

## A Decretação da Prisão Preventiva à Luz da Presunção de Inocência e do Devido Processo Legal

Gustavo Setúbal Sousa\*

### PRISÕES

Ao iniciar a análise das prisões é preciso destacar o conceito da palavra “prisão”, que nos remonta ao latim prehensio, de prehendere (prender, segurar, agarrar), e na lição de Plácido e Silva:

[...]” é o ato de prender ou o ato de agarrar uma pessoa ou coisa; assim prender e agarrar são equivalentes a prisão, significando o estado de estar preso ou encarcerado. Na terminologia jurídica, é o vocábulo tomado para exprimir o ato pelo qual se priva a pessoa de sua liberdade de locomoção, isto é, da liberdade de ir e vir, recolhendo-a a um lugar seguro ou fechado, de onde não poderá sair. Nesta razão, juridicamente, pena de prisão quer exprimir pena privativa de liberdade, em virtude da qual a pessoa, condenada a ela, é recolhida e encerrada em local destinado a esse fim”. [...] [1]

Segundo Mirabete, “a prisão, em sentido jurídico, é a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo ilícito ou ordem legal”. [2]

Da análise da legislação, podemos definir prisão, em sentido jurídico, como o ato de captura ou apreensão do indivíduo transgressor de um mandamento legal, passível de recolhimento ao cárcere, para cumprimento de uma pena em estabelecimento destinado para este fim.

### Breve histórico das prisões

Iniciar uma breve abordagem histórica do instituto prisão, é reportar-se à própria história do homem [3]. A Bíblia já fazia referência à prisão, conforme passagem de Gênesis, abaixo transcrita:

[...] “e aconteceu depois destas coisas que pecaram o copeiro do rei do Egito, e o padeiro, contra seu senhor, o rei do Egito. E indignou-se Faraó, contra os seus dois eunucos, contra o copeiro-mor e contra o padeiro-mor. E entregou-os à prisão, na casa do capitão da guarda, na casa do cárcere, no lugar onde José estava preso”. [...] (grifos nossos). [4]

Sendo um instituto tão antigo, precisamos comentar a sua evolução ao longo do tempo: a saber, a passagem da prisão meio para a prisão pena. A prisão meio está presente desde o nascimento da humanidade e destinava-se a garantir o cumprimento da pena principal, que quase sempre era a de morte. Prendiam-se os homens pelos pés, pelas mãos, pelo pescoço; acorrentavam, amarravam e humilhavam para assegurar a aplicação da pena de morte, que, ressalte-se, ocorria sempre de forma cruel: enforcamento, apedrejamento, afogamento, soterramento, fogueira, rodas, patíbulo, pelourinhos etc. Diversos ordenamentos jurídicos da antiguidade estabeleceram penas privativas de liberdade para os transgressores da Lei, mas somente no Direito Romano, nota-se a evolução da repressão estatal, com a mitigação das sanções, sendo praticamente abolida a pena de morte.

O enfoque prisional moderno, “prisão pena” como prevenção e retribuição ao mal causado, surge no chamado Período Humanitário do Direito Penal, no decorrer do Iluminismo. A partir daí o homem moderno passa a tratar o problema da repressão penal como problema filosófico e jurídico. [5]

Neste período, é publicado pelo Marquês de Beccaria, um livro chamado “Dos Delitos e das Penas”, que veio a se tornar o símbolo da reação liberal ao antigo, cruel e desumano sistema penal vigente, propondo restrições ao jus puniendi do Estado, quando confrontado com princípios morais e assegurando a liberdade do indivíduo contra o arbítrio estatal. Ratificando essa evolução do sistema penal, os princípios pregados por Beccaria são adotados pela Declaração dos Direitos do Homem, da Revolução Francesa, ocorrida em 1789.

No Brasil, a evolução do sistema prisional ocorreu de forma semelhante aos ordenamentos jurídicos antigos. Predominavam as chamadas “prisões meio”, asseguradoras das penas severas e cruéis: açoites, degredo, mutilação, queimaduras, morte etc. A instituição da chamada “prisão pena” ocorreu de forma gradativa desde a vigência das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas até o Decreto-Lei 2.848/40 (Código Penal) e Decreto-Lei nº 3.689/41 (Código de Processo Penal).

Curioso notar que, apesar desta evolução da legislação brasileira quanto ao sistema prisional, na prática nossas prisões parecem retornar aos tempos primitivos, tratando de forma cada vez mais cruel aqueles que estão encarcerados, conduzindo-os a presídios superlotados e sem condições mínimas de higiene e saúde, dificultando, e as vezes até, impossibilitando a ressocialização do condenado. No entanto, fica registrada somente a constatação da nossa realidade prisional, uma vez que a análise de tal problema foge da abordagem temática a que se propõe o presente trabalho.

## CONTROLE DO ATO PRISIONAL

Conforme dito linhas acima, a evolução do sistema prisional ocorreu durante um longo período e através de muitas lutas. Assim é que, hoje os indivíduos gozam de garantias constitucionais que limitam o jus puniendi do Estado, e os protegem do arbítrio praticado pelo Poder Público.

Desta forma é que, as autoridades públicas estão vinculadas a mandamentos constitucionais e infra-legais previstos no Código de Processo Penal, quando da realização do ato prisional.

Enumera o artigo 5º, da Constituição Federal, diversos direitos e garantias fundamentais relativas à prisão e que transcrevemos abaixo:

Art. 5º.[...]

XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

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:

LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

LXIV – o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

Da leitura dos incisos supracitados, percebe-se que as buscas domiciliares em caso de mandado judicial só poderão ser efetuadas durante o dia, período compreendido das 6 (seis) horas da manhã até às 18 (dezoito) horas, e à noite somente com o consentimento do morador ou em caso de flagrante delito.

Entre outras garantias, impõe ao judiciário a tutela jurídica dos direitos e interesses individuais, quando determina a obrigatoriedade de comunicação da prisão ao juiz, em caso de flagrante delito, e realização desta, somente por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente. Acerca da obrigatoriedade de comunicação da prisão ao juiz salienta Vieira que:

[...] temos claro exemplo da função garantidora do estado-juiz, onde a prisão de qualquer pessoa e o local onde ela se encontre têm de ser comunicados, de imediato, ao juiz

competente. Por meio do presente inciso consagra-se o controle judicial da atividade persecutória do Estado-administração. Para reforçar este aspecto de controle da Administração, determina a Lei Magna que a família do preso também seja comunicada. [...](grifos originais). [6]

Garante ao preso o direito de silêncio, que abarca inclusive, o direito a mentir, sem que isto venha a lhe causar prejuízo, e a identificação dos responsáveis pela sua prisão ou interrogatório, eliminando práticas inquisitivas e prisões por mera suspeita que não se coadunam com a nova ordem constitucional.

Por fim, como expressão máxima do controle da legalidade do ato prisional efetuado, está a garantia do relaxamento da prisão ilegal independentemente de pedido de habeas corpus, bastando apenas a ciência da autoridade judiciária acerca da prisão efetuada fora dos limites constitucionais e legais.

