

**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS - CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS - FARR
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

EMANUEL LINDENBERG BATISTA ROBERTO

**PRISÃO PREVENTIVA: A LIBERDADE COMO UM DIREITO ESSENCIAL
CONSOLIDADO EM FACE DA LEI 12.403/2011**

Campina Grande – PB

2015

EMANUEL LINDENBERG BATISTA ROBERTO

**PRISÃO PREVENTIVA: A LIBERDADE COMO UM DIREITO ESSENCIAL
CONSOLIDADO EM FACE DA LEI 12.403/2011**

Trabalho Monográfico apresentado à Coordenação do Curso de Direito da Faculdade Reinaldo Ramos – FARR, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela referida instituição.

Orientador: Professor Esp. Bruno César Cadé

Campina Grande – PB

2015

EMANUEL LINDENBERG BATISTA ROBERTO

**PRISÃO PREVENTIVA: A LIBERDADE COMO UM DIREITO ESSENCIAL
CONSOLIDADO EM FACE DA LEI 12.403/2011**

Aprovada em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Professor Esp. Bruno César Cadé
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(Professor Orientador)

Professor Esp. Francisco Iasley Lopes de Almeida
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(1º Examinador)

Professora Msc. Silvia Tavares da Silva
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(2ª Examinadora)

Dedico este trabalho a meu Pai,
minha avó e meu avô (*in memoriam*).
A minha esposa, aos meus filhos e a
todos os demais familiares e amigos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por todas as realizações alcançadas em minha vida. Aos meus Mestres pela paciência e compreensão nos ensinamentos para buscar extrair o melhor de nós e um desenvolvimento amplo e satisfatório.

E, finalmente, agradeço a todas as pessoas que contribuíram de forma direta e indireta para o êxito desse trabalho.

“Só é digno de liberdade, como da
vida, aquele que se empenha em
conquistá-la.”

Johann Goethe

RESUMO

Este trabalho apresenta uma reflexão acerca da prisão preventiva sob o enfoque da Lei 12.403/2011, rechaçando a importância da preservação da liberdade do acusado, a qual possui primordial significância no contexto legal do ordenamento jurídico brasileiro, ao ponto de ser considerada como bem extremamente valioso que só poderá ser cessada em casos específicos de grande relevância e permitidos em lei. A referida modalidade de prisão consiste no encarceramento do indivíduo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Com o advento legislativo em epígrafe, a prisão preventiva deve ser decretada apenas em último caso, nas situações em que as demais medidas cautelares não forem realmente suficientes ou estejam inadequadas para as circunstâncias em fomento, de modo a concretizar os padrões exigíveis para se adequar ao princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade. O objetivo do presente trabalho consiste na análise dos pressupostos legais da prisão preventiva e seus princípios fundamentais dentro da ótica de um Estado Democrático de Direito, valorizando, acima de tudo a liberdade do indivíduo como bem de extrema importância que deve ser respeitado, além de denotar o que ocorre quando o limite da legalidade for extrapolado, mediante uma análise bibliográfica e descritiva do tema. Diante da análise construída foi observado que a prisão preventiva caracteriza um instituto autoritário, porém necessário, em se tratando de situações que possam comprometer a instrução criminal, mas que deve estar enquadrada nos seus requisitos legais para não comprometer a liberdade do acusado, pois esta é considerada como bem inestimável do ser humano. Observe-se ainda a existência de elucidações sobre alguns artigos e obras jurídicas no conteúdo do presente trabalho, além de jurisprudências e julgados dos Tribunais pátrios, com breves comentários a respeito dos mesmos.

Palavras-chave: Prisão Preventiva. Medida Cautelar. Lei 12.403/2011. Liberdade.

ABSTRACT

This paper presents a reflection on remand from the standpoint of Law 12.403 / 2011, rejecting the importance of preserving the freedom of the accused, which has primary significance in the legal context of the Brazilian legal system, to the point of being considered as well extremely valuable which can only be stopped in specific cases of great importance, and allowed by law. That arrest mode consists of the individual's incarceration before the final and unappealable penal sentence. With the legislative advent to above, preventive detention shall be ordered only as a last resort in situations where other protective measures are not really sufficient or are inadequate for the circumstances in development in order to achieve the required standards to suit principle of presumption of innocence or non-guilt. The objective of this study is analyzing the legal requirements of probation and its fundamental principles from the standpoint of a democratic state, emphasizing above all the freedom of the individual as well of utmost importance that must be respected, and denote what happens when the legal limit is extrapolated by a bibliographical and descriptive analysis of the topic. Faced with the built analysis it was observed that the probation features an authoritative institute, but necessary, when it comes to situations that may compromise the criminal investigation, but that it should be framed in their legal requirements not to compromise the freedom of the accused, as this is considered inestimable good of human beings. Observe also the existence of clarifications on some articles and legal works in the content of this work, as well as case law and trial of patriotic courts, with brief comments on them.

Keywords: Preventive Prison. Precautionary Measure. Law 12.403/2011. Freedom.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES ACERCA DA PRISÃO	11
2 A PRISÃO PREVENTIVA	14
2.1 CONCEITO	14
2.2 PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A PRISÃO PREVENTIVA.....	15
2.3 A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA	16
2.4 PRISÃO PREVENTIVA E SEUS PRESSUPOSTOS.....	16
2.5 A MEDIDA PREVENTIVA E SUA DECRETAÇÃO	18
2.6.1 Quanto a garantia da ordem pública	21
2.6.2 Quanto a garantia da ordem econômica	22
2.6.3 Quanto a conveniência da instrução criminal	22
2.6.4 Quanto a garantia da aplicação da lei penal	23
2.7 ADMISSIBILIDADE.....	24
2.8 EXIGÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.....	28
2.9 A PRISÃO PREVENTIVA EM FACE DO CLAMOR PÚBLICO E DA REPERCUSSÃO DO CRIME	30
2.10 PRISÃO PREVENTIVA DECORRENTE DA FUGA DO ACUSADO.....	33
2.11 REVOGAÇÃO OU RENOVAÇÃO DA PRISÃO DECRETADA	34
3 MEDIDAS CAUTELARES DIFERENTES DA PRISÃO	35
4 LIBERDADE CONSTITUCIONAL E A PRISÃO PREVENTIVA	38
4.1 QUANTO A PRISÃO PREVENTIVA INJUSTA	40
5 PRISÃO PREVENTIVA: PRAZO E COMPENSAÇÃO DE DANOS	42
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
REFERÊNCIAS	47

INTRODUÇÃO

Esse trabalho monográfico desenvolve uma análise acerca da prisão preventiva sob a égide da lei nº 12.403/2011. O assunto será abordado mediante os aspectos legais, jurisprudenciais e doutrinários.

Entende-se a prisão como a privação da liberdade de locomoção determinada por ordem escrita de autoridade competente ou em caso de flagrante delito.

A vigente Constituição Federal estabelece que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, ressalvados os casos de transgressão militar ou crime militar próprio definidos em lei, conforme preceitua o artigo 5º, LXI da magna carta.

De acordo com tal exposição legal o artigo 283 do Código de Processo Penal acrescenta que além do flagrante delito ou ordem fundamentada de autoridade competente, deverá também estar em “decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”

A prisão preventiva possui características peculiares, visto que esta engloba todas as prisões cautelares, ou seja, todas aquelas que ocorrem independentemente da existência prévia do trânsito em julgado da sentença condenatória. Objetivando assegurar um provimento jurisdicional futuro, vislumbrando a transparência e conservação da fase investigatória. Sendo tida como exceção, jamais regra, o que significa que todos os pressupostos devam estar contundentes de modo imprescindível.

Portanto, a modalidade de condenação discutida não serve para antecipar condenação ou sequer ser mecanismo de preconizar a vontade da vítima. O posicionamento histórico brasileiro, teoricamente, sempre foi embasado pela liberdade individual como regra. Ou seja, qualquer prisão cautelar deve ser decretada apenas quando amparada rigorosamente pelos requisitos legais a se privilegiar da presunção da inocência ante a análise de culpabilidade.

Diante disso, o principal objeto de estudo desse trabalho segue o critério de discutir a aplicabilidade da prisão preventiva, observando o respeito aos princípios a ela inerentes, além de analisar os pressupostos legais da mesma dentro da

concepção de um Estado Democrático de Direito, além de observá-la quando ultrapassar os limites da legalidade.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES ACERCA DA PRISÃO

No ponto de vista sociológico a prisão caracteriza um reflexo do poder soberano do Estado, utilizado como um instrumento de controle da sociedade.

Quanto a sua existência como manifestação de poder, Foucault em uma de suas obras esclareceu que:

Prender alguém, mantê-lo na prisão, privá-lo de alimentação, de aquecimento, impedi-lo de sair, de fazer amor, etc., é a manifestação de poder mais delirante que se possa imaginar. [...] A prisão é o único lugar onde o poder pode se manifestar em estado puro em suas dimensões mais excessivas e se justificar como poder moral (FOUCAULT, 2004, p. 43).

Portanto, compreende-se que a prisão em sua origem não possui apenas caráter punitivo, mas, principalmente, cautelar, com o objetivo de manter o acusado de um crime privado da liberdade de locomoção para aguardar a aplicação de outra pena postulante.

Vale ressaltar que outrora, no século XVII, em pleno iluminismo¹, já haviam críticas no tocante ao sistema criminal e a legislação de sua época, onde a prisão era considerada uma expressão de poder, onde, segundo Beccaria:

[...] por que razão, em nossos dias, é tão diversa a sorte de um inocente preso?

A razão está em que o sistema atual da jurisprudência criminal apresenta aos nossos espíritos a ideia da força e do poder, em vez da justiça; é que se atiram, na mesma masmorra, sem distinção alguma, o inocente suspeito e o criminoso convicto; é que a prisão, entre nós, é antes de tudo um suplício e não um meio de deter um acusado [...] (BECCARIA, 2004, p. 27).

