os fins pretendidos, a menos lesiva aos direitos fundamentais deve ser imposta. Além disso, quando a necessidade cessar, deve a medida cessar também.

Acerca dos dois supracitados subprincípios, Guilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco sustentam, com base em decisões do Tribunal Constitucional Alemão, que:

*“os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais”*⁵²

O último, e não menos importante, é a proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação entre a gravidade da medida e a finalidade pretendida, representa a razoável proporção entre os meios e os fins pretendidos. Acerca do referido Gomes Filho assevera:

⁴⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Og, coord. Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 25.

⁵⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Og, coord. Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 26-27.

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 259.

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 257.

“Essa verificação supõe que se apresente ao juiz uma situação concreta em que, já assentadas a adequação e a necessidade, seja necessário ainda analisar se o sacrifício a ser imposto ao direito fundamental guarda relação razoável e proporcional com a relevância do interesse estatal que se pretende assegurar. Aqui cabe utilizar técnicas de contrapeso de bens e valores (...)”⁵³

⁵³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Og, coord. Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 27-28.

3- DA PRISÃO PREVENTIVA

Faz-se extremamente necessário o estudo das prisões provisórias em nosso país, visto que esse tipo de prisão representa 41% da população carcerária, segundo levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2014⁵⁴. É lastimável que esse tipo de medida seja decretado sem a real atenção à sua necessidade e adequação.

Como já mencionado, existem quatro formas de prisões cautelares: prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva e prisão domiciliar. Entretanto, a terceira será objeto do presente estudo. Já que, a prisão em flagrante e a prisão temporária são de curta duração e sua extensão se dá pela conversão em preventiva. E a última necessita dos mesmos requisitos da prisão preventiva, a sua diferenciação se dá por características pessoais do réu. A preventiva é classificada como a prisão cautelar por excelência e a responsável por enorme número de indivíduos presos antes da prolação de sentenças condenatórias irreversíveis.

Vale lembrar que tínhamos ainda as prisões em decorrência de sentença condenatória recorrível e de pronúncia, que eram compulsórias e genéricas. Mas, com positividade do princípio de presunção de inocência na Constituição Federal de 1988 tornou insustentável a permanência dessas duas modalidades no ordenamento jurídico.

Todavia, como tudo que é novo, houve resistência a esse pensamento. A súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça, já superada, é prova dessa resistência, sendo que a mesma estava redigida nos seguintes termos: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”. Como não? A presunção de inocência não vai se esvaziando conforme o passar das instâncias, ela tem a mesma força e alcance em todos os graus de jurisdição. Então, obviamente a prisão compulsória pela sentença condenatória recorrível ou em decorrência da decisão de pronúncia feria sim o referido princípio.

⁵⁴ Conselho Nacional de Justiça, Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf, acessado dia 20 de maio de 2015

Além disso, a prisão para recorrer limitava o acesso ao segundo grau de jurisdição. Alguns juristas denominaram essas prisões como processuais, já que a sua decretação era ligada a atos decisórios e a superação de etapas do procedimento. Não as consideravam cautelares porque seus objetivos não eram de resguardar as finalidades do processo.⁵⁵ Então, com a edição da Lei 11.719, no bojo da reforma do CPP de 2008, foi dada ao princípio de presunção de inocência mais efetividade, já que as chamadas prisões provisórias, decorrentes da sentença recorrível e da decisão de pronúncia, deixaram de fazer parte do nosso ordenamento.

É importante destacar que antes mesmo da reforma, a jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores já havia consolidado o entendimento da inconstitucionalidade de se exigir o recolhimento do réu à prisão para o exercício de seu direito de recorrer da sentença condenatória de primeiro grau, como pode ser observado no julgado abaixo:

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO.

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: CF, ART. 5º, LVII. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. CPP, ART. 594. GARANTIA VIOLADA.

- À luz da nova ordem constitucional, que consagra no capítulo das garantias individuais o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), a faculdade de recorrer em liberdade objetivando a reforma de sentença penal condenatória é a regra, somente impondo-se o recolhimento provisório do réu à prisão nas hipóteses em que enseja a prisão preventiva na forma inscrita no art. 312, do CPP.

- O direito de apelar em liberdade de sentença, assegurado pelo Código de Processo Penal, art. 594, não pode ser negado a réu que permaneceu em liberdade durante todo o curso do sumário, salvo se indicado no dispositivo da sentença fortes razões para a imposição da custódia processual.

- Recurso ordinário provido. Habeas-corpus concedido.

(STJ- RHC 13.026/SP, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 19/09/2002, DJ 21/10/2002, p. 400)” (grifos meus)

⁵⁵ ZILLI, Marcos. Revista Brasileira de Ciências Criminais: Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P. 476.

3.1- Do Requerimento da Prisão Preventiva

A prisão preventiva só pode ser decretada por juiz ou tribunal competente, em decisão fundamentada. Sua aplicação pode ocorrer em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal desde que haja real necessidade e adequação para a implementação da medida. Pode ser requerida através de pedido expresso do Ministério Público, do querelante ou assistente, ou mediante a representação de autoridade policial. Como determina o artigo 311 do Código de Processo Penal:

“Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”.

A controvérsia no artigo 311 do CPP refere-se ao fato de o juiz poder decretar de ofício a prisão preventiva. Vale esclarecer que, apesar dessa medida poder ser adotada a qualquer momento, até mesmo durante a investigação preliminar, com a redação dada pela lei 12.403/11, o Juiz só pode decretá-la de ofício depois de instaurada a ação penal.

A controvérsia supra referida é defendida por alguns juristas que acreditam que tal medida violaria o sistema acusatório e a garantia constitucional da imparcialidade do juiz. Aury Lopes Jr. é ainda mais crítico na análise de tal dispositivo legal.