Além das garantias constitucionais, o Código de Processo Penal no seu artigo 284, impõe ao agente que efetua a prisão, seja em flagrante, seja por mandado judicial, a não utilizar a força, salvo a indispensável para vencer eventual resistência ou eventual tentativa de fuga.

Impõe ao executor da prisão por mandado judicial, a apresentação da ordem judicial e uma cópia desta ao conduzido, acompanhado da declaração do dia, hora, e lugar da diligência (art. 286 do CPP).

Enfim, as garantias contra as ilegalidades praticadas pela autoridade pública, e os limites para a execução do ato prisional estão previstas em todo o nosso ordenamento jurídico, seja ele constitucional ou infra-legal, ficando às expostas linhas acima a mero título exemplificativo.

## PRISÕES CAUTELARES

Não obstante a previsão na Constituição Federal de 1988, de diversas garantias em prol das liberdades individuais, e que nos leva a afirmar que no nosso ordenamento jurídico vigente a liberdade é a regra e a prisão exceção [7], pode esta vir a ocorrer antes da sentença penal condenatória transitada em julgado a título de medida cautelar por razões de necessidade e oportunidade.

Inicialmente precisamos destacar que, ao contrário do processo civil que dispõe de um processo cautelar autônomo ao processo principal, no processo penal existem apenas medidas cautelares inseridas no processo de conhecimento ou de execução. Destarte, o estudo das medidas cautelares encontra-se melhor desenvolvido no âmbito do processo civil, razão pela qual nos reportaremos a conceitos utilizados neste ramo do direito.

Pioneiro no estudo acerca da tutela cautelar Piero Calamandrei constatou que a nota característica do processo cautelar é a instrumentalidade em relação ao processo principal, e que por sua vez também é instrumental em relação ao exercício do direito material. Deste modo, considera o eminente processualista que a tutela cautelar é o “instrumento do instrumento”. [8]

Entre os doutrinadores pátrios podemos citar as lições de Greco Filho que define as medidas cautelares como “a providência jurisdicional protetiva de um bem envolvido no processo” [9] e os ensinamentos de Humberto Theodoro, in verbis:

[...] “O que se obtém no processo cautelar, e por meio de uma medida cautelar, é apenas a prevenção contra o risco de dano imediato que afeta o interesse litigioso da parte e que compromete a eventual eficácia da tutela definitiva a ser alcançada no processo de mérito. Por isso é que se diz que o processo principal é de natureza satisfativa, porque redundando na satisfação efetiva do direito da parte, quando esta sai vitoriosa no pleito forense. Mas, a tutela cautelar é apenas de prevenção ou garantia, porque quem a obtém, mesmo ganhando a ação cautelar, não consegue, só com ela, a satisfação do seu pretense direito, que continua na dependência da solução do processo principal” [...]. [10]

Ensina Antonio Scarance que:

[...]“No intervalo entre o nascimento da relação jurídica processual e a obtenção do provimento final, existe sempre o risco de sucederem eventos que comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado. Há, então, a necessidade de medidas cautelares, que eliminem ou amenizem esse perigo. São Providências urgentes, com as quais se busca evitar que a decisão da causa, ao ser obtida, não mais satisfaça o direito da parte, atingindo-se, assim, a finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa”.[...] [11]

Da análise dos ensinamentos supracitados, percebemos que também no processo penal, pode haver riscos que exijam a necessidade de adoção de medidas cautelares. Daí o reconhecimento unânime na doutrina da natureza cautelar de procedimentos processuais penais como a produção antecipada de provas, as prisões provisórias etc.

Neste contexto, os processualistas penais passaram a estudar as prisões cautelares à luz do direito processual civil e deste, “importaram” a sua conceituação. Assim, prisão cautelar é toda e qualquer restrição à liberdade do indivíduo antes do trânsito em julgado da sentença



penal condenatória, ou nas palavras de Tourinho Filho “é aquela prisão anterior à condenação e que, segundo Manzini consiste em uma limitación más o menos intensa de la libertad física de una persona, por una finalidad procesal penal”. [12]

Imperioso salientar que, nas medidas processuais penais cautelares de caráter pessoal (prisões), para a qual voltamos nosso estudo, o bem jurídico atingido é a liberdade do indivíduo, sendo mais nefastas do que as medidas cautelares cíveis que recaem sobre o patrimônio, de forma que àquelas exigem do juiz-garante uma atenção e cuidado redobrados para a decretação.

Neste trabalho de apreciação da necessidade e oportunidade para a decretação da prisão cautelar é preciso atentar para as características comuns a todas as medidas cautelares. A saber: a)são medidas judiciais uma vez que, mesmo nas hipóteses de flagrante delito, logo são submetidas ao crivo de magistrado; b)são medidas instrumentais, ou seja, são adotadas em função do processo, para assegurar o seu processamento, julgamento e eficácia da sentença proferida; e c)são medidas provisórias, isto é, só podem subsistir enquanto subsistam os motivos que as determinaram. [13]

Acresça-se às características apontadas, a necessidade de se demonstrar os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, conceitos atrelados ao processo civil e que significam, fumaça do bom direito, caracterizada pela probabilidade de sentença favorável ao requerente da medida, e perigo da demora, caracterizado pela probabilidade de inutilidade da prestação jurisdicional.

Cumprе anotar que as “importações” conceituais trazidas do direito processual civil nem sempre são suficientes para abarcar as medidas cautelares previstas no código de processo penal, especialmente no que tange à constrição da liberdade, de forma que alguns

doutrinadores preferem utilizar as expressões *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*. [14]

Desta forma, para a adoção da prisão cautelar, deverá o magistrado analisar se há indícios da autoria e certeza da materialidade do delito (*fumus commissi delicti*) e se existe perigo concreto que ponha em risco à efetividade do processo (*periculum libertatis*).

Portanto, consiste a medida cautelar, em um instrumento assecuratório do processo principal para garantir a efetividade da *persecutio criminis*, onde jamais poderão transformar-se em antecipação de culpabilidade, afrontando o princípio da presunção de inocência previsto na CF/88. [15]

Infelizmente, as prisões cautelares vêm sendo utilizadas de forma equivocada por alguns operadores do direito, que utilizam um discurso utilitarista para acalantar o sentimento de impunidade sedimentado na nossa sociedade, e que segundo Lopes Junior:

[...]“transformam a medida cautelar em pena antecipada, com clara finalidade de exemplaridade e imediata prevenção geral e especial. Tais funções (prevenção geral e especial e retribuição) são funções exclusivas de uma pena e que pressupõem um processo judicial válido e uma sentença condenatória transitada em julgado”.[...] [16]

Voltaremos a discorrer sobre este ponto quando tratarmos dos requisitos para a decretação da prisão preventiva.

Por fim, destacamos que são admitidas no direito brasileiro as seguintes modalidades de prisões cautelares: a prisão em flagrante (artigo 302 e ss. Do CPP); a prisão preventiva

(artigo 312 e ss. do CPP), a prisão temporária (Lei 7.960/89); e para alguma parte da doutrina [17] a prisão decorrente de pronúncia (artigo 408 do CPP) e a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível. Para não fugir do estudo proposto no presente artigo, trataremos aqui tão somente da prisão preventiva.