Mesmo com sua maneira impetrante não era considerado prisão provisória o efetivo cumprimento de pena, mas sim como meio capaz de preparar o corpo para

¹ Iluminismo: Corrente de pensamento dominante no século XVII, que defende o predomínio da razão sobre a fé e estabelece o progresso como destino da humanidade. Seus principais idealizadores são John Locke (1632-1704), Montesquieu (1689-1755), Voltaire (1694-1778) e Rousseau (1712-1778). Representa a visão de mundo da burguesia intelectual da época e tem suas primeiras manifestações na Inglaterra e na Holanda. Alcança especial repercussão na França, onde se opõe as injustiças sociais, a intolerância religiosa e aos privilégios do absolutismo em decadência. Influencia a Revolução Francesa, fornecendo-lhe, inclusive, o lema Liberdade, Igualdade e Fraternidade. (ALMANAQUE DIGITAL. ABRIL, 2005).

uma aplicação futura da punição, geralmente pena de morte ou maus-tratos de intenso sofrimento, contudo, com reconhecimento legitimado do poder.

Diante dessa concepção adotada no Antigo Regime de aplicação de penas corporais, das barbaridades, penalidades cruéis, do banimento e, por fim, da pena de morte, os juristas, sociólogos e filósofos passaram a perceber, com independência, as monstruosidades de abusos de poder, com atenção ao excesso de tortura como fonte de punição.

Nos dias de hoje, no âmbito penal, a prisão é consagrada como uma privação de liberdade de locomoção, isto é, o direito de ir e vir, determinado por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente ou nos casos em que houver flagrante delito. Portanto, prisão é a cessação da liberdade individual mediante encarceramento.

Não obstante, Bechara (2004) entende que a prisão é uma medida restritiva do direito de liberdade de locomoção, direito fundamental de primeira geração a fim de mostrar legitimidade, devendo sempre atentarem-se para duas requisições, que são: reserva legal e reserva jurisdicional. Sendo a primeira caracterizada pela necessidade de previsão legal da prisão e a segunda implica dizer que deve haver o controle jurisdicional mediante a medida restritiva de direito de liberdade.

Bonfim (2007) classifica a prisão em dois seguimentos, sendo eles:

- a) prisão com pena: é a que decorre de sentença condenatória transitada em julgado, que aplica a pena privativa de liberdade. Em nosso sistema essa modalidade de prisão somente se encaixa no aspecto penal, de modo que só existirá com o trânsito em julgado da sentença condenatória;
- b) prisão sem pena: aquela que não decorre de sentença condenatória com trânsito em julgado. A doutrina majoritária especifica quatro tipos: a prisão civil, prisão administrativa, prisão disciplinar e, por fim, a prisão processual (cautelares ou provisória).

A prisão civil possui caráter excepcional, isto é, só existirá em casos de dívida de alimentos e depositário infiel. Nessas situações não é caracterizado punição, mas sim coerção, cessando a privação da liberdade assim que a obrigação for resolvida, conforme disposição do artigo 5º, LXVII da Constituição Federal:

Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. (BRASIL, 1988, Constituição Federal, art. 5º, inc. LXVII).

No caso da prisão disciplinar, a mesma só ocorrerá no âmbito militar, segundo disposição do mesmo artigo 5º anteriormente citado, em seu inciso LXI da Constituição Federal de 1988.

Já a prisão processual penal pode ser subdividida em três espécies, consoante os ensinamentos de Capez (2014), e são elas:

- a) prisão em flagrante;
- b) prisão preventiva e;
- c) prisão temporária.

Além dessas hipóteses algumas outras, em caráter excepcional, justificam a prisão sem ordem legal, como é o caso da prisão durante estado de defesa e ainda a prisão durante estado de sítio, ambas circunstâncias amparadas pela Constituição Federal de 1988 em seus artigos 136, § 3º, I e 139, II.

Se acontecer de algum indivíduo ser preso em desacordo com as situações expostas anteriormente tal prisão será inconstitucional. Sendo concedido a qualquer desses o habeas corpus em desfavor da ilegalidade da prisão. Em caso de conhecimento da prisão ilegal a autoridade judiciária deverá, imediatamente, relaxar a prisão do acusado. (Constituição Federal, artigo 5º, inciso LXV).

Em caso de recusa do juiz ou de qualquer autoridade judiciária, em relação a certeza da ilegalidade, poderá concorrer como crime de abuso de autoridade. (Lei 4.898/65, artigo 4, alínea d).

Importante mencionar que outro fator que dá causa a prisão processual é o mandado de prisão. Assim dispõe o artigo 285 do Código de Processo Penal em vigor:

Art. 285. A autoridade que ordenar a prisão fará expedir o respectivo mandado.

Parágrafo único. O mandado de prisão:

- a) será lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade;
- b) designará a pessoa, que tiver de ser presa, por seu nome, alcunha ou sinais característicos;
- c) mencionará a infração penal que motivar a prisão;
- d) declarará o valor da fiança arbitrada, quando afiançável a infração;
- e) será dirigido a quem tiver qualidade para dar-lhe execução. (BRASIL, Código de Processo Penal, art. 285).

O mandado será passado em duplicata, devendo o executor entregar um dos exemplares ao preso logo após a prisão, e sua exibição não será obrigatória nos casos de infrações afiançáveis, mas nessa hipótese, tão logo capturado, o preso deverá ser apresentado ao juiz que houver expedido a ordem (Código de Processo Penal, artigos 286 e 287).

2 A PRISÃO PREVENTIVA

2.1 CONCEITO

A prisão preventiva é aquela decretada pelo juiz em qualquer momento do inquérito ou da instrução criminal, com requisitos específicos dispostos no artigo 312 do Código de Processo Penal vigente, a saber:

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

Parágrafo único: a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º) (BRASIL, Lei 12.403/11).

Ratifica Júlio Mirabete que a prisão preventiva:

É uma medida cautelar, constituída da privação de liberdade do indigitado autor do crime e decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal em face da existência de pressupostos legais, para resguardar os interesses sociais e a segurança (MIRABETE, 2002, p. 384).

Tereza Nascimento Rocha acrescenta ainda que:

Prisão preventiva é providência que tolhe a liberdade individual, imposta pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial, na fase primeira da persecução criminal ou durante a instrução processual, desde que necessária a proteção dos direitos declarados na lei, quando presente a prova da existência de crime e indício suficiente de autoria, constituindo estes últimos os pressupostos da

prisão preventiva, os quais serão analisados oportunamente (ROCHA, 1999, p. 452).

2.2 PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A PRISÃO PREVENTIVA

Os princípios que orientam as prisões cautelares de modo geral são:

- a) **jurisdicionalidade:** onde o juiz competente deverá se pronunciar, seja antes ou depois da prisão, mas sempre precisará de uma decisão judicial;
- b) **acessoriedade:** aqui a prisão cautelar não poder ser objeto principal. Sendo esta sempre acessória;
- c) **provisoriidade:** nesta modalidade de prisão a duração será delimitada de acordo com os requisitos que a sustentem, ou até que surja a medida principal;
- d) **proporcionalidade:** a prisão cautelar não pode ser mais gravosa que a medida principal esperada;
- e) **instrumentalidade:** diz respeito ao instrumento utilizado para alcançar a medida principal.

No entendimento doutrinário de Claus Roxin o referido autor faz menção ao princípio da proporcionalidade e a prisão preventiva da seguinte maneira:

Entre as medidas que asseguram o procedimento penal, a prisão preventiva é a ingerência mais grave na liberdade individual, por outra parte, ela é indispensável em alguns casos para uma administração da justiça penal eficiente. A ordem interna de um Estado se Revela no modo em que está regulada essa situação de conflito; os Estados Totalitários, sob a antítese errônea Estado cidadão, exagerarão facilmente importância do interesse estatal na realização, o mais eficaz possível no procedimento penal. Num Estado de Direito, por outro lado, a regulação dessa situação não é determinada através da antítese Estado-cidadão; o Estado mesmo está obrigado por ambos os fins: assegurar a ordem por meio da persecução penal e proteção da esfera da liberdade do cidadão. Com isso, o princípio constitucional da proporcionalidade exige restringir a medida e os limites da prisão preventiva ao estritamente necessário (ROXIN, 2008, p. 369).

2.3 A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

O texto do Código de Processo Penal (Decreto-lei 3.689, de 03/10/1941) dizia o seguinte: “Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos” (BRASIL, 1941).

É curioso que, originária da ditadura do Estado Novo de 1937, ela tenha encontrado seu lento funeral já nos comandos de ulterior ditadura, a de 1964, quando a lei 5.349 de 03/11/1967 concedeu ao artigo 312 a sua atual redação:

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

Na atualidade cabe ao juiz decidir acerca da necessidade do encarceramento cautelar do imputado. A prisão preventiva poderá ser decretada tanto no decorrer da ação penal quanto no curso do inquérito policial. Conforme redação do 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 (BRASIL, Código de Processo Penal).

Vale ressaltar que, da decisão que decreta a prisão preventiva, cabe habeas corpus. Em caso de indeferimento do mesmo, caberá recurso em sentido estrito (art. 581, V, do Código de Processo Penal).

2.4 PRISÃO PREVENTIVA E SEUS PRESSUPOSTOS

Os pressupostos da prisão preventiva são: a prova da existência do crime e o indício suficiente de autoria, conforme disposição do artigo 312 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2011), configurando dessa maneira o *fumus boni juris* ou

simplesmente “fumaça do bom direito”, onde no Processo Penal é comum o emprego do referido termo em conjunto com o *comissi delicti*, que remete a presença de elementos indicativos da prática do delito nos autos em face de determinada pessoa. Trata-se de um requisito de qualquer medida cautelar.

Quanto aos pressupostos, Delmanto Júnior ensina que:

A verificação acerca da seriedade dos indícios de autoria não se confunde, por óbvio, com eventual prejulgamento, mesmo porque a prisão provisória não será nunca decretada com base nessa constatação, mas sim, com fundamento em sua necessidade cautelar. Além disso, a indispensabilidade desses indícios sérios de autoria para que se possa proceder ao encarceramento provisório afigura-se, antes de tudo, como uma verdadeira exigência do direito à presunção de inocência, uma vez que vem a limitar, ao máximo, a utilização da prisão provisória, que, repetimos, não será jamais decretada em função da culpabilidade do acusado (DELMANTO JR, 1998, p. 27).