“O erro é duplo: primeiro permitir a atuação de ofício (juiz ator = ranço inquisitório), (...) em segundo lugar, por empregar a expressão “no curso da ação penal”, quando, tecnicamente, o correto é “no curso do processo”. A ação processual penal é um poder político constitucional de inovação de atividade jurisdicional, que uma vez invocada e posta em movimento, dá origem ao processo. O que se move, tem “proceder”, é o processo e não a ação penal”⁵⁶

Entretanto, deve-se reconhecer certo avanço, já que a redação anterior do artigo permitia ao juiz decretar de ofício a prisão preventiva também na fase policial. Guilherme de Souza Nucci, concorda com a crítica de Aury Lopes, ao afirmar:

“Jamais deveria o magistrado decretar de ofício a prisão preventiva. Trata-se de medida drástica de cerceamento de liberdade, razão pela

⁵⁶ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P.633.

*qual haveria, sempre, de existir um expresse pedido da parte interessada (MP, assistente de acusação ou querelante)*⁵⁷

Ainda que nesse estudo compartilhe-se do entendimento expressado por Aury Lopes Jr e Nucci, vale registrar posição divergente do Engênio Pacelli, que sustenta que a imparcialidade do juiz não é atingida por tal artigo. Para o autor, compete também ao poder judiciário a proteção da efetividade do processo, sendo-lhe permitido assim adotar medidas que preservem o interesse da Justiça Penal. Pacelli ressalta que o interesse jurídico na decretação da prisão preventiva não se confunde necessariamente com o interesse das partes, uma vez que no processo penal não se busca somente a satisfação do interesse do autor, como ocorre no processo civil, mas sim de toda a comunidade jurídica, potencialmente atingida pela infração em tese praticada pelo réu.⁵⁸

Para encerrar esse debate, registra-se o entendimento de Tourinho Filho acerca do assunto, uma vez que se coaduna perfeitamente com o defendido no presente trabalho:

*“para que o Juiz ou o Relator possa decretá-la, à dicção do nosso Código de Processo Penal de 1941, elaborado sob a égide da Constituição Fascista de 1937, não haverá necessidade de provocação, poderá fazê-lo de ofício, isto é, sem solicitação de quem quiser que seja. Trata-se, pois, de um caso singular de jurisdição sem ação, uma vez que o Juiz, assim agindo, estará instaurando um processo cautelar sem ser provocado. É profundamente lamentável conceder o Juiz, que é o árbitro de pugna jus puniendi “versus” jus libertatis, o poder de decretar de ofício a prisão preventiva. A nosso ver o pedido deve provir do Estado- Administração (...)”*⁵⁹

Aury Lopes Junior⁶⁰ destaca mais uma problemática nesse artigo. Para ele, sua leitura poderia levar a erro, no que se refere ao requerimento da preventiva pelo querelante. Alerta que, através da interpretação do artigo 313, I do CPP⁶¹, não cabe prisão preventiva quando a pena do crime suposto for igual ou inferior a 4 (quatro) anos, o que tornaria a medida incompatível com crimes em que cabem ação penal

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 62.

⁵⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013. P. 568

⁵⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 686.

⁶⁰ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P.632.

⁶¹ “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”

privada. Para o autor, a explicação seria que o requerimento pelo querelante só seria cabível quando se tratar de ação penal subsidiária da pública.

3.2- Da Decretação da Prisão Preventiva

“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”

Já tratado neste estudo, o *fumus commissi delicti*, presente no artigo 312 do Código de Processo Penal na forma de “prova da existência do crime e indício de autoria”, é o requisito para a decretação da prisão preventiva. Em sede cautelar não se pode exigir certeza, mas será feito Juízo de forte probabilidade do ato ser típico, ilícito e culpável. Ademais, devem estar presentes elementos informativos suficientes que apontem envolvimento do requerido na prática do crime objeto da investigação ou da ação penal em curso.

Além do requisito aludido, deve estar presente também o *periculum libertatis*. Significa dizer que, a liberdade do imputado se apresenta como perigosa ao bom andamento do processo, criando espaço para a aplicação da prisão cautelar.

Essas situações são previstas no Código de Processo Penal como, riscos para: a ordem Pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou assegurar a lei penal. Entretanto, apesar da prisão provisória ser uma medida cautelar, nem todos as modalidades supracitadas possuem esse mesmo caráter. Algumas estão em desacordo com os princípios constitucionais.

3.2.1- Prisão preventiva por conveniência da instrução criminal.

Paulo Rangel crítica a redação do artigo ao defender que *conveniência* não seria a palavra ideal, visto que a instrução criminal não é conveniente, mas, sim necessária. Já que, diante dos postulados constitucionais da verdade processual, do

contraditório e do devido processo legal a instrução criminal é imprescindível para que se possa assegurar, ao acusado, todos os meios constitucionais de defesa.⁶²

Esta modalidade tem caráter tipicamente cautelar e instrumental ao processo, na medida em que busca unicamente garantir o regular andamento do processo penal objetivando contribuir para que a responsabilidade penal seja apurada corretamente, respeitando os postulados constitucionais e as garantias do acusado. E, deste modo, permitir que o Juiz forme sua convicção e atinja a verdade processual.

Pacelli⁶³ ressalta que a atuação do acusado ou seu defensor que tenha por objetivo a simples procrastinação da instrução por meios legais, obviamente, não se configura como fundamento para decretação dessa prisão.

A prisão preventiva só pode ser decretada com base na conveniência da instrução criminal quando o imputado age com intuito de prejudicar a produção probatória (a título de exemplo, pode-se citar a intimidação à testemunha, perito ou ao próprio ofendido). Demonstrando, desta forma, a presença do *periculum libertatis*. Já que, “a proteção da atividade probatória pode reclamar a adoção da medida extrema da prisão preventiva”⁶⁴

Todavia, essa medida não pode ser decretada com intuito de forçar o imputado a produzir qualquer tipo de prova, como conseguir um depoimento, pois, isso violaria a garantia do acusado à não autoincriminação, além de desrespeitar o direito ao silêncio.

3.2.2- Prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal

Como a modalidade anterior, essa hipótese também tem caráter evidentemente cautelar e se mostra em concordância com os princípios constitucionais que regem o sistema cautelar. É aplicável aos casos em que haja perigo real de fuga do acusado, frustrando assim, a execução de possível sentença condenatória.

⁶² RANGEL, PAULO. Direito Processual Penal. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 766.

⁶³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013. P. 555.