## PRISÃO PREVENTIVA

Aproveitando o conceito formulado linhas acima para a palavra prisão, cumpre destacar o conceito da palavra “preventiva” separadamente, para depois conceituar o instituto prisão preventiva na esfera jurídica. Assim, preventiva significa por antecipação, como cautela ou como precaução. Desta união de palavras, Plácido e Silva conceitua o instituto da prisão preventiva como “o ato pelo qual se priva a pessoa de sua liberdade de locomoção, recolhendo-a a um lugar seguro ou fechado, imposta como medida de cautela ou de prevenção, no interesse da justiça, mesmo sem haver ainda condenação”. [18]

Até 1967, o Código de Processo Penal vigente estabelecia a obrigatoriedade da decretação da prisão preventiva nos crimes cominados com pena de reclusão, por tempo igual ou superior a dez anos. Com o advento da Lei nº 5.349/67, o artigo 312 do CPP sofreu uma significativa alteração: excluiu a obrigatoriedade da medida cautelar, mas manteve a possibilidade de sua decretação, independente do quantum da pena cominada em abstrato, desde que satisfeitos os pressupostos e requisitos legais.

A prisão preventiva é o paradigma de todas as demais prisões cautelares [19]. É a prisão cautelar por excelência, podendo ser decretada desde o início da persecução criminal até o encerramento da instrução criminal. Assim dispõe o artigo 311 do CPP:

Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial.

Em virtude disto, Pacelli ensina que “toda privação de liberdade, no curso de uma ação penal, haverá de encontrar a sua justificação na mesma motivação necessária para a decretação da prisão preventiva”. [20]

Sendo assegurados pela CF/88, o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII) e a instituição da prisão como medida excepcional (art. 5º, LXI), a prisão preventiva só poderá ser decretada em casos excepcionais e de extrema necessidade.

Entenda-se por “extrema necessidade” aquela capaz de obstar o exercício do jus puniendi do Estado, de forma que a manutenção da liberdade do indiciado/réu venha a causar riscos à efetividade do processo ou impossibilite a aplicação da lei penal. Tendo em vista que a aplicação da medida cautelar compromete o jus libertatis do indivíduo antes da sentença condenatória transitada em julgado, frisamos mais uma vez que somente em casos excepcionais e de extrema necessidade, a decretação da prisão preventiva se coadunará com a nossa Carta Magna, respeitando o princípio da presunção de inocência.

Uma vez que a decretação da prisão preventiva deverá ocorrer em casos excepcionais e de extrema necessidade, a CF/88, no seu artigo 5º, LXI, impõe a necessidade de fundamentação judicial por parte da autoridade competente. Esta fundamentação deve estar baseada em fatos concretos, jamais fundada em indícios ou suposições.

Importante salientar que, sendo uma medida cautelar e tendo como característica à provisoriedade, a prisão preventiva será imediatamente revogada se os motivos que a fundamentaram tiverem desaparecido. Não por outra razão o CPP no seu artigo 316 determina a possibilidade de sua revogação:

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.

Tratando-se de uma medida estritamente cautelar [21], a prisão preventiva é qualificada pela maior parte da doutrina como um “mal necessário” [22], uma injustiça necessária do Estado contra o indivíduo [23], sendo adotada por quase todas as legislações.

#### Pressupostos para a decretação da prisão preventiva

Prevê o CPP, no seu artigo 312 que para a decretação da prisão preventiva é necessária à demonstração de prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria (fumus commissi delicti), ou seja, estabelece os pressupostos que devem obrigatoriamente coexistir para a adoção da medida cautelar.

Em relação a prova da existência do crime, é necessário que o julgador tenha a certeza da materialidade do delito, ou seja, da existência do corpo de delito que prova a ocorrência do fato delituoso, não sendo justificada a sua decretação por meras “suspeitas” ou “indícios” do crime. Impõe a Lei um imperativo ao magistrado, de forma que a inobservância de um dos seus pressupostos constituirá constrangimento ilegal.

Doutrina Bento de Faria que a prova da existência do crime “é a demonstração de sua ocorrência sem possível dúvida ... não bastando, portanto, a seu respeito, indícios ou presunções, seja qual for a sua veemência”. [24]

Referindo-se à Lei a prova de existência do crime, é certo que não caberá a decretação da prisão preventiva no caso de atipicidade da conduta, de mera contravenção penal, ou nos casos em que o juiz vislumbre que a conduta do acusado ocorreu nos termos das excludentes de ilicitude [25] previstos no artigo 23 e seguintes do Código Penal.

No que se refere a indícios suficientes de autoria, a lei não exige a sua prova cabal, bastando apenas a demonstração de probabilidade sobre a autoria do crime. Ressalte-se que apesar da não exigência de prova cabal, o magistrado não pode basear-se em meras suspeitas ou conjecturas, sob pena de afronta ao princípio da presunção de inocência.

Em suma, o magistrado não precisa ter a certeza da autoria (esta será indispensável no momento da condenação), no entanto deverá atuar no campo da probabilidade da autoria do delito, jamais no campo da possibilidade [26]. Segundo Borges da Rosa os indícios “devem ser tais que gerem a convicção de que foi o acusado o autor da infração, embora não haja certeza disto. No entanto eles devem ser suficientes para tranquilizar a consciência do Juiz”. [27]

Requisitos para a decretação da prisão preventiva

Além dos pressupostos estabelecidos para a decretação da prisão preventiva, o artigo 312 do CPP, *in verbis*, enumera quatro requisitos para justificar a adoção da medida cautelar, de

forma que, pelo menos um deles deve coexistir com os pressupostos (*fumus commissi delicti*) da mesma:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia de 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 da autoria.

Cuida aqui o legislador do chamado *periculum libertatis*, ou seja, da necessidade de encarcerar-se o acusado para que este não venha a causar riscos à efetividade do processo e nem se furte da aplicabilidade da lei penal. Passaremos a analisar cada um deles.

Prevendo a lei que a prisão preventiva poderá ser decretada por conveniência da instrução criminal, mister se faz, distinguir até onde vai a instrução. Desta feita, no procedimento ordinário, a instrução criminal é iniciada com o interrogatório do acusado e se estende até a fase do artigo 499 do CPP, enquanto que no procedimento do Tribunal do Júri, a instrução inicia-se com o interrogatório do acusado e se finda com as alegações finais previstas no artigo 406 do CPP.

A instrução criminal é a fase probatória do processo, ou na lição de Tourinho Filho “é a fase procedimental em que o Juiz procura, com a colheita das provas, reconstruir o fato ocorrido para poder melhor discernir e julgar”. [28]

O processo é dinâmico, e como tal, deve desenvolver-se continuamente sem interrupções, salvo as legalmente previstas. Assim, se o acusado ou qualquer outra pessoa agindo em seu nome, obstar o regular andamento da instrução, a custódia preventiva será a medida necessária.