É importante frisar que a existência do crime pressupõe a comprovação do fato típico que se denota através do exame do corpo de delito. Inevitável a exigência da tipicidade que, não existindo, ocasiona inépcia da denúncia, de modo a não poder existir decretação de prisão preventiva².

Por conseguinte, a decretação da prisão preventiva exige prova legítima da existência do crime, não sendo suficiente para sua consolidação uma simples suspeita ou supostos indícios.

Portanto, impõe-se ainda que exista um indício suficiente de autoria para a referida decretação da prisão preventiva. Ratificando que a pretensão é a existência de uma imputação provável, não caracterizando certeza de fato, nem mesmo prova insignificante quanto a autoria. A saber, Antônio Mossin expõe seu posicionamento da seguinte maneira:

Não há na legislação penal brasileira, normal legal que defina o que seja indício suficiente de autoria. O aplicador do direito deverá chegar a essa conclusão valendo-se dos elementos de convicção presentes nos autos, atentando-se sempre para o caráter excepcional da medida (MOSSIN, 1998, p. 402).

No tocante a existência do crime, a lei exige a prova da real materialidade do fato no que diz respeito ao vestígio de autoria, de modo a ser, essa, suficiente para satisfazer a lei em relação a uma provável confirmação futura.

² TAPR – HC 51/77. Relator Abrahão Miguel. RT 501/342.

Porém, não é toda corrente doutrinária que concorda com tal proposição, a saber, Delmanto Júnior diz que:

A verificação de graves indícios de culpabilidade, para que não se confunda com prejulgamento e, portanto, com violação ao direito à presunção de inocência, deverá lastrear-se em dados colhidos ainda no inquérito policial ou somente durante o desenrolar da instrução processual penal, mas nunca quando já encerrada. Aliás, o juiz somente terá condições de apreciar devidamente a culpabilidade quando encerrada instrução. Com isto se evita a prisão cautelar contra quem não se tenha, pelo menos uma abordagem apriorística e provisória, fortes indícios de culpabilidade. (DELMANTO JR, 1998, p. 143).

2.5 A MEDIDA PREVENTIVA E SUA DECRETAÇÃO

Conforme preceituação legal do Código de Processo Penal em vigor no seu artigo 311, durante qualquer fase da investigação policial ou do curso processual penal será cabível a decretação da prisão preventiva pelo juiz, de ofício, se em curso da ação, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou assistente e ainda por representação da autoridade policial, desde que haja pelo menos um dos requisitos necessários, sendo eles: a garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; conveniência da instrução criminal e por último; para assegurar a aplicação da legislação penal (Art. 312 do CPP).

Ultimamente os quatro requisitos anteriormente citados para a decretação da prisão preventiva não vêm sendo valorizados da maneira como deveria, visto que muitos promotores de justiça e juízes de direito acreditam que o clamor social se enquadraria como mais um pré-requisito para a ora relatada decretação.

A circunstância em que o acusado tenha que cumprir os requisitos dispostos no artigo 321 do Código de Processo Civil e ter esse Direito Constitucional, de acordo com o inciso LXVI do artigo 5º, não representa quase nada, visto que todos somos tendentes a erros e podemos praticar alguma conduta não lícita em algum momento da vida.

A dúvida que resta é quanto ao fato de o juiz decretar a prisão preventiva de alguma pessoa que tenha praticado um crime horripilante simplesmente tomando como fundamento o clamor da sociedade para sua decisão. Como se de alguma maneira isso garantisse mais credibilidade ao que realmente caracteriza justiça.

Com resposta para tal indagação existem correntes doutrinárias divergentes que discutem o tema da seguinte maneira:

A brutalidade do delito provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, de tal forma que, havendo *fumus boni iuris*, não convém aguardar-se até o trânsito em julgado para só então prender o indivíduo. Assim já decidiu o STJ: "... quando o crime praticado se reveste de grande crueldade e violência, causando indignação na opinião pública, fica demonstrada a necessidade de cautela" (RT, 656/374). No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo: "Levando-se em conta a gravidade dos fatos, não está fora de propósito argumentar sobre a ocorrência de clamor público e temor da vítima, justificando a prisão preventiva, fundamentada na garantia da ordem pública..." (RT, 691/314). Há, no entanto, uma forte corrente em sentido contrário, sustentando que, neste caso, não se vislumbra *periculum in mora*, porque a decisão preventiva não seria decretada em virtude de necessidade do processo, mas simplesmente em face da gravidade do delito, caracterizando-se afronta ao estado de inocência. Nesse sentido já decidiu o STF: "A repercussão do crime ou clamor social não são justificativas legais para a prisão preventiva" (RT, 549/417). (CAPEZ, 2004, p. 243).

Portanto, através dessa transcrição exposta acima, entende-se que o ilustre doutrinador, mesmo citando julgados antagônicos dos Tribunais, nos leva a acreditar que os posicionamentos das referidas Cortes diante da matéria em epígrafe se contrastam. Porém, é de grande importância saber que as últimas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o tema estão na mesma linha de raciocínio dos entendimentos esboçados pelo Supremo Tribunal Federal (STF), configurando que o clamor social não é elemento, por si só, para fundamentar a decretação da custódia preventiva.

Diante desse entendimento, segue abaixo alguns trechos extraídos dos Boletins Informativos de Jurisprudências do STJ:

Boletim Informativo nº 213 do STJ. DECISÃO DA 6ª T. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS FUNDAMENTAÇÃO. A gravidade do delito mesmo quanto praticado crime hediondo, se considerada de modo genérico e abstratamente, sem que haja correlação com a fundamentação fático objetiva, não justifica a prisão cautelar. A prisão preventiva é medida excepcional de cautela, devendo ser decretada quando comprovados objetiva e corretamente, com motivação atual, seus requisitos autorizadores. O clamor público, por si só, não justifica a custódia cautelar.³

Boletim Informativo nº 241 STJ. DECISÃO DA 5ª T. HC. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO. Distanciados dos fatos concretos e respaldados em suposições, os argumentos de existência de

³ HC 5.626-MT, DJ 16/6/1997, e HC 31.692-PE, DJ 3/5/2004. HC 33.770-BA, Rel. Min. Paulo Medina. Julgado em 17/6/2004.

prova de materialidade, indícios de autoria do crime, COMOÇÃO SOCIAL, CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA E GRAVIDADE DO DELITO NÃO SÃO SUFICIENTES PARA JUSTIFICAR A CUSTÓDIA CAUTELAR NEM A MANUTENÇÃO NA PRISÃO DE PACIENTE primário com bons antecedentes e residência fixa. Com esse reiterado entendimento, a Turma concedeu a ordem de habeas corpus, o que não impede a decretação de nova prisão preventiva com base em elementos concretos que a justifiquem.⁴

Diante das observações necessárias que foram expostas, percebe-se que a resposta de fato para a situação anteriormente tida como dúvida é o entendimento dos Tribunais Superiores, onde adaptam uma tendência de jurisprudências no sentido de pacificar que o clamor público não pode ser matéria essencial para fundamentar, de maneira isolada, a decretação da prisão preventiva.

Para confirmar a uniformização do entendimento, segue mais um julgado do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema em destaque, de modo que a Corte esclareceu o seguinte:

Boletim Informativo nº 383 STF. EMENTA: HABEAS CORPUS: PACIENTE DENUNCIADO POR HOMICÍDIO QUALIFICADO. ALEGA NULIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA QUE FAZ REFERÊNCIA A REPERCUSSÃO NACIONAL DO CRIME, A CLAMOR PÚBLICO E À GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA NA LOCALIDADE EM QUE O CRIME FOI COMETIDO. No julgamento do HC nº 80.717, o Plenário deste Supremo Tribunal Federal reafirmou a ilegalidade da segregação, quando embasada unicamente na gravidade do fato, na hediondez do delito ou no CLAMOR PÚBLICO. Nesse julgado, a corrente que prevaleceu registrou que o modo e a execução do crime, bem como a conduta do acusado antes e depois do delito, poderiam servir de respaldo para legitimar a prisão preventiva com base na ordem pública. Para tanto, é preciso que se evidencie a intranquilidade no meio social que o réu, em liberdade, poderia causar. Ainda sobre “a garantia da ordem pública”, os precedentes de ambas as Turmas desta Corte, e mais recentemente o Plenário, consignam a possibilidade de enquadrar-se nesse fundamento a prisão preventiva decretada com vistas a evitar que o acusado pratique novos delitos, incluindo, aí, a incolumidade física das pessoas, sobretudo daquelas que querem colaborar com a Justiça. Aplicando os precedentes jurisprudenciais a este caso, é de se afastar prontamente as referências à “repercussão de âmbito nacional” e “ao CLAMOR PÚBLICO” enquanto fundamentos válidos à decretação da custódia do paciente. Resta, porém, um motivo que, pela excepcionalidade do caso, é suficiente para manter a custódia do paciente. É que o decreto prisional deixa claro o temor das testemunhas e a insegurança na localidade em que o crime foi cometido (...).⁵

Destarte, deve-se perceber que, conforme os mais variados entendimentos acima mencionados, não se pode compreender, onde consta a expressão da garantia da ordem pública notadamente mencionada no Código de Processo Penal, a questão

⁴ HC 41.601-MG, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 7/4/2005.

⁵ Clipping do DJ. 15 de abril de 2005. HC N. 84.680-PA Rel. Min. Carlos Britto.

do clamor público (ainda que haja uma doutrina minoritária que aborde o tema), mesmo porque não estaria sendo caracterizado, nesta situação, algo de extrema significância, como o perigo que determinada pessoa pudesse vir a ocasionar, por exemplo, mas sim a gravidade objetiva do crime e a pretensão da penalização por meio da sociedade.

2.6 CIRCUNSTÂNCIAS PARA A PRISÃO PREVENTIVA

2.6.1 Quanto a garantia da ordem pública

A ordem pública tem como significado a situação e o estado de legalidade normal, onde as autoridades praticam suas atividades habituais e os indivíduos as obedecem e respeitam.