⁶⁴ PRADO, Geraldo; et. Al. Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas. Comentários à lei 12.403, de 04/05/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 137

O risco de fuga não pode ser presumido ou simplesmente especulado, deve ser fundamentado com razões concretas do caso real. No mesmo sentido, a argumentação baseada na simples invocação da situação econômica favorável do réu ou gravidade do delito não configuram tal modalidade.

Vale ressaltar que obviamente a prisão preventiva só será aplicada, para assegurar a lei penal, quando outra medida cautelar diversa da prisão, como a expressa no artigo 320 do Código de Processo Penal, por exemplo, não se mostrar suficiente no caso concreto. Rangel, entretanto, considera esse artigo elitista e inócuo e argumenta da seguinte forma:

“Típico dispositivo legal inócuo e elitizado. Dos cerca de 500 mil presos do sistema penitenciário 220 mil são cautelares. Pergunta-se: destes quantos tem passaporte a ponto de poderem se furtar a aplicação da lei penal fugindo do país? E mais: a saída do País pode se dar pelo transporte viário e aí não tem controle. E ainda: entre países do Mercosul não se exige passaporte entre os integrantes. O acusado, se quiser, pode sair pela Argentina e pedir novo passaporte na Embaixada brasileira(...)”⁶⁵

Apesar do texto de Rangel acima ser datado do ano de 2011, a relação entre população total carcerária e número de presos provisórios não se alterou muito, visto que segundo o CNJ, no ano de 2014, a população carcerária total era de 563.526 sendo 41% de presos aguardando julgamento, ou seja, aproximadamente 225.410.

3.2.3- Prisão preventiva como garantia da ordem econômica

Esta modalidade é pouco utilizada. Foi adicionada ao artigo 312 do CCP, pela lei 8.884/94. Serve para as situações nas quais o imputado impõe risco a tranquilidade do cenário econômico, que pode se configurar de várias formas: pelas reiteradas práticas que geram grandes perdas financeiras, por perda da credibilidade no sistema financeiro ou no mercado de ações, por desregular o funcionamento do sistema financeiro.

Pode ser considerada uma espécie de gênero da garantia da ordem pública, uma vez que quem comete um crime dessa magnitude, e mesmo durante a investigação ou o processo, não cessa com a prática delituosa, certamente também

⁶⁵ RANGEL, PAULO. Direito Processual Penal. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 767

provoca abalo na ordem pública.⁶⁶ Devido ao exposto, o uso forense desse argumento é raro, sendo preterido pelo fundamento da garantia da ordem pública.

Além disso, essa modalidade também é pouco utilizada porque as penas previstas no artigo 37 da lei 12.529/2011, para as infrações contra a ordem econômica do artigo 36 da mesma lei, são de multas ou outras medidas não privativas de liberdade, desse modo, impedem o cabimento da decretação da prisão preventiva. No artigo 4^a, I e II da lei 8.137/90 é que se pode observar as hipóteses de cabimento para essa modalidade.⁶⁷

Diferente das duas primeiras modalidades, a presente não possui caráter evidentemente cautelar, visto que não tutela o bom andamento do processo, tampouco, assegura que uma futura condenação seja inócua.

Antes mesmo desse fundamento ser incluído no rol de possibilidades para a prisão preventiva, a lei 7.492/86 (Lei de Crimes de Colarinho-Branco), já trazia em seu artigo 30 a previsão de decretação de preventiva em virtude da magnitude da lesão causada. Porém, onde está o caráter cautelar dessa fundamentação? Deste modo, firmou-se entendimento jurisprudencial de que é incabível a decretação da preventiva pelo argumento da magnitude da lesão causada, como se pode observar na seguinte decisão:

PROCESSUAL PENAL - RECURSO CRIMINAL - DENÚNCIA: GESTÃO TEMERÁRIA (LEI 7.492/86, ART. 4º)- BEMGE - PEDIDO DE PRISÃO PREVENTIVA, FORMULADO EM RAZÃO DA MAGNITUDE DA LESÃO - ORDEM PÚBLICA - INDEFERIMENTO PELO JUÍZO A QUO - ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - SECREGAÇÃO CAUTELAR: EXCEPCIONALIDADE - AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES AUTORIZATIVAS - DIRETRIZ JURISPRUDENCIAL DO STF - RECURSO IMPROVIDO. I - A jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que: a) a "privação cautelar da liberdade individual - qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia e prisão resultante de condenação penal recorrível) - não se destina a infligir punição antecipada à pessoa contra quem essa medida excepcional é decretada ou efetivada. É que a idéia de sanção é absolutamente estranha à prisão cautelar (" carcer ad custodiam "), que não se confunde com a prisão penal (" carcer ad poenam "); b) a utilização "da prisão cautelar com fins punitivos traduz deformação desse instituto de direito processual, eis que o desvio arbitrário de sua finalidade importa em manifesta ofensa às garantias constitucionais

⁶⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 65.

⁶⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 690.

da presunção de inocência e do devido processo legal"; c) a "gravidade em abstrato do crime não basta, por si só, para justificar a privação cautelar da liberdade individual do suposto autor do fato delituoso"; d) a "natureza da infração penal não se revela circunstância apta a legitimar a prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado." (HC 96.219 MC/SP, Rel. Min. Celso de Mello, e-DJF1 de 07/10/2008, p. 233). II - Na hipótese vertente, o representante do MPF, oficiante no 1º grau, pretende a decretação da prisão preventiva dos requeridos, acusados de gestão temerária em instituição bancária (Lei 7.492/92, art. 4º), **alegando apenas a magnitude da lesão sofrida pelo Sistema Financeiro Nacional - SFN. Acontece que "a magnitude da lesão é elemento do tipo penal, sendo neutra para efeito de segregação preventiva"** (HC 86.620/PE, Rel. Min. Eros Grau, DJU/I de 17/02/2006, p. 59). No mesmo diapasão: HC 87.577-MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU/I de 04/08/2006, p. 77 e HC 86.758-PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU/I de 02/05/2006, p. 22. **Portanto, não pode, isoladamente, respaldar a decisão de decretação da prisão preventiva**, como garantia da ordem econômica (ordem pública), devendo ser conjugada, no mínimo, com os demais pressupostos do art. 312 da Lei Adjetiva Penal. III - Inocorrentes os pressupostos da prisão preventiva, irretocável a decisão que indeferiu o pedido de segregação cautelar dos acusados. IV - Recurso improvido.