Aponta a doutrina diversos meios para o acusado ou terceiros a seu comando, obstarem o regular andamento da instrução e que desafiam a decretação da prisão preventiva: ameaça de testemunhas, tentativa de subornar peritos, ameaçar juiz ou promotor de justiça que atuem no processo, subtrair documentos imprescindíveis à comprovação do injusto penal [29]; provocação de qualquer incidente do qual resulte prejuízo manifesto para a instrução criminal [30]; subornar quaisquer pessoas que possam levar ao conhecimento do Juiz elementos úteis ao esclarecimento do fato, aliciar testemunhas falsas [31] etc.

Importante esclarecer que, a conveniência da instrução criminal não pode ser confundida com comodidade, de forma que a aplicação da custódia preventiva só será cabível em casos de necessidade e não de simples comodidade para a instrução [32]. Nesta linha de raciocínio Tourinho Filho leciona que “não pode o Juiz, porque o réu reside um pouco distante, mandar prendê-lo por conveniência da instrução, alegando que, quando dever apresentar-se para uma audiência, por exemplo, não será preciso a expedição de precatória ou quejandos”. [33]

Igualmente descabida a decretação da prisão preventiva para conveniência da instrução criminal, quando o acusado se negue a colaborar com a instrução, como nos casos de recusa em participar da reconstituição do crime, uma vez que lhe é assegurado o direito ao silêncio e à ampla defesa.

Ao permitir que o magistrado possa prender preventivamente o acusado para assegurar a aplicação da lei penal, refere-se o legislador à garantia de execução da pena, do pleno exercício da *persecutio criminis* pelo Estado.



A situação mais freqüente em que a aplicação da lei penal poderá se tornar inútil é no caso de fuga do acusado. Esclareça-se que neste caso, tanto pode ser o perigo da fuga quanto a fuga já consumada, onde a aplicação da medida cautelar se faz necessária para capturar o acusado e assegurar a aplicação de uma eventual condenação.

Sobre a fuga, doutrina Ramos:

[...] “nem toda fuga representa um risco á aplicação da lei penal. É preciso que esteja presente o ânimo do agente de furtar-se a tal aplicação. Se a finalidade do agente, ao ausentar-se do distrito da culpa, era apenas proteger-se temporariamente de situações processual e pessoal menos favoráveis, não se caracteriza a hipótese autorizadora da prisão preventiva”. [...] [34]

Importante trazer à baila duas decisões irrepreensíveis e que ratificam o entendimento exposto acima.

[...] “O fato de o paciente encontrar-se foragido não obsta o reconhecimento da ilegalidade do decreto da custódia cautelar, pois a fuga é um direito natural do paciente em negar-se a ser submetido a uma prisão que entende ser injusta, mormente quando não há prova alguma de que tenha praticado o crime. Por tais razões, concede-se a ordem impetrada”. [...] [35]

[...] “O fato de o agente ausentar-se para lugar desconhecido após a prática de homicídio para evitar a prisão em flagrante e forrar-se à vingança a família da vítima não se infere possa embaraçar a instrução ou subtrair-se da aplicação da lei, se após poucos dias, o acusado apresentou-se à autoridade policial e confessou a autoria e deu sua versão do acontecido. Liberado, atendeu nova convocação, oportunidade em que foi preso. Quem

assim age e tem família, emprego e residência em casa própria no distrito da culpa, não pode, em princípio ser suspeitado de desejar obstruir a instrução, ou furtar-se à aplicação da lei. Primário e sem antecedentes criminais, o paciente parece não representar, pese a gravidade objetiva dos crimes cometidos, perigo à ordem pública”. [...] [36]

Assim, não basta a simples fuga do acusado, é preciso que este ausente-se do distrito da culpa com a finalidade de escapar da eventual condenação. E mais, em face da necessidade de fundamentar-se a aplicação da medida cautelar, não pode o magistrado basear-se em meros indícios ou probabilidades de fuga, deverá fazer referência a fatos concretos. E como fatos concretos que autorizam a adoção da custódia preventiva podemos citar a compra de passagem aérea para o exterior em nome do acusado, o desfazimento de seus bens de raiz etc.

Diante da necessidade de apontar fatos concretos, não se poderá decretar a prisão preventiva sob a alegação de que o acusado possui uma elevada condição social e poderá fugir com mais facilidade. Repetimos mais uma vez que a fundamentação da custódia preventiva deve basear-se em fatos concretos, independentemente da condição social do acusado. As ponderações do Ministro Ilmar Galvão, sobre a condição social do acusado, demonstram com clareza que “não é somente o poder de mobilidade ou de trânsito pelos territórios nacional ou internacional que justifica a medida constritiva, mas sim a demonstração de que o acusado intenta promover a sua fuga do distrito da culpa”. [37]

O requisito da ordem pública, como autorizador da decretação da prisão preventiva, é, sem sombra de dúvidas, aquele que provoca as maiores controvérsias e discussões na doutrina e jurisprudência. Com efeito, tanto esta quanto aquela não chegam a um consenso acerca do seu conceito, o que nos leva a afirmar que o requisito da ordem pública, na forma como é aplicado pelos operadores do direito, revela-se multiforme.

Mister se faz apresentar os ensinamentos formulados por alguns doutrinadores e que exemplificarão o quão vago e impreciso é o conceito de ordem pública.

Para Plácido e Silva ela “representa a situação e o estado de legalidade normal em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e o cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto. É a paz, a tranqüilidade no meio social”. [38]

No mesmo sentido, ensina Rangel que, por ordem pública, deve-se entender “a paz e a tranqüilidade social, que deve existir no seio da comunidade, com todas as pessoas vivendo em perfeita harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do modus vivendi em sociedade”. [39]

Outros atrelam o conceito de ordem pública à possibilidade de reiteração delituosa. Ensina Basileu Garcia:

[...] “Para a garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinqüente volte a cometer delitos, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração. Trata-se, por vezes, de criminosos habituais, indivíduos cuja vida é uma sucessão interminável de ofensas à lei penal: contumazes assaltantes da propriedade, por exemplo. Quando outros motivos não ocorressem, o intuito de impedir novas violações determinaria a providência”. [...] [40]

Por fim, há os que vinculam ordem pública à gravidade do crime e de sua repercussão no meio social, acrescidos de uma miscelânea entre garantia da credibilidade da justiça e reiteração criminosa. [41]

Como se vê, o alcance dos conceitos propostos, è restringido por uns e ampliado por outros, sem, contudo, expressar de forma clara e precisa o que é ordem pública, deixando o acusado à mercê desta interpretação (restritiva ou ampliativa) de juízes e promotores. Infelizmente, na rotina dos fóruns e tribunais, a posição que se ocupa no processo, quase sempre, é o fator preponderante para conceituar a ordem pública. Se julgador ou acusador, amplia-se o conceito, se defensor, restringe-se.