Existem doutrinadores que manifestam expressamente a contrariedade a prisão preventiva fundamentada na “garantia da ordem pública”, a saber, Gomes Filho destaca em sua obra:

À ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação da liberdade adotadas como medidas de defesa social; fala-se, então, em “exemplaridade”, no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade; ou, ainda, em prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitar novos crimes; uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuadamente propenso a práticas delituosas ou, ainda, indicar a possível ocorrência de outras, relacionadas à supressão de provas ou dirigidas contra a própria pessoa do acusado. (FILHO, 1991, p. 67-68).

Há ainda o posicionamento de Delmanto Júnior quanto a decretação da custódia provisória baseada na garantia da ordem pública, onde o mesmo considera:

Ser indisfarçável que, nesses termos, a prisão preventiva se distancia de seu caráter instrumental – de tutela do bom andamento do processo e da eficácia de seu resultado – ínsito a toda e qualquer medida cautelar, servindo de instrumento de justiça sumária, vingança social, etc. (DELMANTO JR. 1998, p. 156).

Vale lembrar que não sendo a “garantia da ordem pública” um motivo de cautela certamente dita, ela não pode ser suficiente para a decretação da prisão preventiva, de modo que só poderá ser decretada tal prisão em casos concretos, nas situações que existirem fundamentação de natureza nitidamente cautelares, demonstrando risco ao curso e efetivação do processo.

2.6.2 Quanto a garantia da ordem econômica

Tal garantia é também uma das circunstâncias autorizadas da prisão preventiva e foi introduzida no artigo 312 do CPP pela Lei Antitruste, nº 8.884/94 que atualmente está revogada pela Lei 12.529/11. Tratando em seu teor de ilicitudes administrativas e civis que contrastam à ordem econômica.

A Lei 7.492 ou, simplesmente, Lei do “Colarinho Branco” também se adotava em seu teor a decretação da prisão preventiva em seu artigo 30.

Crimes que se contrapõe à ordem econômica e financeira da sociedade são tidos como graves e se assemelham com os demais delitos, sendo inaceitável que o acusado de desviar dinheiro público para uso pessoal permaneça em liberdade. O que notadamente não acontece no Brasil.

O dano causado pelas práticas dos crimes contra a ordem econômica garante inconformidade por grande parte da população, o que ocasiona uma perda de confiança no poder do Estado de fazer Justiça.

2.6.3 Quanto a conveniência da instrução criminal

Tal medida deve ser aplicada sempre que o indiciado ou réu estiver prejudicando as investigações.

Na concepção de Cunha e Pinto (2008) esta circunstância é de suma relevância, pois se o agente se encontra ameaçando testemunhas e vítimas, aliciando falsas testemunhas, desaparecendo com vestígios do crime, enfim, dificultando ou

desfigurando a prova, em todas essas situações se torna cabível a decretação da medida cautelar.

Nos casos narrados anteriormente, a decretação da prisão será necessária, visto que se não ocorrer o Juiz ficará impedido de aplicar de maneira coerente a norma penal.

Acredita-se que através da prisão preventiva, com base na conveniência da instrução criminal, é possível assegurar efetivamente o curso processual penal, equilibrado e adequado para o andamento do devido processo legal.

Não se pode deixar de mencionar que determinadas suposições ou demais questões abstratas não servirão como base de fundamento para a decretação da prisão preventiva.

Dessa forma, jurisprudências já tratam sobre a referida temática:

Prisão preventiva. Decretação por conveniência da instrução criminal, sem demonstrar os fatos que motivaram o convencimento. Falta de Fundamentação. Ordem concedida. "A fundamentação não pode se basear em proposições abstratas, como simples ato formal, mas resultar de fatos concretos.⁶

2.6.4 Quanto a garantia da aplicação da lei penal

Garantir que a lei penal seja aplicada transpõe a ideia de que o indiciado possa demonstrar propósito de se sobressair ao cumprimento de uma possível sentença condenatória. Nesse caso é suficiente o juízo de probabilidade.

Para tanto, de modo a garantir que a lei penal seja aplicada, o indiciado pode ser privado de sua liberdade cautelarmente. Situação que expõe bem essa possibilidade é aquela onde o réu que comercializa bens para fugir do distrito da culpa ou que já tenha o deixado com a intenção de se isentar do cumprimento de uma possível e provável condenação.

A jurisprudência já evidencia o posicionamento quanto a aceitação da prisão preventiva na hipótese retratada acima, conforme o seguinte julgado: "Se o paciente cumula maus antecedentes, com o fato de estar foragido do distrito da culpa, correta

⁶ STF, RTJ 73/411. TJSC – 30 de novembro de 1990. HC 425918 SC 1988. 042591-8. Rel. Min. José Roberge

se entremostra a sua cautela ante tempus, para a regularidade da instrução e futura aplicação da lei penal.”⁷

Dessa forma, observa-se que a imposição da medida cautelar baseada nessa razão só poderá ter justificativa se houver motivos plausíveis que demonstrem a intenção do indiciado ou réu de se furtar do cumprimento da pena.

O entendimento de Vicente Greco Filho (1995) confirma o que foi aludido anteriormente quando em sua obra ele esclarece da seguinte maneira:

Em princípio, somente se decreta a preventiva se houver prognóstico de cumprimento efetivo de pena privativa de liberdade. Os requisitos dos benefícios penais, como a suspensão condicional da pena ou a prisão albergue, podem não coincidir com a necessidade da prisão processual, mas, em princípio, se há prognóstico fundado da concessão de um desses benefícios e não há outro motivo legal autônomo (como por exemplo ofensa à ordem pública por ameaça à testemunhas), a preventiva não deve ser decretada. Isto porque, salvo motivo independente, não há razão de prisão processual se, condenado definitivamente, esta não se efetivar. (GRECO FILHO, 1995, p. 244).

2.7 ADMISSIBILIDADE

Para que a prisão preventiva do imputado possa ser decretada não basta apenas estarem presentes os pressupostos elencados no artigo 312 do Código de Processo Civil, pois nem todos os ilícitos praticados ensejam, aos executores, à referida prisão. Vale mencionar que o artigo 313 determina as situações em que a decretação da medida cautelar pode ser admitida.

Em todas as hipóteses a conduta do imputado deverá constituir o dolo do crime, sendo este requisito de admissibilidade imprescindível para que haja a prisão preventiva.

Preenchido o requisito acima retratado, o vigente Código de Processo Penal determina que a medida será cabível nos casos em que:

- a) nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

⁷ STJ. 6ª Turma. HC nº 5684/PB. Rel. Min. Anselmo Santiago. DJU de 25/8/1997.

- b) se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença condenatória transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do artigo 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e;
- c) 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.

Em relação a essa última situação, a Lei 11.340/2006 já trazia em seu teor o seguinte texto em consonância com a prisão preventiva e a violência doméstica:

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva, se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (BRASIL, 2006. Código de Processo Penal, Art. 20).

Portanto, de acordo com a interpretação do mencionado artigo, quanto a possibilidade da prisão preventiva nos casos de violência doméstica e familiar, conclui-se que:

- a) a prisão preventiva cabe nos casos de delitos dolosos, mesmo porque não existem crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher culposos, visto que essa modalidade de violência só se caracteriza com o dolo;
- b) só será possível efetuar a prisão em comento nos casos em que tenha indícios de autoria e materialidade suficientes do delito;
- c) a prisão preventiva quando se tratar de violência doméstica e familiar contra a mulher independe de pena cominada, do delito praticado e ainda das condições pessoais do sujeito ativo, desde que estejam presentes os requisitos autorizadores de sua decretação, principalmente para garantir a vida e a integridade física da vítima e para viabilizar o efetivo cumprimento das medidas protetivas de urgência, independentemente do delito ser apenado com reclusão ou detenção, ante a gravidade dos fatos e periculosidade do agente.

Enfim, ainda que os delitos sejam punidos com detenção, a prisão poderá ocorrer não só em flagrante como é o caso da prisão preventiva, contudentes os requisitos, especialmente para garantir a vida e a integridade física da vítima, conforme preceitua a Lei 11.340 de 2006 (Lei Maria da Penha), principalmente em seu artigo 4º, onde dispõe na interpretação da Lei que serão levadas em consideração as condições peculiares das mulheres nas situações decorrentes de violência doméstica e familiar, motivo pelo qual o já retratado artigo 20 da mesma Lei não difere entre os delitos que possibilitariam ou não a prisão preventiva do acusado. Restando claro a aplicabilidade da mesma para todos os ilícitos praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente de punições com detenção ou reclusão.