(TRF-1 - RSE: 37373 MG 2007.38.00.037373-4, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 25/11/2008, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 12/12/2008 e-DJF1 p.107)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA. DESNECESSIDADE. EXIGÊNCIA DE BASE CONCRETA. MAGNITUDE DA LESÃO E REFERÊNCIA HIPOTÉTICA À POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO DE INFRAÇÕES PENAIS. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS PARA A CUSTÓDIA CAUTELAR. 1. Prisão preventiva para garantia da ordem econômica. Ausência de base fática, visto que o paciente teve seus bens seqüestrados, não possuindo disponibilidade imediata de seu patrimônio. 2. **A magnitude da lesão não justifica, por si só, a decretação da prisão preventiva.** Precedentes. 3. Referências meramente hipotéticas à possibilidade de reiteração de infrações penais, sem dados concretos a ampará-las, não servem de supedâneo à prisão preventiva. Precedentes. Ordem deferida, a fim de cassar o decreto de
de prisão cautelar.

(STF- HC 99210, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-03 PP-01031) (grifos meus)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. PRISÃO PREVENTIVA.

FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

I - A prisão preventiva deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu jus libertatis antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na

sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constritiva só pode ser decretada se expressamente for justificada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal.

II - A simples referência ao art. 7º da Lei nº 9.034/95 não é justificativa idônea para a decretação da custódia cautelar (Precedentes).

III - O art. 30 da Lei 7.492/86, **ao mencionar a magnitude da lesão supostamente causada pela prática, em tese, criminosa, não dispensa, para a imposição da custódia cautelar, os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal (Precedentes).**

Recurso desprovido.

(STJ- REsp 772.504/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/09/2006, DJ 20/11/2006, p. 357) (grifos meus)

CRIMINAL. HC. QUADRILHA. FALSIFICAÇÃO DE SELO OU SINAL PÚBLICO. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. PRISÃO PREVENTIVA. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DOS REQUISITOS. AUSÊNCIA DE CONCRETA FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE DOS DELITOS. CIRCUNSTÂNCIAS SUBSUMIDAS NO TIPO. PROVA DA MATERIALIDADE E AUTORIA. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA A RESPALDAR A CUSTÓDIA. **MAGNITUDE DA LESÃO.** FALTA DE VÍNCULO COM OS REQUISITOS CAUTELARES. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA NÃO DEMONSTRADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. ORDEM CONCEDIDA. I. A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação. II. Cabe ao Julgador, ao avaliar a necessidade de decretação da custódia cautelar, interpretar restritivamente os pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal, fazendo-se mister a configuração empírica dos referidos requisitos. III. O juízo valorativo sobre a gravidade genérica dos delitos imputados ao paciente, bem como a existência de prova da autoria e materialidade dos crimes, não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão para garantia da ordem pública, se desvinculados de qualquer fator concreto. IV. Aspectos que devem permanecer alheios à avaliação dos pressupostos da prisão preventiva. V. As afirmações a respeito da gravidade do delito trazem aspectos já subsumidos no próprio tipo penal. VI. **O art. 30 da Lei 7.492/86, ao mencionar a magnitude da lesão supostamente causada pela prática, em tese, criminosa, não dispensa, para a imposição da custódia cautelar, os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.** VII. A existência de indícios de autoria e prova da materialidade e a gravidade do crime não são dotadas de cautelaridade, motivo pelo qual não configuram o requisito garantia da ordem pública”, como já anteriormente ressaltado. VIII. **A magnitude da lesão, por si só e sem vínculo com os requisitos do art. 312 da Lei Processual Adjetiva, não é capaz de respaldar a custódia cautelar.** IX. Precedentes do STF e do STJ. X.

Condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à liberdade provisória, devem ser devidamente valoradas, quando não demonstrada a presença de requisitos que justifiquem a medida constritiva excepcional. XI. Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como o decreto prisional, para revogar a prisão preventiva do paciente, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta. XII. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

(STJ - HC: 47712 RJ 2005/0149472-0, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 13/12/2005, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 01.02.2006 p. 584REPDJ 13.02.2006 p. 840LEXSTJ vol. 199 p. 311) (grifos meus)

A prisão preventiva do suposto autor do fato não produziria nenhum efeito relevante ao sistema econômico. A medida cautelar mais adequada seria o sequestro e a indisponibilidade dos bens dos possíveis responsáveis pela infração. Entretanto, se a liberdade do réu representa perigo de reiteração da prática criminosa e ampliação do dano, a prisão poderia ser decretada com base na ordem pública. Mas ainda assim, as medidas diversas supracitadas parecem mais adequadas.⁶⁸

3.2.4- Prisão preventiva como garantia da ordem pública.

A expressão *ordem pública* é ampla e, por isso, muito criticada na doutrina. A Lei 11.403/11 trouxe uma série de avanços, para o Código de Processo Penal, referente às medidas cautelares. Contudo, em relação ao instituto da prisão preventiva, perdeu ótima oportunidade de trazer limites para a presente modalidade.

Em razão da amplitude da expressão, torna-se o argumento mais utilizado para requerer a prisão preventiva. Alguns doutrinadores tentaram definir a ordem pública:

“Por ordem pública, deve-se entender a paz e a tranquilidade social, que deve existir no seio da comunidade, com todas as pessoas

⁶⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013. P. 556.

*vivendo em harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do modus vivendi em sociedade*⁶⁹

*“ A garantia da ordem pública envolve a própria segurança pública, não sendo necessária abranger toda uma cidade, bastando um bairro, uma região, uma comunidade. Demanda requisitos básicos como gravidade concreta do crime, repercussão social, maneira destacada de execução, condições pessoais negativas do autor e envolvimento com quadrilha, bando ou organização criminosa”*⁷⁰

A credibilidade na justiça é um dos motivos pelo qual se pleiteia a prisão preventiva na modalidade de garantia ordem pública. Muitas vezes, é depositada na prisão preventiva a responsabilidade de ser a resposta imediata clamada pela população. Porém, se atendermos a esse clamor, estaríamos violando nitidamente o princípio constitucional da presunção de inocência, e ao imputado restaria a antecipação da culpabilidade. Na medida em que o suposto autor do fato infracional estaria preso para não delinquir novamente, e essa é uma das funções da pena, e como já dito nesse estudo, a prisão cautelar jamais poderá ser antecipação da pena.