A ordem econômica encontra-se disciplinada no artigo 170 da CF/88, abaixo transcrito:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Parágrafo único. È assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Importante trazer os ensinamentos de Celso Bastos acerca da ordem econômica:

[...] “No mundo há dois sistemas fundamentais que disputam o privilégio de ser o adotado na organização da vida econômica. O sistema socialista, calcado na propriedade coletiva dos meios de produção e implantado nos países marxistas, sobretudo do leste europeu; o outro fundado na propriedade privada dos meios de produção, na iniciativa privada e na livre concorrência, de um modo geral aceito em todos os países que não optaram por uma economia coletivizada. A nossa ordem econômica pertence a este último modelo. É o regime, pois, da livre empresa, pelo qual a cada um é dado lançar-se na atividade empresarial por sua conta e risco. As leis que presidem a esta atividade são as de mercado”  
[...] [42]

Até 1994, não existia previsão da decretação da prisão preventiva com fundamento em garantia da ordem econômica. Este requisito foi instituído no artigo 312 do CPP através da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que cuida de ilícitos administrativos e civis, contrários à ordem econômica.

Leciona Delmanto Junior que o legislador, ao incluir este requisito no artigo 312 do CPP, “estava com as vistas voltadas aos crimes que envolvessem grandes golpes no mercado financeiro, abalando-o, os quais geralmente se perpetram sem o uso de violência física, mas com a inteligência e o engodo” [43]. Desta feita, acertado o entendimento de Rangel, para quem a prisão para garantir a ordem econômica “só poderá ser decretada se se tratar de crimes previstos nas Leis nº 8.137/90, 8.176/91, 8.078/90 e 7.492/86 e demais normas que se referem à ordem econômica”. [44]

Hipóteses legais para a decretação da prisão preventiva

Enumera o CPP, no seu artigo 313, in verbis, as hipóteses legais que autorizam a decretação da preventiva:

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

I – punidos com reclusão;

II – punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;

III – se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal.

Em face do princípio da proporcionalidade, prefere o legislador enumerar os tipos de crime em que é admitida a decretação da prisão preventiva, de forma que a adoção da custódia cautelar não se torne desarrazoada. Destarte, em crimes de menor potencial ofensivo que

prevejam como sanção a aplicação de uma pena alternativa ou naqueles em que se poderá aplicar a suspensão condicional do processo, não caberá a decretação da custódia preventiva.

Totalmente acertada a previsão legal, uma vez que impede a prisão preventiva do acusado quando, ao final do processo, não irá receber uma pena privativa de liberdade. Pensar de outro modo é atribuir uma sanção mais grave na medida cautelar do que na pena a ser aplicada ao final do processo, ou seja, totalmente desproporcional.

Nesse diapasão, o legislador prevê que a prisão preventiva poderá ser decretada nos crimes dolosos punidos com reclusão, excluindo assim, a sua aplicação para os crimes culposos. Prevê nos incisos II e III a possibilidade da adoção da custódia cautelar nos crimes dolosos punidos com detenção.

Poderá ser aplicada a prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com detenção se houver dúvida quanto à identidade do acusado, pela ausência de elementos idôneos para o respectivo esclarecimento e quando tratar-se de réu “vadio”.

Em relação à expressão “vadio” utilizada no inciso II, e que autoriza a aplicação da prisão preventiva é necessário tecer algumas considerações. É que ela precisa ser interpretada à luz da CF/88 e da nossa atual realidade social, onde a escassez de emprego é gritante com ruas lotadas de “vadios” e que na visão do legislador são criminosos em potencial.

Sobre a expressão Pacelli ensina que:

[...] “se a lei parte do pressuposto que aquele que não trabalha (o tal vadio) deve dedicar-se à prática de atividade criminosa, uma prisão sobre tal fundamento não guardará qualquer instrumentalidade em relação ao processo no qual seja decretada. E mais, partirá de juízo de pura abstração, com conseqüências típicas de antecipação de culpabilidade”. [...] [45]

Caberá também a prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com detenção se o réu/indiciado já estiver sido condenado por outro crime doloso, cuja sentença penal esteja transitada em julgado, ressalvados os casos em que os efeitos da reincidência são afastados.

Ressalte-se que, somente a ocorrência dos requisitos normativos não são suficientes para adoção da medida cautelar, é necessário que estes sejam conjugados com os pressupostos e requisitos autorizadores. Assim, nos utilizaremos da lição de Tourinho Filho [46], enumerando os passos que o juiz deverá seguir para decretar a prisão: primo, o Magistrado procura ver se no caso concreto a lei permite; secundo, permitindo-a, cumpre-lhe constatar se estão presentes os pressupostos, prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria; tertio, finalmente, com os elementos constantes dos autos, perquire o Juiz a presença de algum dos requisitos, garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou perigo da insatisfação da pena.

## ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA: REQUISITOS VIOLADORES DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Chegou a hora de traçarmos um paralelo entre a garantia da ordem pública e a garantia da ordem econômica, enquanto requisitos autorizadores da prisão preventiva, com os princípios consagrados na nossa Carta Magna. E aqui, entraremos num tema conturbado, ensejador de longos debates doutrinários e jurisprudenciais.



Conforme dissemos linhas acima, entre os requisitos que autorizam a aplicação da custódia cautelar, a garantia da ordem pública, juntamente com a garantia da ordem econômica, são aqueles que provocam as maiores controvérsias entre os operadores do direito. A saber: a decretação da prisão preventiva com fundamento em garantia da ordem pública ou econômica possui natureza cautelar, ou trata-se de verdadeira antecipação de culpabilidade afrontando os princípios constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV) e da presunção de inocência (art. 5º, LVII)?

Vimos que a prisão preventiva é uma medida cautelar de natureza pessoal e que serve como parâmetro para todas as restrições da liberdade do acusado no curso de uma ação penal. Desta forma, sendo uma medida cautelar, deverá servir como instrumento do processo, que por sua vez, é o instrumento para a satisfação do direito material. Se o processo não pode ser considerado um fim em si mesmo, muito menos será a medida cautelar.

Quando tratamos dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, foram trazidos diversos conceitos formulados pela doutrina acerca da ordem pública, demonstrando a incoerência entre a conceituação da expressão. Trataremos agora das decisões proferidas na jurisprudência pátria cerceando a liberdade do indivíduo preventivamente, em nome da garantia da ordem pública e garantia da ordem econômica, evidenciando a gritante afronta à CF/88.

No âmbito da nossa jurisprudência, nos deparamos com vários decretos de prisão preventiva com fundamento em garantia de ordem pública e aqui, a mesma também apresenta-se multiforme. Contudo, verificamos uma tendência a vincular a ordem pública com a possibilidade de o acusado vir a cometer novos delitos. Nesse sentido a decisão proferida pelo Ministro Arnaldo Esteves Lima: “A existência de fortes indícios, devidamente demonstrados, de que o paciente é dado a reiteração de práticas criminosas é

circunstância que justifica a custódia cautelar para a garantia da ordem pública”. (grifos nossos) [47]

Igual posicionamento mantém o ministro Félix Fischer ao considerar devidamente fundamentado o decreto prisional “com expressa menção à situação concreta que se caracteriza pela garantia da ordem pública, em virtude da reiterada atividade delitiva, que demonstra a possibilidade de prática de novos delitos”. (grifos nossos) [48]

Com a devida vênia aos ilustres julgadores, não nos parece correta a fundamentação que vincula a ordem pública com a possibilidade de cometimento de novos delitos, uma vez que a CF/88 consagra no seu artigo 5º, LVII, o princípio da presunção de inocência. E ao prender alguém sob a alegação de que este poderá vir a cometer novos delitos, a violação ao princípio da presunção de inocência é evidente.