Julgados rechaçam exatamente o que foi tratado anteriormente em várias decisões, conforme a seguir:

EMENTA: HABEAS CORPUS – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA REITERADA – PRISÃO PREVENTIVA – POSSIBILIDADE – CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – AGRESSOR COM PERSONALIDADE VIOLENTA – INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM DENEGADA. Não constitui constrangimento ilegal quando a necessidade do acautelamento provisório do paciente está suficientemente fundamentado pela conveniência da instrução criminal – para evitar a intimidação da vítima e assegurar a apuração da verdade, bem como para resguardar a integridade física da vítima e de seus familiares, observada a gravidade dos fatos: O impetrante aduz que o paciente está segregado no Presídio Militar de Santo Antônio de Leverger há quase 01 (um) mês, pela suposta prática de ameaça contra sua ex-companheira, com fundamento no artigo 20 da Lei nº 11.340/2006, c/c artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal. Argumenta que a prisão se baseou apenas no depoimento da vítima, pois o paciente sequer foi ouvido pela autoridade policial ou judicial, afrontando o artigo 12 da Lei nº 11.340/2006. Alega, também, que não há motivos para a prisão, porquanto o paciente é réu primário, com bons antecedentes, possui residência fixa e ocupação lícita. Requer, liminarmente e em definitivo, a concessão da ordem de habeas corpus, com a expedição do respectivo alvará de soltura. Indeferi a liminar, fls. 22/23-TJ... O impetrante alega constrangimento ilegal por inexistência de motivos autorizadores da prisão cautelar. Constatou-se que a prisão preventiva do paciente foi efetivada, em 22 de março de 2007, como conveniente à instrução criminal, e indeferido o pedido de revogação da segregação cautelar. Os fatos, notadamente através das cópias trazidas pela autoridade judicial, evidenciam violência doméstica reiterada, com ameaças de morte à vítima imputadas pelo acusado, estando presentes a prova da existência dos crimes e indícios suficientes de autoria. A prática de violência doméstica contra a mulher vem sendo coibida com a edição da novel Lei nº 11.340/2006, conhecida como “Lei Maria da Penha”, na qual está prevista expressamente a possibilidade de decretação da custódia preventiva do agressor, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, nos termos do artigo 20 da citada lei. Assim, a magistrada constatou a necessidade do acautelamento provisório do paciente, suficientemente fundamentado pela conveniência da instrução criminal para evitar a intimidação da vítima e assegurar a apuração da verdade, bem como

para resguardar a integridade física da vítima e de seus familiares, observada a gravidade dos fatos. Com efeito, é irrelevante as alegações de bons antecedentes, residência fixa, ocupação lícita, quando presentes os motivos da prisão preventiva. Em conclusão, diante dessas considerações, denego a ordem impetrada. É como voto.⁸

E ainda:

EMENTA: HABEAS CORPUS – LESÕES CORPORAIS, AMEAÇA E CÂRCERE PRIVADO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA PRATICADA CONTRA EX-COMPANHEIRA – ALEGADA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PRISÃO CAUTELAR – ART. 20 DA LEI 11.340/2006 – ART. 311 E 312 DO CPP – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – CONSTANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO – ORDEM DENEGADA. Presentes os requisitos exigidos no art. 312 do CPP, bem como no art. 20 da Lei nº 11.340/2006, não há falar-se em ausência de justa causa para a prisão preventiva... argumenta que o constrangimento ilegal consiste na ausência de justa causa para a manutenção da prisão cautelar do paciente, eis que o mesmo é primário, trabalhador, possui residência fixa e não representa risco a segurança da ex-namorada, juntando documento de fls. 14 usque 45. O pedido de liminar foi indeferido pelo eminente Des. Rubens de Oliveira Santos... Depreende-se da impetração e das fotocópias dos autos colacionadas pelo impetrante, que o paciente praticou os crimes de lesão corporal, ameaça e cárcere privado contra sua ex-companheira, impelido por ciúmes e aduzindo de forma preconceituosa que ela estaria praticando prostituição.⁹

Importante lembrar que na hipótese denotada no parágrafo único do artigo 313 do Código de Processo Penal, também caberá a prisão preventiva na seguinte situação:

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. (BRASIL, 2011. Código de Processo Penal, Art. 313, Parágrafo único).

A prisão preventiva não será decretada nas contravenções penais, já que, conforme já reiteradamente aqui tratado, sua aplicabilidade só ocorrerá nos casos que configurarem crimes, da mesma maneira que a lei retrata.

Não poderá ser decretada também na situação que o artigo 314 do Código de Processo Penal determina:

⁸ Segunda Câmara Criminal. Habeas Corpus nº 28315/2007. Julgado no dia 16.05.2007. Relator Paulo da Cunha.

⁹ Primeira Câmara Criminal. Habeas Corpus nº 100775/2006. Julgado no dia 13.02.2007. Relatora Desembargadora Shelmia Lombardi de Kato.

Se houver prova de que o acusado agiu acobertado por alguma causa excludente de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito ou estrito cumprimento do dever legal). (BRASIL, 2011. Código de Processo Penal, Art. 314, alínea “a”).

Tourinho Filho (1999) considera que não é exigido provas incontroversas, inquestionáveis. Tendo que, no entanto, garantir ao Juiz a certeza de que o réu não cometeu nenhum ato ilícito.

Nada obstante, Rocha (1999) aprecia que não deve ser exigido provas que conteste que o réu agiu acobertado das excludentes para que seja negada a preventiva. O mesmo ressalta ainda que as provas deverão ser suficientes para que preencha a convicção do Juiz quanto a inocência do réu.

Bonfim (2007) acrescenta ainda que nos casos em que o Juiz verificar, por meio de provas, que o agente praticou o crime diante de coação moral irresistível ou erro de proibição (causas de extinção de culpabilidade), também não deverá ser enquadrado na prisão preventiva.

2.8 EXIGÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO

A princípio, importa saber que o artigo 315 do Código de Processo Penal preceitua que: “A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada” (BRASIL, 2011).

Nota-se que a prisão preventiva, como medida cautelar que antecede uma possível condenação futura, consubstancia um artifício justificado em meio a necessidade, onde a exigência de fundamentos plausíveis incide no âmbito de que é uma cautela que deverá ser observada no procedimento de decretação, pois configura uma grave medida.

Nesse sentido, cabe ao Juiz antes de decretar a prisão preventiva de ofício, fazer uma minuciosa análise que verifique, primeiramente se tal medida é cabível no caso concreto e se existe tipicidade quanto as disposições do artigo 313 do Código de Processo Penal; em segundo lugar, se todos os pressupostos estão presentes, conforme artigo 312 do mesmo código; e em terceiro lugar, se a aplicação da medida

é necessária e indicada, verificando a presença das circunstâncias autorizadoras do mesmo artigo.

Importa frisar que a fundamentação da prisão preventiva deve ser baseada em casos concretos, pois não há possibilidade de regradar e generalizar todas as situações, de modo que o decreto prisional seria inválido nessas hipóteses,

O Supremo Tribunal Federal proferiu julgado considerando que a gravidade do delito e o risco, em tese, de que os agentes possam evadir-se ou ameaçar testemunhas não bastam por si sós, pois para justificar a manutenção da custódia cautelar a 1ª Turma, por ausência de fundamentação, concedeu habeas corpus para anular a decretação da prisão conferida contra os acusados, ratificando, ademais, que a prisão preventiva aduz uma medida excepcional de restrição de liberdade, não devendo se configurar antecipadamente uma condenação penal. Senão, segue acórdão:

Habeas Corpus n. 81.180-MG relator: min. Ilmar Galvão. Ementa: habeas corpus. Pedido de revogação de prisão preventiva do paciente decretada com base na gravidade do crime, na conveniência da instrução criminal e na garantia de aplicação da lei penal. Recurso ordinário desprovido pelo superior tribunal de justiça, que considerou estar devidamente demonstrada a necessidade da custódia cautelar, nos termos do art. 312 do CPP. Hipótese em que a decisão impugnada carece de fundamentação válida, tendo em vista que a simples referência à possibilidade de evasão do distrito da culpa, à gravidade em abstrato do delito e à repercussão do fato sobre as testemunhas, sem qualquer elemento concreto a indicar a consistência dessas afirmações, não podem validar o decreto de prisão preventiva. Habeas corpus deferido.¹⁰

A respeito dessa temática, Grinover se posiciona em sua obra da seguinte maneira:

É através da fundamentação, com efeito, que se expressam os aspectos mais importantes considerados pelo julgador ao longo do caminho percorrido até a conclusão última, representando, por isso, o ponto de referência para a verificação da justiça, imparcialidade, atendimento às prescrições legais e efetivo exame das questões suscitadas pelos interessados no pronunciamento judicial. (GRINOVER, 1992, p. 242-243).

Não obstante e ainda quanto a fundamentação, Mirabete acentua de maneira clara e objetiva:

¹⁰ HC 81.180-MG, rel. Min. Ilmar Galvão, 18.9.2001. (cf. Informativo nº 242, de 26/09/2001).

A medida excepcional de decretação da prisão preventiva não pode ser adotada se ausente o fundamento legal. Deve ela apoiar-se em fatos concretos que a embasem e não apenas em hipóteses ou conjecturas sem apoio nos autos. Não a permite a simples gravidade do crime, ou por estar o autor desempregado ou por não possuir bons antecedentes. Também não se pode decretar a medida apenas para garantir a incolumidade física do acusado, pois tal constitui desvio de finalidade, cabendo ao estado providenciar segurança com outras medidas. (MIRABETE, 2002, p. 417).

2.9 A PRISÃO PREVENTIVA EM FACE DO CLAMOR PÚBLICO E DA REPERCUSSÃO DO CRIME

A mera repercussão do fato que compreenda repulsa, revolta e clamor público, não constitui motivo suficiente para que seja decretada a prisão preventiva. A 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é responsável por esse entendimento, vez que, ao recusar a solicitação do Ministério Público da prisão preventiva de um motorista indiciado pela morte de 17 crianças e adolescentes em Erechim, além do proprietário da empresa de transporte e ainda o mecânico encarregado pela manutenção do veículo.

O Desembargador relator do caso, Manuel José Martinez Lucas, enfatizou que a prisão preventiva é uma situação extraordinária, sendo justificada apenas nos casos corretamente enquadrados na apreciação do artigo 312 do Código de Processo Penal. De modo que deve existir, esclareceu, prova da existência do crime e indícios de autoria, além de embasamentos sólidos da necessidade do isolamento, como, por exemplo: a segurança da ordem pública ou econômica, para a conveniência da instrução criminal e segurança da aplicação da lei penal.

Ao finalizar o voto do julgado anteriormente tratado, o desembargador Lucas salientou que:

Diante do que se ouve e se lê nos meios de comunicação, diante da já referida repercussão do fato em comento e diante do que afirma o próprio recorrente, em suas razões, que a permanência dos réus em liberdade, durante a tramitação do feito, nada tem a ver com impunidade, chaga social contra a qual tantas vozes se levantam, com inteira Justiça, e que precisa ser definitivamente banida de nosso meio. Tal decisão, na realidade, é apenas expressão de normas constitucionais e princípios gerais do Direito, cuja observância é imperioso, sob pena de se instaurar, através do Poder Judiciário, o mais indesejável arbítrio. É evidente, no entanto, que, vindo o

réu a ser condenado, após o devido processo legal, deverá cumprir a pena, nos estritos termos da sentença que for proferida.¹¹

Outra jurisprudência pertinente a temática em epígrafe foi proferida pelo Superior Tribunal de Justiça da seguinte forma:

Boletim Informativo nº 213 do STJ. Decisão da 6ª T. Prisão Preventiva. Requisitos. Fundamentação. A gravidade do delito mesmo quando praticado crime hediondo, se considerada de modo genérico e abstratamente, sem que haja correlação com a fundamentação fático objetiva, não justifica a prisão cautelar. A prisão preventiva é medida excepcional de cautela, devendo ser decretada quando comprovados objetiva e corretamente, com motivação atual, seus requisitos autorizadores. O clamor público, por si só, não justifica a custódia cautelar.¹²

Em relação a exposição da mídia e a prisão preventiva, não se pode deixar de mencionar que ultimamente há uma constante divulgação dos delitos mais graves que geraram maior repercussão social e desencadearam expressos manifestos de clamor público.