Atualmente, considera-se incabível, mas a integridade física do imputado diante do risco de ser vítima de vingança por parte da sociedade, também já foi arguida como fundamento para essa modalidade. Entretanto, não faz o menor sentido prender alguém para que o Estado o proteja, sendo que, o próprio Estado é responsável pela atividade não jurisdicional de segurança pública. Além disso, o estado deplorável em que se encontra o sistema prisional brasileiro não o torna capaz de zelar pela integridade física de nenhum indivíduo.

Ainda sobre a garantia da ordem pública, não se pode confundir clamor público com ordem pública. O clamor público pode existir sem que haja desordem pública e vice-versa. O clamor público, atualmente, está muito ligado aos espetáculos produzidos pela mídia que, em troca de ibope, desrespeita inúmeros postulados constitucionais, principalmente, a presunção de inocência. Assim, deve-se evidenciar que a ordem pública é sim um fundamento para a decretação da preventiva, mas ela não se confunde com o clamor, que sozinho não tem força para ensejar a prisão.

⁶⁹ RANGEL, PAULO. Direito Processual Penal. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 765

⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P 63- 64.

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADEPROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO. GARANTIA DAORDEM E CLAMOR PÚBLICO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MERA REFERÊNCIA AOS REQUISITOS LEGAIS DA CUSTÓDIA CAUTELAR. CONSTRANGIMENTO ILEGALEVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. **O juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado ao paciente e o clamor público, não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculados de qualquer fator concreto. Precedentes. Simples menção aos requisitos legais da segregação, bem como à necessidade de coibir a prática de delitos graves, que também não se prestam a embasar a custódia acautelatória.** III. Embora se trate de delito grave, a dinâmica do delito não revela indistinta violência ou brutalidade a ensejar a manutenção da custódia em garantia da ordem pública, porquanto o modus operandi em nada se difere dos próprios aos tipos descritos nos arts. 157 e 333, do Estatuto Repressor. IV. Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a decisão monocrática por ele confirmada, para conceder ao paciente o benefício da liberdade provisória, se por outro motivo não estiver preso, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Magistrado singular, sem prejuízo de que seja decretada nova custódia, com base em fundamentação concreta. V. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

(STJ - HC: 189925 SP 2010/0206132-4, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 07/04/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/04/2011). (Grifos meus)

Diante do exposto, é notório que a imprecisão da expressão abre diversos caminhos para o pleito e a decretação da prisão preventiva, e desta forma viola o princípio da estrita legalidade, tão importante no processo penal.

Fica evidente ainda, que essa modalidade não possui caráter cautelar, uma vez que, se destina a fins diversos que não se confundem com a proteção da instrução processual ou com a garantia da efetividade do processo. O que torna inaceitável a restrição do direito à liberdade antes da sentença penal condenatória irrecorrível com esse fundamento. Acerca do tema, defende Geraldo Prado:

“A inconstitucionalidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública não decorre exclusivamente do que ela não é: de não se tratar de medida cautelar; Esta prisão é inconstitucional também pelo que ela é: medida de polícia judicial que antecipa a punição, o castigo, e o faz mais gravemente desvinculada da questão controvertida no processo - se o acusado é penalmente responsável pela conduta que lhe é atribuída - valendo-se do processo como veículo ou pretexto para impor privação de liberdade”⁷¹

⁷¹ PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória- comentários aos artigos 311-318 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og (Org.), medidas cautelares no processo penal :

Superados os questionamentos doutrinários expostos acerca dessa modalidade, na prática, a prisão preventiva como garantia da ordem pública é decretada com base na gravidade do crime dentro do contexto social em que ele foi cometido, nas condições pessoais do indiciado, no risco a segurança social e na própria credibilidade na justiça. Deve-se evidenciar que, a gravidade em abstrato do crime jamais poderá ser usada como fundamento da garantia da ordem pública, assim como, a simples menção a maus antecedentes também não poderá (como explica o julgado supracitado). Devem ser analisados esses requisitos no contexto dos fatos, cada um desses itens deve ser averiguado individualmente em cada caso, para então decidir se a liberdade do indivíduo pode ou não atrapalhar a ordem pública e a paz social.

No HC 89.238-8 São Paulo, o relator Ministro Gilmar Mendes, durante seu voto, resume o entendimento jurisprudencial do STF para o que seria o requisito da garantia da ordem pública da seguinte forma:

“Com relação ao tema da garantia da ordem pública, faço menção à manifestação já conhecida desta Segunda Turma em meu voto proferido no HC nº 88.537/BA e recentemente sistematizado nos HC’s 89.090/GO e 89.525/GO acerca da conformação jurisprudencial do requisito dessa garantia. Nesses julgados, pude asseverar que o referido requisito legal envolve, em linhas gerais e sem qualquer pretensão de exaurir todas as possibilidades normativas de sua aplicação judicial, as seguintes circunstâncias principais:

- i) a necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do paciente ou de terceiros;*
- ii) o objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar; e*
- iii) para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do poder judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal.*

A jurisprudência desta Corte consolidou o entendimento de que a liberdade de um indivíduo suspeito da prática de crime somente pode sofrer restrições se houver decisão judicial devidamente fundamentada, amparada em fatos concretos e não apenas em hipóteses ou conjecturas, ou na gravidade do crime”

(STF - HC: 89238 SP , Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 29/05/2007, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-101 DIVULG 13-09-2007 PUBLIC 14-09-2007 DJ 14-09-2007 PP-

00085 EMENT VOL-02289-03 PP-00439 REPUBLICAÇÃO: DJe-055
DIVULG 27-03-2008 PUBLIC 28-03-2008)

3.2.5- Do descumprimento de medida cautelar diversa

A prisão preventiva também pode ser decretada com base no descumprimento de medida cautelar diversa de prisão (arts. 319 e 320 do CPP), como aduz o parágrafo único do artigo 312, do CPP, nos moldes do artigo 282, § 4^a do mesmo código.