Doutrina Delmanto Junior que:

[...] “Não há como negar que a decretação da prisão preventiva com o fundamento de que o acusado poderá cometer novos delitos baseia-se, sobretudo em dupla presunção: a primeira, de que o imputado realmente cometeu um delito; a segunda, de que, em liberdade e sujeito aos mesmos estímulos, praticará outro crime, ou, ainda, envidará esforços para consumir o delito tentado”. [...] [49]

Assim, a vinculação da ordem pública com a possibilidade de reiteração criminosa não encontra amparo com a nossa ordem constitucional vigente, já que viola o princípio da presunção de inocência.

No entanto, a ordem pública não é vinculada somente com a possibilidade de prática de novos delitos, corriqueiramente nossos julgadores decretam a preventiva com fundamento em garantia de ordem pública quando reconhecidos o clamor público, a gravidade do crime, a periculosidade do agente, a intranqüilidade social etc. Leciona o Ministro Hamilton Carvalhido que “não é ilegal a prisão cautelar decretada e mantida para a garantia da ordem pública, reconhecidos o clamor público, a periculosidade do agente e a gravidade do crime”. [50]

Igualmente descabida tal fundamentação ante o princípio da presunção de inocência previsto na CF/88. Não nos cansamos de repetir que a medida cautelar deve ser instrumento do processo, jamais um fim em si mesma. A gravidade do crime, o clamor social, a periculosidade do agente, a intranqüilidade social, nenhum desses elementos guarda qualquer cautelaridade em relação ao processo, pelo contrário, apresentam-se como elementos alheios a este, caracterizando verdadeira antecipação de culpabilidade.

Importante destacar o estardalhaço causado pela imprensa em reportagens sensacionalistas que pregam a decretação da prisão preventiva para acalmar o clima de insegurança e impunidade que revestem o nosso meio social. O verdadeiro papel dela, imprensa, é procurar informar aos cidadãos as suas garantias, conquistadas com muita luta, e não fomentar o desrespeito à elas em nome de uma “tranqüilidade” social.

As ponderações de Lopes Júnior são extremamente pertinentes ao afirmar:

[...] “atualmente, têm se atribuído à prisão cautelar a função de controlar o alarma social através famigerada prisão preventiva para garantia da ordem pública. Por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena

antecipada, nem o Estado, enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo. Em suma, a prisão preventiva para a garantia da ordem pública/econômica é uma verdadeira pena antecipada, violando claramente o devido processo legal e a presunção de inocência”. [...] [51]

Da necessidade de acalantar a sociedade, de dar credibilidade a justiça, é que a prisão preventiva com fundamento na garantia de ordem pública vem sendo utilizada de forma equivocada [52] e serve como “álibi” para qualquer segregação antecipada da liberdade do acusado. Nos dizeres do eminente Desembargador Amilton Bueno: “Ordem Pública é um requisito legal amplo, aberto e carente de sólidos critérios de constatação, facilmente enquadrável em qualquer situação. Diz tudo e não diz nada”. [53]

Não obstante as constantes decisões judiciais que fundamentam a decretação da prisão preventiva na garantia de ordem pública, a doutrina vem reconhecendo que neste caso a medida constritiva não guarda qualquer cautelaridade com o processo. Contudo, alguns ainda defendem a aplicação da medida não mais sob o prisma da cautelaridade, mas como medida de segurança [54] ou medida judiciária de polícia. [55]

Nos parece que, mesmo enquadrada sob outra ótica (medida de segurança ou medida judiciária de polícia), a decretação da prisão preventiva com fundamento em garantia de ordem pública não pode subsistir. É que a aplicação da medida de segurança deve ser buscada através de outros instrumentos postos à disposição da administração pública, jamais introduzida como elemento completamente estranho à natureza cautelar da prisão preventiva, violando as garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal. [56]

No que tange à garantia da ordem econômica, introduzida pela Lei 8.884/94, houve um retrocesso em relação à defesa das garantias constitucionais do acusado. É que, a jurisprudência brasileira já reconhecia não ser possível a aplicação da custódia preventiva em nome da garantia da ordem pública quando se tratasse de crimes econômicos.

Destarte, a defesa da ordem econômica preserva a população contra os grandes golpes no mercado financeiro, geralmente praticados por pessoas de alto poder aquisitivo, e que tem seus efeitos difundidos por toda a sociedade, ou seja, causando uma lesão a um enorme número de pessoas.

Mais uma vez encontramos um requisito autorizador da prisão preventiva totalmente dissociado da natureza cautelar da mesma. O fato de o crime ser praticado contra o mercado financeiro ou de causar uma enorme lesão à sociedade não impede o regular andamento do processo, sendo desnecessária a adoção da medida cautelar.

Extremamente preciso os ensinamentos de Pacelli:

[...] “Parece-nos, contudo, que a magnitude da lesão não seria amenizada e nem diminuído os seus efeitos com a simples prisão preventiva de seu suposto autor. Se o risco é contra a ordem econômica, a medida cautelar que nos parece mais adequada é o seqüestro e a indisponibilidade dos bens dos possíveis responsáveis pela infração. Parece-nos que dessa maneira é que se poderia melhor tutelar a ordem financeira, em que há sempre o risco de perdas econômicas generalizadas”. [...] [57]

Em suma, a prisão preventiva decretada com fundamento em garantia de ordem pública e garantia de ordem econômica é inconstitucional, na medida em que viola os princípios da

presunção de inocência e do devido processo legal, revelando-se como verdadeira antecipação da pena.

A chamada “intranqüilidade social” causada pela permanência do acusado em liberdade deve ser combatida através de outras medidas. A efetividade das políticas criminais é diretamente proporcional à efetividade das políticas sociais. Somente investindo em educação, saúde, moradia etc, e proporcionando uma prestação jurisdicional mais célere é que iremos obter um resultado satisfatório no combate contra a criminalidade e assim, diminuir a intranqüilidade causada pela violência ou pela permanência de um acusado em liberdade. Afinal, se a permanência em liberdade de um acusado que deve ser considerado inocente causa intranqüilidade, maior insegurança deve causar o desrespeito às garantias constitucionais.

Não podemos esquecer que, apesar das previsões legais, o nosso Código de Processo Penal foi elaborado em 1942 durante um regime ditatorial. Aquela época não se conhecia o princípio da presunção de inocência, sendo necessário interpretar o CPP de acordo com a Carta Magna, jamais fazer uma interpretação às avessas, interpretando a Constituição à luz do CPP.