Um bom exemplo para a situação tratada anteriormente é o caso da criança Isabella Nardoni. Situação que gerou uma grande repercussão midiática, tanto nacional como internacionalmente.

Não se pode negar que o caso se enquadra perfeitamente nos parâmetros de significância “midiática”, bem como relata Gomes (2008) em seu comentário ao referido e lamentável caso: “O caso Isabella, em virtude da imensa repercussão que ganhou na mídia e na população em geral, deve ser classificado (evidentemente) como um caso midiático”.

Em uma situação como essa, deve ser reconhecido que a imprensa cumpriu o seu papel com excelência, o que para muitos não é interessante. Pois acusados, delegados, promotores e até juízes ficaram envolvidos em um grande episódio que independia de suas vontades e objetivava apenas a geração de material midiático para aumentar cada vez mais a repercussão do caso.

Os acusados tidos como protagonistas do caso passam a ser celebridades vilãs, fotografados por vários e ainda com espaço livre em diversos programas de

¹¹ **Clamor Público não justifica prisão preventiva.** Julgados – Direito Penal. Processo: 70012660445. <<http://www.ioab.com.br/noticiadb.asp?area=juridicas¬icia=50268>>. Acesso em: 05 de outubro de 2015.

¹² HC 5.626, DJ 16/06/1997, e HC 31.692-PE, DJ 3/5/2004. HC 33.770-BA, Rel. Min. Paulo Medina, julgado em 17/06/2004.

televisão. Além de que, inacreditavelmente, tal situação para muitos serve de fonte de lucro.

Juridicamente é preciso reconhecer que tal situação é preocupante e, no mínimo, revoltante.

O Judiciário, Ministério Público e as Delegacias de Polícia, responsáveis pelo privilégio de possuir informações que tendam a garantir novas provas sobre o caso, muitas vezes as perdem, devido a invasão e ganância da imprensa para a exposição de material midiático.

Importa mencionar que o mais preocupante é ver um Judiciário se deixando levar por clamores públicos ocasionados pelo sensacionalismo forçado das mídias. Promovendo apenas uma grande indagação quanto a segurança jurídica dos casos tratados.

No caso lamentável da criança Isabella Nardoni, notavelmente se percebe a existência do grande clamor público, com destaque para atitudes expressivas de revolta por parte da população, como uma maneira de “vingar” as figuras do pai e madrasta da criança.

Interessante mencionar que se não houver uma respectiva condenação por ausência de provas suficientes e os mesmos forem absolvidos na seara jurisdicional, nada importará, pois no não adiantaria uma absolvição processual se de qualquer maneira os acusados já estariam condenados mediante o clamor público precipitado, ocasionado pela mídia.

O resultado da possível absolvição já não teria tanta importância no contexto social. Pois a imagem dos acusados, bem como de todos os envolvidos, já estaria retalhada pela sociedade. Importa mencionar que em casos como esse, não existe pena mais gravosa do que o exílio forçado, a rejeição.

É relevante considerar que no processo penal não se atribui ao acusado a comprovação de sua inocência, pois cabe a acusação provar a respectiva culpabilidade do réu.

Nesse sentido, não existe meio para negar o grandioso prejuízo causado aos réus, principalmente aos que se encontram nas situações que competem ao Tribunal do Júri. Onde aqueles que assistem os noticiários da televisão são os mesmos que compõe o respectivo Conselho de Sentença.

Sobre situações como essa, o eminente jurista da Península Itálica, Francesco Carnelutti, considera em sua obra “As Misérias do Processo Penal” que “o homem,

quando é suspeito de um delito, é jogado às feras, como se dizia uma vez condenados oferecidos como alimento às feras. A fera, a indomável e insaciável fera é a multidão”. (CARNELUTTI, 1995, p. 22).

2.10 PRISÃO PREVENTIVA DECORRENTE DA FUGA DO ACUSADO

Vários julgados consideram que a fuga do acusado é motivo suficiente para que haja a decretação da prisão preventiva. Isto é, se o acusado desaparecer a situação fica em seu desfavor e, “por si só, justifica o decreto prisional”.¹³

O ilustre professor Luiz Flávio Gomes (2006) diz que para a fuga estabelecer fundamento da prisão preventiva, é necessário que sejam preenchidas duas exigências:

- a) que haja inequívoca comprovação de fuga e;
- b) que tal fuga seja ilegítima.

Portanto, fica claro que para justificar a prisão preventiva é preciso que haja uma comprovação fiel da fuga. Dessa maneira, em nenhuma hipótese poderá ser fundada sob presunções ou suposições de legitimidade. Sendo nesse sentido o posicionamento dos Tribunais, mais especificamente do Supremo Tribunal de Justiça (1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, HC 83.943/MG, DJ 27/04/04).

A fuga do acusado requer, conseqüentemente, fatos concretos que propaguem não só a retirada do agente, mas também alguma postura que demonstre a intenção de obstruir a aplicação da lei. Como exemplo clássico podemos citar a seguinte situação: o sujeito que coloca todos os seus bens a venda para fugir do país de modo a impossibilitar um possível confinamento. Nesse caso caberá a aplicação da prisão preventiva. Porém, o juiz, no momento da decretação, não poderá se basear em meras hipóteses ou suposições, tendo que estar adequado aos requisitos para a aplicabilidade da mencionada prisão.

¹³ STJ, 5ª Turma, HC 34.149/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, DJ 18/10/04; RHC 15.870/SP, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 2/8/04; HC 31.275/GO, rel. Min. Felix Fisher, DJ 2/8/04 e HC 33.380/CE, rel. Min. José Arnaldo, DJ 30/8/04.

Ainda sobre posicionamento de Luiz Flávio Gomes (2006), é possível identificar a seguinte explicação:

Não há nenhum dever de se colaborar com a Justiça quando se está diante de um decreto prisional que é repudiado e reputado como ilegítimo. Não se pode definir como “obstrucionista” o comportamento de quem só está tentando manter intacto seu estado de liberdade, que é pressuposto lógico e inafastável para o regular exercício do constitucional direito de defesa. (STF, 1ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio, HC 83.943/MG, DJ 27/04/04).

2.11 REVOGAÇÃO OU RENOVAÇÃO DA PRISÃO DECRETADA

O artigo 316 do Código de Processo Penal determina que “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”. (BRASIL, 2011).

Como já explicado, a prisão preventiva tem caráter provisório, ou seja, é uma medida excepcional, que só deve ser imposta nas situações que demonstrarem real necessidade.

Destarte, não sendo consistentes os motivos que ensejam a decretação da referida prisão, a mesma deve ser revogada e o réu conduzido a liberdade. Conforme explica Mirabete:

A prisão preventiva tem a característica de rebus sic stantibus, podendo ser revogada conforme o estado da causa, ou seja, quando desaparecerem as razões de sua decretação durante o processo. Não estando presentes os motivos que a determinaram, não deve ser mantida diante de seu caráter excepcional. (MIRABETE, 2002, p. 377).

Não obstante, Marques expôs em sua obra que:

A razão de ser dessa norma está em que a sentença sobre a prisão preventiva descansa sobre um juízo de probabilidade e é proferida segundo o estado da causa. De início, são os elementos informativos do inquérito policial, ou de outra *informatio delicti*, que servem de base à imposição do ato coativo. Se, posteriormente, a prova colhida na instrução mostra que não podem subsistir os elementos informativos que constituíram o fundamento da decretação da prisão, cumpre ao Juiz reformar a sentença anterior, tendo em vista o novo estado da causa. E o mesmo sucederá quando, depois de revogada a prisão anteriormente decretada, elementos probatórios forem

colhidos no curso do procedimento, mostrando a conveniência ou necessidade da medida cautelar. (MARQUES, 1965, p. 110).

No tocante a possibilidade de uma renovação da decretação, Tourinho Filho dispôs que:

Embora o art. 316 permita ao Juiz revogar a medida 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, o certo é que, dispondo o art. 311 que a preventiva pode ser decretada durante o inquérito ou instrução, evidente que essa custódia cautelar só pode ser decretada até a fase do art. 499, qual seja, a que encerra a fase probatória. Ainda que o art. 316 fale em decorrer do processo, este artigo deve ser interpretado em consonância e harmonia com o artigo 311. (TOURINHO FILHO, 1999, p. 566).

Tomaghi (1978) retratou em sua obra que o Juiz se convencendo da necessidade da prisão em um primeiro momento, não significa que não poderá reconsiderar e acreditar em uma outra circunstância, revogando a medida outrora decretada. Pois a reavaliação dos fatos é admissível e independe de novos fatos ou de elementos probatórios.

3 MEDIDAS CAUTELARES DIFERENTES DA PRISÃO

A Lei 11.403/11 veio para acentuar tudo aquilo que o Supremo Tribunal Federal, conservador dos direitos constitucionais, já vinha difundindo: que a prisão anterior ao trânsito em julgado da ação penal condenatória, no direito processual penal brasileiro, só é legítima se os requisitos essenciais comprovarem a sua real necessidade.

A mesma lei introduziu no ordenamento jurídico brasileiro medidas cautelares de natureza judicial que objetivam resguardar a eficiência do processo principal, buscando aplicar apenas quando necessária a prisão provisória. Respeitando a norma constitucional da presunção da inocência.