Entretanto, ainda que haja descumprimento da medida imposta, o juiz deve se ater à realidade fática para observar se será possível a cumulação de medidas ou a imposição de outra mais gravosa. A prisão, ainda que em situação de descumprimento de medida diversa, é a *ultima ratio*, logo, todas as outras medidas devem ser preferidas. A prisão preventiva terá sempre caráter subsidiário em relação as outras medidas.

Neste caso ainda, seria muito importante o respeito ao princípio do contraditório. É nesse momento no processo cautelar que se teria espaço e necessidade do contraditório, o réu deve ser ouvido sempre que possível, para que sua argumentação seja considerada, se o juiz achar cabível, na substituição ou cumulação de outra medida cautelar, ou ainda antes da decretação da prisão preventiva.

3.3- Da aplicabilidade da prisão preventiva

“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 pela Lei nº 12.403, de 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”

Além da necessidade dos requisitos e fundamentos já mencionados, a prisão preventiva só será legal quando for, também, uma das hipóteses do artigo 313 do Código de Processo Penal. Com a introdução de novas medidas cautelares diversas da prisão pela Lei 12.403/11, o artigo 313 assumiu o caráter descarcerizador, na medida em que restringiu os crimes passíveis de aplicação da prisão preventiva. Assim, os crimes não abarcados pelo artigo 313, só serão tutelados pelas medidas cautelares diversa de prisão.

Nucci⁷² ressalta que outro avanço do artigo 313, com o advento da lei 12.403, diz respeito a forma de categorizar os delitos passíveis de prisão preventiva. Na redação anterior a categorização do delito era em função da espécie de pena privativa de liberdade: reclusão ou detenção, a nova redação eliminou essa distinção (o que na prática nunca funcionou devidamente). A atual redação difere o crime passível de prisão preventiva pelo elemento subjetivo, o dolo.

No artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal, está expresso que só será admitida a prisão preventiva para os crimes dolosos. Mas não basta ser doloso, a prisão preventiva só será cabível se a pena máxima do suposto crime for superior a 4 anos, ou seja, se for igual a 4 anos não caberá prisão preventiva por força desse artigo, já que no direito penal é proibida a interpretação extensiva. Desta forma, cessa a possibilidade de preventiva para o crime de furto simples, por exemplo. O que é correto, já que surgem novas medidas cautelares para atender o universo das infrações penais de menor relevância.

Esta determinação se deu para harmonizar o ordenamento jurídico, já que, o artigo 44 do Código Penal determina que as penas privativas de liberdade sejam

⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P.67

substituídas por penas restritivas de direito, desde que não ultrapassem 4 anos e que o crime tenha ocorrido sem violência ou grave ameaça. Diante dessa determinação, não teria o menor cabimento deixar o indivíduo preso preventivamente e depois de julgado, ainda que condenado, cumpriria uma pena menos severa.

Referente ao inciso II, Aury Lopes Jr.⁷³ critica a posição do legislador de estigmatizar o reincidente em crime doloso. Para o jurista, autorizar a prisão preventiva com fundamento na reincidência do réu é equivocado, visto que viola o princípio da presunção de inocência, a proporcionalidade e a dignidade da pessoa humana. Além do exposto, tal fundamento não possui caráter cautelar. Diante do exposto, mostra-se inconstitucional.

Ainda sobre o inciso II, vale evidenciar que a reincidência expressa nesse dispositivo é em crime doloso, como se pode observar através da redação do referido artigo (conforme o sublinhado), em outras palavras, para que o réu tenha sua prisão preventiva decretada com fundamento no artigo 313, II, do CPP, ele tem que possuir uma condenação transitada em julgado em crime doloso e reunir os requisitos da prisão preventiva quando acusado de outro crime, também, doloso. Quando for por crime culposo a sentença transitada em julgado ou o novo suposto delito, não poderá ser aplicada essa reincidência.⁷⁴

O inciso III, vem para tutelar a vulnerabilidade doméstica. A lei 12.403/11 acrescentou ao inciso a proteção de criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, todos nos âmbito familiar, além de manter a da mulher. Para a decretação da prisão preventiva com fundamento nesse artigo, o crime não precisa ter pena máxima superior a 4 anos. Já que o artigo não impõe esse limite para o inciso III. Como pode ser observado no julgado abaixo:

“HABEAS CORPUS. AMEAÇA EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO.

PERICULOSIDADE CONCRETA DO ACUSADO. FUNDAMENTOS IDÔNEOS DA DECISÃO JUDICIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO POR MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA.

⁷³ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P.642-643.

⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P.68

POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é remansosa no sentido de que a determinação de segregar o réu, antes de transitada em julgado a condenação, deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (*periculum libertatis*), à luz do disposto no art. 312 do CPP.

2. **É admitida a decretação da prisão preventiva em relação a crime doloso punido com pena privativa máxima igual ou inferior a 4 anos, em situação de violência doméstica e familiar contra a companheira, a teor do art. 313, III, do CPP.**

3. O Juiz de primeiro grau indicou, de forma idônea, a necessidade de garantia da ordem pública, de modo a evitar a prática de novos crimes pelo paciente, ante sua periculosidade. Destacou, para tanto, que o acusado "chegou em casa embriagado e proferiu ameaça de morte" contra a companheira, possuía armas de fogo, munição, faca e espada em sua residência, "não é a primeira vez que fatos semelhantes aconteceram"; "em vez pretérita correu atrás [do enteado] com a espada nas mãos, ameaçando-o de morte"; "a vítima já pleiteou a concessão de medida protetiva nos autos próprios"; "há risco à integridade física da vítima, pois o acusado demonstrou ser violento"; o acusado "registra antecedentes criminais pela prática de crimes de homicídio culposo e estupro, já tendo sido processado por crime de lesão corporal".

4. Apesar de bem evidenciada a necessidade de garantia da ordem pública, na miríade de providências cautelares previstas nos arts. 319, 320 e 321, todos do CPP, a decretação da prisão preventiva será, como densificação do princípio da proibição de excesso, a medida extrema a ser adotada, somente para aquelas situações em que as alternativas legais à prisão não se mostrarem aptas e suficientes a proteger o bem ameaçado pela irrestrita e plena liberdade do indiciado ou acusado.