Somente interpretando o CPP à luz da Constituição, encontraremos a função extraprocessual desempenhada pela garantia da ordem pública e garantia da ordem econômica, enquanto requisitos autorizadores da decretação da prisão preventiva, constituindo verdadeira antecipação de pena, violando dos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal.

Hoje, qualquer decisão que restrinja a liberdade do acusado antes da sentença penal condenatória transitada em julgado, tem que andar de mãos dadas com o princípio da presunção de inocência, ou seja, são indissociáveis.

Assim, na esteira dos ensinamentos de Julio Mayer, in verbis, acreditamos que, em face do princípio da presunção de inocência, o nosso ordenamento jurídico só permite a segregação antecipada da liberdade do acusado nos casos de conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal:

[...]“excluindo-se os fins preventivos imediatos, o fundamento real de uma medida de coerção da liberdade, só pode residir no perigo de fuga do imputado ou no perigo de que se obstaculize a averiguação da verdade. Aí está o equilíbrio razoável entre os dois interesses: o interesse na repressão e a preservação do princípio da inocência”. [...] [58]

#### REFERÊNCIAS:

[1] DE PLÁCIDO E SILVA, Vocabulário Jurídico, 2003, p. 1095.

[2] MIRABETE, Julio Fabbrini, Processo Penal, 2004, p.388.

[3] Salienta Foucault que “a forma-prisão preexiste à sua utilização sistemática nas leis penais. Ela se constituiu fora do aparelho judiciário, quando se elaboraram, por todo o corpo social, os processos para repartir indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los, tirar deles o máximo de tempo, e o máximo de forças, treinar seus corpos,

codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e notações, constituir sobre eles um saber que se acumula e se centraliza. A forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, através de um trabalho preciso sobre o seu corpo, criou a instituição – prisão, antes que a lei a definisse como a pena por excelência”. (FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir, 2003, p. 195).

[4] GÊNESIS, capítulo 40, I à III, A Bíblia de Promessas, 2003, p. 36.

[5] Na lição de Foucault, “desapareceu o corpo suplicado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal. Desaparece, destarte, em princípios do século XIX, o grande espetáculo da punição física: o corpo suplicado é escamoteado; exclui-se do castigo a encenação da dor. Penetramos na época da sobriedade punitiva”. (FOUCAULT, Michel, Vigiar e Punir, 2003, pp. 12-16).

[6] VIEIRA, Felipe, Comentários à Constituição, 2003, p. 96.

[7] Nesse sentido Mirabete: “Rigorosamente, no regime de liberdades individuais que preside o nosso direito, a

prisão só deveria ocorrer para o cumprimento de uma sentença penal condenatória”. (Mirabete, Julio Fabbrini, Processo Penal, 2004, p. 389).



[8] CALAMANDREI, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, Trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1945, p. 44-45, apud FERNANDES, Antonio Scarance, Processo Penal Constitucional, 2003, p. 298.

[9] GRECO FILHO, Vicente, Direito Processual Civil Brasileiro, 3º Volume, 1999, p. 152.

[10] THEODORO JÚNIOR, Humberto, Curso de Direito Processual Civil, vol. II, 2001, p. 330.

[11] FERNANDES, Antonio Scarance, Processo Penal Constitucional, 2003, p. 297.

[12] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Processo Penal, vol. 3, 2004, p. 400.

[13] Nesse sentido BARRA, Eladio Escusol, Lezioni di Procedura Penale, 2º ed. Torino, g. Giappichelli Editore, 1995, p. 215-216 apud DELMANTO JUNIOR, Roberto, As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração, 2001, p. 82.

[14] Ensina Delmanto Junior que “o conceito de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, todavia, não se ajustam, com exatidão, ao tratamento das medidas cautelares constritivas da liberdade previstas em nosso processo penal. A fumaça do bom direito e o perigo da demora do processo, diante das peculiaridades da imposição de qualquer modalidade de prisão provisória, não satisfazem. Para tanto, e com a devida vênica, ao invés de se falar *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, preferimos nos utilizar dos termos *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*”. (DELMANTO JUNIOR, Roberto, As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração, 2001, p. 83-84). No mesmo sentido Lopes Junior: “é

necessário que haja um perigo na liberdade do réu a justificar sua prisão e não perigo na demora da prestação jurisdicional. Da mesma forma que a fumaça deve ser do cometimento do delito e não do bom direito, pois bom direito pode ser para condenar ou absolver o acusado, ou ainda, para declarar extinta a punibilidade. Até porque a demora na investigação preliminar, a autorizar a prisão temporária, ou no curso do processo, a autorizar a prisão preventiva, nem sempre é imputada ao indiciado ou ao réu, não havendo razão para puni-lo pela demora do Estado em cumprir com seu papel na persecução penal. Nesse caso, devemos mostrar que há perigo social se o réu permanecer em liberdade, bem como para o curso do processo e, ainda, que há provas do cometimento do delito. A fumaça é da prática do crime e não do bom direito. Direito, por si só, já é bom, incluindo aqui o conceito de justo”. (LOPES JUNIOR, Aury, Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal, 2001, apud RANGEL, Paulo, Direito Processual Penal, 2001, p. 403).

[15] Art. 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

[16] LOPES JUNIOR, Aury, Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal, 2005, p. 51.

[17] Diverge a doutrina acerca da natureza cautelar da prisão decorrente de pronúncia e a prisão decorrente da sentença condenatória recorrível. Para Pacelli “na ordem jurídica precedente, sobretudo naquela que remonta ao início da vigência do CPP, as prisões decorrentes de sentença recorrível (art. 594) e de pronúncia (art. 408) não guardavam mesmo qualquer compromisso com a cautelaridade, impondo-se como verdadeiras execuções provisórias”. (OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de, Curso de Processo Penal, 2005, p. 422). Contra: MIRABETE: “A prisão processual, também chamada de provisória, é a prisão cautelar, em sentido amplo, incluindo a prisão em flagrante (arts. 301 a 310), a prisão preventiva (arts. 311 a 316), a prisão resultante de pronúncia (arts. 282 e 408 § 1º), a

prisão resultante de sentença penal condenatória (art. 393, I) e a prisão temporária (Lei nº 7.960, de 21-12-89)”. (MIRABETE, Julio Fabbrini, Processo Penal, 2004, p. 388).

[18] DE PLÁCIDO E SILVA, Vocabulário Jurídico, 2003, p. 1097.

[19] Nesse sentido Rangel: “no universo da prisão cautelar de natureza processual, a prisão preventiva seria o sol e as demais prisões seriam os planetas que o cercam e buscam nele sua fonte de luz, de energia, de sustento de vida”. (RANGEL, Paulo, Direito Processual Penal, 2001, p. 430).

[20] OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de, Curso de Processo Penal, 2005, p. 407.

[21] Para Ramos a caracterização da prisão preventiva como medida estritamente cautelar não é uma verdade absoluta. Ensina o eminente doutrinador: “De que a prisão preventiva é uma cautela, no sentido de que evita certos acontecimentos indesejáveis, não parece haver espaço para dúvidas. Contudo, em termos estritamente técnicos, a identificação da cautelaridade na prisão preventiva é mais problemática. Isso porque, na verdade, há quatro prisões preventivas diferentes: quatro hipóteses que lhe dão fundamento”. (RAMOS, João Gualberto Garcez, A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro, 1998, p. 129).