O artigo 319 do Código de Processo Penal prevê as medidas cautelares cabíveis. Sendo 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.
- § 1o (Revogado).
- § 2o (Revogado).
- § 3o (Revogado).
- § 4o A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

É importante frisar que grande parte dessas medidas cautelares já vinham sendo utilizadas no Direito Penal brasileiro, tendo em conta que sua previsão em termos de condição para suspensão condicional da pena do artigo 77 do Código Penal, bem como a suspensão condicional do processo, conforme disposição do artigo 89 da Lei 9.099/95.

A prisão domiciliar, o impedimento de sair do país, a suspensão da atividade pública ou exercício de caráter econômico ou financeiro, a internação provisória do acusado, nos casos de crimes praticados com violência ou grave ameaça, além da proibição de permitir contato com determinadas pessoas, e o monitoramento eletrônico, já estavam inseridos no processo penal brasileiro.

No entanto, ainda que se pareçam bastante, a mais recente prisão domiciliar tratada não compreende a mesma consagrada pelo artigo 117 da Lei de Execuções Penais (LEP). Onde as mesmas consideram o recolhimento do acusado, só podendo sair através de autorização judicial. Porém, se divergem nos termos da prisão, de modo que em uma (LEP) é caracterizada a prisão pena, e na outra a prisão é processual.

No tocante aos requisitos também é possível evidenciar diferenças, pois na lei mais recente só é possível substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar nos seguintes termos:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante a partir do 7o (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. (BRASIL, 2011. Código de Processo Penal, art. 318)

Tais hipóteses foram inseridas pela Lei 11.403 de 2011. Ademais, o juiz deverá exigir prova idônea que enseje na substituição, conforme se percebe no parágrafo único do artigo.

Na prisão domiciliar disposta na Lei de Execução Penal, é necessário apenas que o condenado tenha 70 (setenta) anos de idade e/ou seja portador de doença grave, tenha filho menor de idade ou deficiente (físico ou mental) e ainda que esteja, a condenada, gestante.

A medida cautelar inserida que trata sobre a proibição de se ausentar do país, deverá ser comunicada pelo juiz às autoridades competentes de fiscalização para proteger as saídas do território nacional, intimando ainda o indiciado para entregar o passaporte no prazo de até 24 horas, conforme artigo 320 do Código de Processo Penal vigente.

Em crimes praticados com violência ou grave ameaça, na lei de 2011 é possível internar provisoriamente o acusado quando os peritos avaliarem o grau de discernimento, relatando se há ou não capacidade mental no acusado, assim como expõe o artigo 26 do Código Penal (CP). Vale lembrar que antes da mencionada lei, a referida medida cautelar só era válida com base nas hipóteses de interdição do Direito Civil.

Uma outra alteração consiste na medida cautelar de proibição de possibilidades de manter contato com determinada pessoa, onde, através de circunstâncias relevantes ao fato, o acusado deve ficar distante dela. Isso convém de uma inovação da legislação penal que antes era mencionada apenas na Lei 11.340 de 2006, resguardando, unicamente, os casos de violência doméstica.

Quanto ao monitoramento eletrônico, é possível evidenciar regulamentação que trata do tema desde a Lei 12.258 de 2010, onde possui em uma de suas hipóteses o caso de prisão domiciliar, podendo também ser implantada nas situações provisórias de restrições de liberdade no aspecto geral, já que, conforme o artigo 282, parágrafo primeiro do Código de Processo Penal, as medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. A saber:

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

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

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. (BRASIL, 2011. Código de Processo Penal, Art. 282).

Vê-se que compete ao magistrado a função de identificar, conforme cada caso, a necessidade de aplicação da lei penal nas situações expressamente previstas, com intuito de evitar a prática de infrações nos tempos da investigação ou instrução criminal, adequando as medidas proporcionalmente com a gravidade dos crimes cometidos, às circunstâncias do fato, bem como a sua proporcionalidade, através das condições pessoais do indiciado ou acusado.

4 LIBERDADE CONSTITUCIONAL E A PRISÃO PREVENTIVA

A respeito da liberdade concedida pela Constituição da República no tocante ao processo penal, Grinover (1992) explica que:

Constituindo a liberdade física do indivíduo um dos dogmas do Estado de Direito, é natural que a Constituição fixe certas regras fundamentais a respeito da prisão de qualquer natureza, pois a restrição ao direito de liberdade, em qualquer caso, é medida extraordinária, cuja adoção deve estar sempre subordinada a parâmetros de legalidade estrita. (GRINOVER et al. 1992, p. 233).

Explica ainda que no tocante ao princípio da presunção de inocência, determinado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal (CF), quando se lida com prisão cautelar, as condições são ainda mais rígidas. (GRINOVER et al, 1992).

Não obstante, o ilustre doutrinador, Delmanto Junior (1998), esclareceu em sua obra que para a realização constitucional dessa modalidade de prisão existem três padrões: a legalidade estrita, conforme os artigos 5º, inciso LXV e 11º da Constituição Federal; o duplo grau jurisdicional, amparado pelo artigo 5º, inciso dLIV da CF; e ainda a desconsideração prévia da culpabilidade, também consolidado pela CF, no artigo 5º, inciso LVII. (DELMANTO JUNIOR, 1998).

A legalidade estrita se origina como uma sustentação substancial do ordenamento jurídico brasileiro, sendo de grande importância para o Estado de Direito.

Bastos (1989) complementa acentuando que “o primado da lei faz cessar a submissão do destino do cidadão à vontade caprichosa do aplicador do direito”. Dessa maneira, o poderio da legalidade assegura o particular contra possíveis desmandos do executivo, bem como do próprio judiciário. (BASTOS, 1989, p. 23-24).

Ainda nesse mesmo contexto, não se pode deixar de mencionar o posicionamento de Cesare Beccaria quanto ao assunto: “[...] apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social.”

Contemplando os esclarecimentos de Grinover, é digno de merecimento reportar o seguinte:

A constituição ao estabelecer que ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal, ressalta que a ordem judicial exigida não pode ser resultado de uma apreciação puramente discricionária do Juiz, mas, de decisão adotada após um procedimento qualificado por garantias mínimas, que possibilitem uma análise dos pressupostos da medida cautelar com imparcialidade, e tendo em conta as razões dos integrantes do contraditório, ainda que este – em face da urgência – nem sempre possa ser exercido prévia e plenamente. (GRINOVER et al. 1992, p. 27).

Delmanto Júnior (1998) atesta que qualquer prisão decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória tem que ser excepcionalmente cautelar, sob pena de punição antecipada, o que é proibido, tendo em vista que a Carta Magna

de 1988 consolidou a presunção de inocência como princípio primordial da persecução criminal.

Nesse sentido, um dos atributos das medidas cautelares seria a instrumentalidade, no aspecto de possuírem função de processo, com a finalidade de assegurar o regular curso processual e ainda a eficácia da sentença que venha a ser determinada. Devendo ser medida provisional, ou seja, podendo existir apenas enquanto o motivo que a ensejou perdurar.

Sendo assim, a prisão cautelar se consubstancia por meio de amparo do resultado da tutela jurisdicional conquistado em face do processo. Destinando-se a impedir que a evolução do mesmo, com trâmites previamente delineados pela lei, venha a se tornar inábil para a prestação jurisdicional pleiteada pelas partes.

A prisão preventiva, por ser uma medida cautelar que possui em seu teor um caráter de utilidade, e de resguardo a prestação jurisdicional, encontra-se em conformidade com o princípio da presunção de inocência e não culpabilidade, ainda porque não é caracterizada como pena.

Sobre o que foi tratado no parágrafo anterior, o Superior Tribunal de Justiça consolidou a Súmula 9 com o seguinte texto: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.”

Grinover se posiciona sobre o tema no mesmo seguimento da súmula anteriormente retratada da seguinte maneira:

Em face do estado de inocência do acusado, a antecipação do resultado do processo representa providência excepcional, que não pode ser confundida com a punição, somente justificada em situações de extrema necessidade. (GRINOVER et al. 1992, p. 278).

4.1 QUANTO A PRISÃO PREVENTIVA INJUSTA

Francesco Carnelutti (1995) explica com excelência que o as pessoas imaginam que o processo penal se encerra com a condenação do réu, o que não condiz com a realidade dos fatos. Ou ainda que os indivíduos acreditam que a pena termina com o cumprimento do sentenciado e isso também não comporta verdade. Além da crença por parte da sociedade na ilusão de que prisão perpétua consiste na

única pena que se prolonga por toda vida. Todos esses equívocos em face de uma pena que na verdade, na grande maioria das vezes, não termina. Pois Cristo perdoa, mas os homens não. Quem pecou estará sempre perdido.

Quanto a responsabilidade do Estado sobre o tema, Cahali se posiciona da seguinte forma:

A responsabilidade civil do Estado pelo erro judiciário representa o reforço da garantia dos direitos individuais. [...] impõe-se no Estado de Direito o reforço da garantia dos direitos individuais dos cidadãos, devendo ser coibida a prática de qualquer restrição injusta à liberdade individual, decorrente de ato abusivo da autoridade judiciária, e se fazendo resultar dela a responsabilidade do Estado pelos danos causados. (CAHALI. 1995, p. 599).

Em relação ao ressarcimento dos danos sofridos pelo preso injustamente que acaba por ser absolvido, a matéria é muito discutível.

De acordo com o que foi exposto, a legislação não predetermina prazo para a prisão preventiva. A grande demanda das ações judiciais torna ainda mais precária essa situação. O Judiciário brasileiro, devido ao grande volume de processos, muitas vezes demora muito tempo para resolver litígios judiciais.

Mas a grande indagação surge a partir do momento em que, após todo esse longo período de prisão provisória, o preso é acometido a uma absolvição. Nessa conjuntura, o Estado não estaria obrigado a compensar os danos causados? A resposta para tal indagação deveria ser simples, pois deveria sim caber ao Estado a mencionada obrigação, porém o que realmente ocorre na prática não é isso. Denotando apenas mais um desrespeito à legislação vigente no ordenamento pátrio brasileiro.