5. Assim, sob a influência do princípio da proporcionalidade e considerando: a) a pena aplicável aos crimes de ameaça e posse de arma; b) a prática de crimes graves em passado longínquo (há mais de 20 anos); c) o prazo da prisão cautelar do paciente (5 meses); d) a sua idade (quase 60 anos); e) a decretação de medida protetiva que já o impede de se aproximar da companheira e dos familiares dela; f) a manifestação das vítimas, no sentido de que o crime ocorreu em contexto de desentendimento familiar, ocasionado pela dependência química do enteado do paciente, é adequada a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, para a mesma proteção da ordem pública (evitar a prática de novas infrações penais - art. 282, II, CPB).

6. Habeas corpus concedido para substituir a prisão preventiva do paciente, com fulcro no art. 319, I, III, V, do CPP, pelas seguintes medidas: a) comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições a serem fixados pelo Juízo de primeiro grau, para informar seu endereço e justificar atividades; b) proibição de manter contato com as vítimas; c) recolhimento domiciliar noturno e nos dias de

folga, sem prejuízo de outras medidas que o prudente arbítrio do juiz natural da causa indicar cabíveis e adequadas.

(STJ- HC 313.128/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 17/03/2015)(Grifos meus)

Mas, alguns juristas defendem com base no princípio da homogeneidade entre cautela e pena que não é qualquer violência doméstica que pode ensejar uma prisão preventiva. Só seria cabível nos crimes dolosos com penal máxima superior a 4 anos. Desta forma, o crime de ameaça, por exemplo, não poderia dar lugar à decretação de prisão preventiva.

Pelo princípio em questão, o Juiz não deveria impor ao acusado um encarceramento mais penoso do que aquele que lhe seria aplicado em caso de real condenação, sob pena de tornar o processo penal mais punitivo do que a própria sanção penal. A violação ao referido postulado reflete uma inversão prática da lógica do *in dubio pro reo* e da excepcionalidade das medidas cautelares encarceradoras (a partir do binômio necessidade-adequação).⁷⁵

Obviamente, também devem estar presentes o *periculum libertatis* e *fumus comissi delicti*. Assim, percebe-se que apesar de ser referente a uma tutela importante, o referido artigo serve no máximo como reforço ao pleito e decisão da prisão, já que, só abarca possibilidades que já existem através de outras normas. Assim como o inciso anterior, o parágrafo único não pode ser interpretado isoladamente, deve ser aplicado juntamente como o inciso primeiro, além do *periculum libertatis* e *fumus comissi delicti*. Conforme o entendimento do julgado abaixo.

HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL E AMEAÇA. PRISÃO PREVENTIVA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA HOMOGENEIDADE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

*1. Embora o Juiz de primeiro grau tenha fundamentado, concretamente, a necessidade da prisão preventiva para "garantir a integridade da vítima de violência doméstica, além de resguardar a ordem pública", o paciente está sendo acusado da suposta prática do crime de lesão corporal perpetrado contra sua companheira, cuja pena cominada em abstrato é de detenção, **de 3 meses a 3 anos**. Ainda, ao que tudo indica, está sendo acusado de também ter*

⁷⁵ COELHO, Pedro. Princípio da Homogeneidade e as Prisões Cautelares. Disponível em: <http://blog.ebeji.com.br/principio-da-homogeneidade-e-as-prisoas-cautelares/> acessado dia: 16/06/15

*praticado ameaça, cuja pena abstratamente prevista é de detenção, **de 1 a 6 meses**, ou multa.*

Assim, mostra-se ilegal a prisão cautelar, à luz do princípio da homogeneidade entre cautela e pena, *máxime quando a segregação do paciente perdura há quase 1 ano.*

2. Ordem concedida, para revogar a prisão preventiva do paciente, a fim de que aguarde em liberdade a ocorrência do trânsito em julgado, e determinar a expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não houver necessidade de ser preso.

(STJ- HC 303.185/MT, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 17/03/2015) (grifos meus)

HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. *Ausência de elementos fáticos capazes de demonstrar a imprescindibilidade da prisão preventiva em relação ao paciente. Concessão de liberdade provisória mediante fiança e determinação de afastamento de 500m da vítima, seus familiares e testemunhas. Todavia, não há qualquer sinal nos autos que aponte para risco processual a embasar a aplicação da custódia cautelar em seu caso. Não há sequer indícios de que solto, o paciente atrapalharia o andamento do processo, a colheita de provas ou a aplicação de eventual sanção penal. Observância da determinação judicial para que o paciente se mantivesse distante da vítima havendo, inclusive, acostada aos autos declaração da vítima de que a liberdade do paciente não lhe causa qualquer espécie de intimidação. Paciente primário, que desempenha atividade lícita e com residência fixa. **A prisão cautelar mostra-se desproporcional, violando o princípio da homogeneidade, já que o delito que é imputado impõe pena máxima de 4 anos de reclusão.** Concessão da ordem.*

(TJ-RJ - HC: 00613852720128190000 RJ 0061385-27.2012.8.19.0000, Relator: DES. FERNANDO ANTONIO DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 11/12/2012, SÉTIMA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 01/02/2013 14:47) (grifos meus)

Já o parágrafo único refere-se ao acusado de identidade duvidosa. Prevê a viabilidade da prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa, ou quando ela não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la. Mas, assim que esclarecida a identidade do indivíduo, se os requisitos da preventiva não estiverem presentes, o cidadão será posto em liberdade. Vale mencionar que o réu possui direito de ficar em silêncio no contexto da imputação, da produção de prova. No momento da identificação, a não colaboração pode configurar crime de desobediência.

CONCLUSÃO

Conclui-se que a coexistência do princípio da presunção de inocência e a prisão preventiva não é nada fácil. Principalmente na prática. Por isso, nasce a necessidade de estudos acerca desse tema.

Apesar da grande evolução do processo penal nos últimos séculos, muito ainda se tem que caminhar até a tão almejada justiça. Hoje, felizmente, o processo penal tem como um dos objetivos igualar as armas entre o Estado e o cidadão. E a presunção de inocência e seus diversos desdobramentos é o grande escudo do indivíduo contra o, sempre forte e repressor, poder de punição do Estado.