[22] Nesse sentido TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Processo Penal, vol. 3, 2004, p. 488.

[23] Idem, ibidem, p. 495.

[24] FARIA, Bento de, Código de Processo Penal, vol. 1, p. 368, apud DELMANTO JUNIOR, Roberto, As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração, 2001, p. 163.

[25] Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

[26] Ensina Lopes Junior que “em direito processual existem diferentes níveis ou graus de cognição, segundo se busque um juízo de possibilidade, de probabilidade ou de certeza. Para chegar ao juízo de certeza, é necessário conhecer toda a matéria, isto é, a atividade cognitiva plena do julgador deverá recair sobre o objeto, a ponto de concluir pelo predomínio absoluto dos fatos que sustentam a hipótese. Existe possibilidade em lugar de probabilidade quando as razões favoráveis ou contrárias à hipótese são equivalentes. O juízo de possibilidade prescinde da afirmação de um predomínio das razões positivas sobre as razões negativas ou vice-versa. A probabilidade significa o predomínio das razões positivas que afirmam a existência do delito e sua autoria”. (LOPES JUNIOR, Aury, Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal, 2005, pp. 100-101).

[27] ROSA, Borges da, Processo, v. 2, p. 281, apud TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Processo Penal, vol. 3, 2004, p. 496.

[28] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Processo Penal, vol. 3, 2004, p. 507.

[29] Nesse sentido RANGEL, Paulo, Direito Processual Penal, 2001, pp. 432-433.

[30] Nesse sentido OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de, Curso de Processo Penal, 2005, p. 408.

[31] Nesse sentido TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Processo Penal, vol. 3, 2004, p. 507.

[32] Esclarece Rangel que “a instrução criminal não é conveniente, mas, sim, necessária, pois, diante dos princípios da verdade real, 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, demonstrando existir um verdadeiro Estado Democrático de Direito”. (RANGEL, Paulo, Direito Processual Penal, 2001, p. 432).

[33] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Processo Penal, vol. 3, 2004, p. 507.

[34] RAMOS, João Gualberto Garcez, A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro, 1998, p. 383.

[35] Habeas Corpus n. 2.436/92 – Juina – TJMT – 1º Câmara Criminal – Relator Desembargador Benedito Pompeu de Campos Filho – julgado em 20/10/92 – ordem deferida – votação majoritária – RF n. 325, p. 284.

[36] Habeas Corpus n. 156.350-3 – Presidente Prudente – TJSP – 5º Câmara Criminal – Relator Desembargador Dante Busana – julgado em 2/12/93 – ordem deferida – votação majoritária – RT n. 702, p. 338.

[37] Habeas Corpus nº 71.289-4 – RS – STF – 1º Turma – Relator Ministro Ilmar Galvão – ordem deferida – votação unânime – LEX, nº 224, p. 300.

[38] DE PLÁCIDO E SILVA, Vocabulário Jurídico, 2003, p. 988.

[39] RANGEL, Paulo, Direito Processual Penal, 2001, p. 432.

[40] GARCIA, Basileu, Comentários ao Código de Processo Penal, vol. III, pp. 169-170, apud DELMANTO JUNIOR, Roberto, As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração, 2001, p. 178.

[41] Capez ensina que “a prisão cautelar é decretada com a finalidade de impedir que o agente solto, continue a delinquir, ou de acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça, em crimes que provoquem grande clamor popular”. (CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Processual, 2000, p. 229). No mesmo sentido Mirabete: “O conceito de ordem pública não se limita só a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão”. (MIRABETE, Julio Fabbrini, Processo Penal, 2004, p. 418).

[42] BASTOS, Celso Ribeiro, Curso de Direito Constitucional, 1998, pp. 445-446.

[43] DELMANTO JUNIOR, Roberto, As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração, 2001, p. 191.

[44] RANGEL, Paulo, Direito Processual Penal, 2001, p. 433.

[45] OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de, Curso de Processo Penal, 2005, p. 412.

[46] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Processo Penal, vol. 3, 2004, p. 513.

[47] Habeas Corpus n° 0177635-6 – MS – STJ – 5° Turma – Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima – ordem parcialmente conhecida – votação unânime – julgado em 01.03.2007 – publicado no DJ de 19.03.2007, p. 372.

[48] Habeas Corpus n° 0126004-3 – MG – STJ – 5° Turma – Relator Ministro Félix Fischer – ordem denegada – votação unânime – julgado em 05.12.2006 – publicado no DJ de 26.02.2007, p. 621.

[49] DELMANTO JUNIOR, Roberto, As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração, 2001, p. 179.

[50] Habeas Corpus n° 0196993-4 – MG – STJ – 6° Turma – Relator Ministro Hamilton Carvalhido – ordem denegada – votação majoritária – julgado em 30.05.2006 – publicado no DJ de 26.02.2007, p. 645.

[51] LOPES JUNIOR, Aury, Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal, 2005, p. 51.

[52] Alguns doutrinadores chegam a admitir a necessidade da custódia cautelar para garantir a ordem pública quando o acusado estiver sendo ameaçado pelos parentes da vítima. Como se não fosse papel do Estado garantir a incolumidade do acusado...

[53] Recurso em Sentido estrito nº 70006880447 – TJ/RS – 5º Câmara Criminal – voto vencido do Desembargador Amilton Bueno de Carvalho – julgado em 29.10.2003, apud TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Processo Penal, vol. 3, 2004, p. 505.

[54] Nesse sentido Silva Jardim: “Correta se nos afigura a arguta advertência do eminente professor Weber Martins, de que a decretação da medida como garantia da ordem pública não tem relação direta com o processo. Em vez disso, está voltada para a proteção de interesses estranhos a ele, tem nítidos traços de medida de segurança. Sendo a medida de segurança também uma forma de resposta penal, não é estranho que a custódia preventiva possa visar a torná-la possível ao final do processo de conhecimento”. (JARDIM, Afrânio Silva, Direito Processual Penal, 2003, p. 248).

[55] Ramos sustenta que “a prisão preventiva decretada por garantia de ordem pública não é cautelar nem antecipatória, mas medida judiciária de polícia, justificada e legitimada pelos altos valores sociais em jogo”. (RAMOS, João Gualberto Garcez, A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro, 1998, p. 143).

[56] Nesse sentido LOPES JUNIOR, Aury, Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal, 2005, p. 51.



[57] OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de, Curso de Processo Penal, 2005, p. 409.

[58] MAYER, Julio, Derecho procesal penal argentino, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1989, p. 281, apud TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Processo Penal, vol. 3, 2004, p. 503.

\*Formando em Direito pela Faculdade Jorge Amado  
gugasetubal@yahoo.com.br

Disponível em:  
<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=870&idAreaSel=4&seeArt=yess>. Acesso em: 01 nov. 2007.