O artigo 5º, inciso LXXV estabelece claramente que: “o Estado indenizará o condenado por erro Judiciário, assim como o que fica preso além do tempo fixado na sentença”. (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Ocorre que nos casos de prisões cautelatórias, o entendimento é de que não existe erro judiciário, exceto nos casos de inobservância da lei processual no instante da decretação. Na situação da prisão preventiva, ela se caracteriza lícita se estiverem presentes os seus requisitos, tais quais já foram reiteradamente analisados no presente trabalho.

O problema é que se entende essa modalidade de encarceramento como necessidade do interesse público, mesmo estando presente a presunção da inocência antes do ato condenatório.

Nesse contexto, o entendimento é absolutamente confuso. Ao que tudo indica, a tese que mais se assemelha ao lado correto da situação, mesmo que não configure o erro do judiciário, indica o Estado como responsável pelo dever de responder por sua ação em face do interesse particular. (QUIRINO, 1999).

A Magna Carta brasileira de 1988 destaca no seu artigo 37, parágrafo 6º o seguinte:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988, Constituição Federal, art. 37, § 6º).

Portanto, fica entendido que o dever do Estado de indenizar os danos causados aos particulares de fato existe.

Nesse contexto, os equívocos jurisdicionais, assim como a prisão indevida, seja ela exagerada ou cautelar, serão acobertadas pelo dever de indenizar que compete ao Estado, pois esse direito é protegido pela Constituição Federal, de caráter fundamental, e abrange danos patrimoniais, pessoais e morais sofridos pelo cidadão. O que nunca será suficiente para aquele que se submete a uma situação de tamanho constrangimento.

5 PRISÃO PREVENTIVA: PRAZO E COMPENSAÇÃO DE DANOS

No tocante ao tempo que um acusado deveria ficar detido mediante a prisão preventiva, a legislação brasileira deixa lacunas e não estabelece os períodos e prazos exato.

Ao contrário disso, a prisão temporária que é determinada pela Lei 7.960 de 1989 e orientada para que garanta a eficiência da investigação policial, quando se enquadrarem nas circunstâncias de crimes mais gravosos. Neste caso, somente o juiz pode decretar e a requerimento do Ministério Público ou por representação de

autoridade policial, percebido o MP, por cinco dias, podendo ser prorrogado, nas situações que exigirem o feito, por mais cinco. Nas hipóteses de crimes hediondos ou congêneres, a decretação poderá alcançar até trinta dias, prorrogáveis pelo mesmo período, conforme dispõe o artigo 2º, §3, alínea “d” da Lei 8.072/90.

Por não dotar prazos determinados, a prisão de caráter preventivo pode gerar um constrangimento ilegal. Situação que já possui posicionamento jurisprudencial chamado de “excesso de prazos”.

Em sede legal foi adotado um prazo de 81 (oitenta e um) dias na Lei 9.034/95, que dispõe quanto a crimes ocasionados através de organizações criminosas, por serem consagrados como de grande complexidade. Destarte, uma parte da doutrina passou a relatar que tal prazo poderia ser enquadrado e aplicado em todos os casos de prisão cautelar que não dispusessem prazos predeterminados, bom como entendimento de Bonfim (2007).

Tal prazo pode ser protelado nos casos em que forem ocasionados pelo próprio acusado, nas situações prorrogáveis, pois ninguém deve gozar da própria desonestidade. A súmula 64 do Superior Tribunal de Justiça reporta que “não constitui constrangimento legal o excesso de prazo na instrução provado pela defesa”.

No tocante ao direito que provém ao acusado de ser julgado em duração razoável, que é garantido por vários tratados internacionais e também consagrado pela Magna Carta de 1988, mais precisamente no artigo 5º, § 2º, Delmanto Júnior aponta que:

Tratar-se de preceito reconhecido por praticamente todas as nações civilizadas, através do qual é examinado se a demora no julgamento, principalmente encontrando-se o acusado preso provisoriamente, se deu de maneira justificada ou não, ou seja, se o Estado está realmente fazendo todo o possível para impor o ritmo mais rápido possível ao julgamento, ou, em outras palavras, se está atuando de forma dirigente. (DELMANTO JÚNIOR, 1998, p. 270).

Há na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 4793 de 2009 do até então deputado e hoje ministro do Tribunal de Contas, Vital do Rêgo Filho, que estabelece prazos de duração para a prisão preventiva. Tal projeto determina que o período da mencionada prisão deve ser de até 30 (trinta) dias na fase de inquérito e de 120 (cento e vinte) dias na fase de instrução criminal, podendo ser prorrogáveis por iguais prazos nas situações que forem comprovadas a sua real necessidade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado, as pessoas possuem liberdade e são presumidamente inocentes, até se prove o contrário, *juris tantum*.

Não comporta finalidade desse trabalho a rejeição da medida cautelar tratada, mas sim denotar que há o que ser aperfeiçoado, para que melhor possa ser aplicado e integre com as garantias fundamentais.

A prisão preventiva deve ser aplicada para assegurar o curso do resultado do processo, e não como uma punição antecipada. Além disso, só deve ser decretada como *ultima ratio*.

Em concordância com o que foi visto, em outras circunstâncias os acusados seriam tidos como objetos do processo, mas devido as garantias fundamentais estabelecidas, a relação entre o acusado e o Estado dota de uma estrutura de paridade, onde o réu pode se manifestar com o direito à ampla defesa, o contraditório, ou até mesmo permanecer em silêncio.

No tocante a essas reflexões, percebe-se a grande relevância do processo penal no Estado Democrático de Direito como ferramenta de assistência a dignidade, onde, sem ele, não haveria controle na aplicação das penas e provavelmente a desordem e a arbitrariedade seriam preponderantes.

Em meio a pesquisa realizada, foi possível perceber que o Direito se encontra em um momento interessante. Principalmente no tocante à temática aqui trabalhada. A ideia é que os magistrados observem que apenas indícios suficientes de autoria e provas que comprovem o delito não são suficientes. Pois é necessário se atentar a sua finalidade, se a mesma está de real acordo com a conveniência da decisão e a necessidade de aplicação.

No Brasil, desde a Constituição de 1988, a liberdade provisória possui grande força no ordenamento jurídico, inclusive, ela é regra, de modo que deixa a prisão preventiva (cautelar) como uma complexa exceção. Não se pode deixar de lembrar que tal modalidade de prisão no atual Direito brasileiro não pode ser decretada compulsoriamente, sendo necessário que haja a possibilidade de análise dos requisitos.

Ficou nítido que a prisão cautelar de caráter preventivo carrega com sigilo a natureza da necessidade. Afinal, a criminalidade ocorre em todas as sociedades, mas só convém a cada caso específico abarcar o fardo da conveniência da aplicação das medidas cabíveis.

Ainda no que envolve o Estado de Direito brasileiro, é de grande valia frisar que a Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), permite que o magistrado decrete a prisão preventiva àquele que agride suas parceiras, afastando-o do lar e de seus familiares.

Quanto a constitucionalidade, pressupostos e circunstâncias autorizadas da prisão preventiva, foi ressaltado a importância de fundamentação para a decretação da mesma e, ainda assim, sem que haja ofensa ao princípio da culpabilidade.

Além do direito de indenizar por parte do Estado nos casos que compreenderem injustas aplicações da medida cautelar aqui, reiteradamente, abordada.

Viu-se que não há possibilidade de relacionar o clamor público com a devida ordem pública, visto que o magistrado no momento da decretação prisional, irá analisar as circunstâncias, os princípios e o texto legal inserido no ordenamento jurídico brasileiro, e não as meras opiniões das mídias e seus componentes adjacentes.

No tocante ao conflito entre o dever de punir do Estado (*jus puniendi*) e o direito à liberdade, o que deve ser massivamente verificado é a razoabilidade, pois compreenderá ao destino de um ser humano e erros jurisdicionais causariam grandes danos na vida deste.

De modo geral, conclui-se que a partir do estudo ora realizado muitas questões devem ser repensadas, principalmente no que compreende a liberdade, medidas cautelares e as fundamentações de decisões para ratificar que a segurança jurídica seja definitivamente justa.

Esse contexto demonstra a indispensabilidade de reflexão no aspecto de melhorar a forma de aplicação das prisões, ou mesmo de adotar outros meios, conservando esta apenas nos casos mais complexos. Visto que o risco de comprometer a liberdade de outrem sem que haja uma condenação legal, pode ocasionar um dano irreparável na vida do indivíduo, seja no âmbito social, ou mesmo psicológico.

Portanto, a pretensão aqui foi demonstrar relevância quanto ao tema evidenciado, aguçando a reflexão crítica acerca da prisão preventiva e a liberdade como essencialidade no ordenamento jurídico pátrio, bem como de proporcionar uma possibilidade de posicionamento sobre tudo que foi tratado para uso no meio profissional, acadêmico ou até mesmo pessoal, de modo que, a partir disso, haja mais oportunidade para desenvolver novas opiniões e sugestões que venham aperfeiçoar o aclamado conteúdo.

Sendo assim, fica evidente a indispensabilidade do tema no ordenamento jurídico brasileiro e por esse motivo o respectivo trabalho demonstra sucintamente os principais aspectos da prisão preventiva e da liberdade como principal objetivo.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: CID, 2004.

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

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William. **Terra de Drogas – Lei 11.343, 23.08.2006**: Legislação criminal especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília, Senado Federal, 1941.

BRASIL. **Decreto Lei nº 11.340, de 2006**. Brasília, Senado Federal, 2006.

BRASIL. **Decreto Lei nº 12.403, de 2011**. Brasília, Senado Federal, 2011.

BRASIL. **Decreto Lei nº 4.898/65, de 1965**. Brasília, Senado Federal, 1965.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo. Malheiros, 1995

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo, Saraiva, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**: tradução José Antonio Cardinalli. São Paulo, Conan, 1995.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006 comentada artigo por artigo)**. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões**. 28ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

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

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarene; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. São Paulo, Malheiros, 1992.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, 4v. 2ª ed. Campinas: Millennium, 1965.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2002.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de processo penal**. São Paulo, Atlas, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Imputação Objetiva**. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal** - 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.