Além da presunção de inocência, outros princípios citados também militam em favor da proteção do cidadão, são eles: jurisdicionalidade, motivação, contraditório, provisionalidade, provisoriedade e excepcionalidade. Eles limitam o poder do estado antes da sentença irrecorrível, para que não ocorra abusos, além de proteger o cidadão, para que os efeitos da pena não sejam antecipados disfarçadamente na forma de medida cautelar.

Apesar dos avanços, é inevitável ressaltar que muito se precisa progredir para que a prisão preventiva em nosso país tenha contornos mais rígidos, capaz de mitigar o menos possível os princípios constitucionais. As críticas levantadas nesse estudo necessitam rapidamente de soluções eficientes.

Nosso processo penal tem que ser interpretado a luz da Constituição Federal de 1988, e essa preza pela liberdade e dignidade humana. O que mostra claramente o paradoxo com a realidade. Como falar em liberdade em um país que a população carcerária atual é de 711.463 presos, contando os presos no sistema penitenciário e os presos domiciliares? Sendo que existem em aberto 373.991 mandados de prisão, ou seja, se todos fossem cumpridos nossa população carcerária chegaria a 1.085.454⁷⁶. Como falar em dignidade humana, em um país no qual essa enorme quantidade de pessoas sobrevive em um sistema carcerário sem o mínimo de condições básicas?

⁷⁶ Conselho Nacional de Justiça, Disponível em:

http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf, acessado dia 20 de maio de 2015

E ainda, parte importante desse contingente carcerário espera julgamento. Está esquecido no sistema, já que não existe prazo razoável para a prisão preventiva, já que a garantia da ordem pública é um conceito tão abrangente e acaba abarcando milhões de possibilidades para a decretação da preventiva.

Como se não bastassem todos os fatores internos do processo penal que devem ser superados, para que a regra constitucional de liberdade seja respeitada, ainda vem a mídia tentando criar grandes espetáculos em cima de casos criminais. A presunção de inocência é rechaçada nesses casos, desrespeitando criticamente seus desdobramentos e principalmente sua dimensão de regra de tratamento. Acerca disso, Carnelutti⁷⁷ afirma:

“O problema é que as pessoas assistem ao processo como se assistissem a um filme, em uma sessão de cinema; agem como se o delito e o Processo Penal não tivessem qualquer relação com as pessoas nem com fatos, mas só com personagens, como nos filmes. O comportamento do público, diante do suposto drama penal e de seus protagonistas, é o mesmo da multidão, de outrora, que assistia aos combates dos gladiadores nas arenas, ou da que ainda hoje assiste, nos estádios, a uma corrida de touros, em alguns países do mundo. Desse modo, infelizmente, o Processo Penal não passa de uma escola de incivilidade”.

Apesar disso, a prisão preventiva não pode ser utilizada com base no apelo popular. Deve seguir estritamente o Código de Processo Penal, e só será cabível se estiver dentro dos limites impostos por ele (ainda que esses limites estejam longes do ideal).

Percebe-se que a prisão preventiva não pode servir como antecipação de pena. Ela é uma medida cautelar e, assim como as outras medidas, deve objetivar sempre o bom andamento do processo e assegurar a efetividade de possível e eventual sentença condenatória irrecorrível.

Como já exaustivamente defendido no presente trabalho, a prisão preventiva deve ser a exceção das exceções. Já que essa deve ser preterida entre as outras medidas cautelares diversas da prisão. Esta só deve ser decretada quando não se vislumbrar mais nenhuma medida cabível, quando estiverem presentes o *fumus*

⁷⁷ CARNELUTTI, Francesco. As Misérias do Processo Penal. Trad. Servanda Editora. Campinas: Servanda Editora, 2010. p. 11.

commissi delicti e periculum libertatis e, além disso, quando o caso concreto estiver de acordo com os artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal.

Por fim, ressalta-se que todos os argumentos expostos no presente trabalho buscam a liberdade do indivíduo tutelada pela nossa Constituição Pátria de 1988 como cláusula pétrea, o que mostra a tamanha importância desse Direito, que jamais poderá ser abolido do nosso ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALMEIDA, Arnaldo Quirino de. Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal **Anotações sobre a lei 11.403/2011.** Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/caju/954.5.14.pdf>

ALVES, Eliane Martins de Souza; VILELA, Thiago Guimarães. **A natureza Jurídica da Prisão Preventiva.** Revista dos Tribunais: RT, v. 103, n. 941, mar. 2014.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro.** 12^a Ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2011.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas.** Tradução J. Crettela Jr. e Agnes Cretella. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

COELHO, Pedro. **Princípio da Homogeneidade e as Prisões Cautelares.** Disponível em: <http://blog.ebeji.com.br/principio-da-homogeneidade-e-as-priso-es-cautelares/> acessado dia: 16/06/15

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal.** Trad. Servanda Editora. Campinas: Servanda Editora, 2010.

CNJ, disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico de pessoas presas correcao.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf), acessado em 20 de maio de 2015.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Revista dos advogados, São Paulo, n. 42, abril de 1994. P. 31

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar.** São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Og, coord. **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de direito penal e processual penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.101.

HARTZ, Marcelo de Moraes; RITTA, Ribeiro Cristiano. Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal: **A Lei nº 12.403/2011 e a Nova Sistemática da Prisão Preventiva**. Nº 69. Porto Alegre: Sintese, 2011.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal: Estudo e Pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 1997

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 259.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de Processo Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

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

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

PRADO, Geraldo; et. Al. **Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas. Comentários à lei 12.403, de 04/05/2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RANGEL, PAULO. **Direito Processual Penal**. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SCHREIBER, Simone. **Dicionário Universitário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro. Editora Elsevier Campus Jurídico, 2010.

STF, **DEBATES QUE INTEGRAM A ATA DA 20ª (VIGÉSIMA) SESSÃO ORDINÁRIA, DO PLENÁRIO, REALIZADA EM 13 DE AGOSTO DE 2008**.

Disponível

em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf acessado dia: 11 de junho de 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria de Direito Processual Penal**. São Paulo, RT, 2002.

ZILLI, Marcos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais: Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.