

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA - UNIVEM  
CURSO DIREITO

**BRUNA PRETTI**

**PRISÃO PREVENTIVA**

MARÍLIA  
2008

BRUMA PRETTI

## **PRISÃO PREVENTIVA**

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito, da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:  
Prof. Carlos Ricardo Fracasso

MARÍLIA  
2008

Pretti, Bruna

Prisão preventiva/ Bruna Pretti; orientador: Carlos Ricardo Fracasso. Marília, SP: [s.n.], 2008.

54f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2008.

1. Prisão preventiva. 2. Pressupostos e fundamentos. 3. Princípio da presunção de inocência.

CDD: 341



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA - UNIVEM  
Curso de Direito

**Bruna Pretti**


RA: 32743-3

**PRISÃO PREVENTIVA**


Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10,0 (DCT)

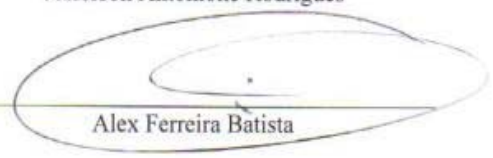
ORIENTADOR(A):

  
Carlos Ricardo Fracasso

1º EXAMINADOR(A):

  
Jefferson Antonione Rodrigues

2º EXAMINADOR(A):

  
Alex Ferreira Batista

Marília, 29 de outubro de 2008.

*A Deus, pela vida.*

*Aos meus pais, Primo Alberto Pretti e Solange Pretti, por tudo que sou, por me ensinarem a não me calar diante das coisas erradas, por todas as conquistas até aqui alcançadas e principalmente pela presença constante na minha vida, o meu imenso amor.*

*A minha irmã Cíntia, pela compreensão.*

## AGRADECIMENTOS

*Aos Doutores:*

*Célio Vieira da Silva e Lúcia Helena Brandt, minha imensa gratidão e respeito.*

*Aos amigos:*

*Joel Rodrigues, pela paciência e apoio constante.*

*À Priscila Capputti, pela interessante “filosofia de vida”, com quem tive o prazer de conviver e aprender no decorrer desses cinco anos.*

*À Débora Barraca, pelos risos.*

*À Isabel Barbosa, por me fazer acreditar que tudo é possível.*

PRETTI, Bruna. **Prisão preventiva**. 2008. 54f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2008.

## RESUMO

Este trabalho procura demonstrar que a prisão preventiva não afronta o ordenamento jurídico vigente, desde que para tanto a autoridade judiciária quando da decretação, fundamente sua decisão e não apenas faça repetição aos termos legais. Com isso, busca-se um mínimo de equilíbrio entre a pretensão punitiva estatal e a liberdade de cada cidadão em um sistema constitucional que admite a prisão preventiva e a ela atribui o princípio da presunção de inocência dignidade constitucional frente à Constituição Federal de 1988.

Concernente ao princípio da razoável duração do processo, inexistente na legislação prazo determinado para que se de o cumprimento da medida cautelar preventiva. Apesar de não haver prazo estabelecido, cabe ao magistrado a sabedoria, de diante da análise de cada caso concreto, distinguir a real necessidade do cárcere preventivo, bem como a duração necessária desta prisão, daquilo que de fato extrapola a medida do bom senso.

**Palavras-chave:** Prisão preventiva. Pressupostos e fundamentos. Princípio da presunção de inocência.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§: Parágrafo

Art: Artigo

CPP: Código de Processo Penal

CP: Código Penal

STF: Supremo Tribunal Federal



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO I – NOÇÕES GERAIS.....	10
1.1 Breve relato da história e evolução da prisão.....	10
1.2.Processo penal e o direito de punir.....	12
1.3 Conceito de prisão. fundamento constitucional.....	14
1.4 Natureza das prisões.....	15
CAPÍTULO II - PRISÃO PREVENTIVA.....	22
2.1 Natureza da prisão preventiva.....	23
2.2 Pressupostos para a decretação da prisão preventiva.....	24
2.3 Fundamentos que autorizam a prisão preventiva.....	27
2.4 Momento da decretação e autoridade competente.....	34
2.5 Apresentação espontânea do acusado.....	36
CAPÍTULO III - CIRCUNSTÂNCIAS LEGITIMADORAS E CIRCUNSTÂNCIAS IMPEDITIVAS DA PRISÃO PREVENTIVA.....	38
3.1 A prisão preventiva nos crimes punidos com reclusão.....	38
3.2 Prisão preventiva nos crimes apenados com detenção.....	38
3.3 Prisão preventiva em crimes dolosos.....	40
3.4 Prisão preventiva e a garantia à execução das medidas protetivas de urgência.....	40
3.5 Revogação e redcretação da prisão preventiva.....	42
3.6 O princípio da razoável duração do processo e à prisão preventiva.....	45
3.7 Prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência.....	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
REFERÊNCIAS.....	52

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo discutir a prisão cautelar em sua modalidade preventiva, objetivando-se a investigação no tocante a natureza da tutela aqui envolvida.

Desde já, destacamos ao leitor que, por razões de praticidade e para que não seja desviado o enfoque da pesquisa, a delimitação de seu objeto torna-se fundamental. Por isso, com relação às outras medidas acautelatórias previstas no ordenamento jurídico, não nos deteremos sobre o estudo de cada uma.

É imprescindível, para elucidar a proposta deste trabalho, estabelecermos uma seqüência, ainda que gradativa, da evolução da prisão e esclarecermos as diversificadas formas pelos quais os atos foram puníveis, atendendo mais ou menos aos períodos da história da humanidade, bem como à sua evolução, intimamente ligada à influência que recebemos do direito português por meio das Ordenações.

Posteriormente, analisamos a forma como se organiza e se desenvolve, em termos jurídicos, a relação entre o poder cautelar do Estado-Juiz e a liberdade do indivíduo propriamente dita.

Discorreremos, ainda, sobre a natureza, pressupostos, fundamentos e características da cautelaridade, sobre a autoridade competente para decretar a prisão preventiva sobre os procedimentos a serem tomados em caso de apresentação espontânea do acusado.

Destinaremos um capítulo a falar das circunstâncias legitimadoras e impeditivas da decretação da custódia preventiva e sobre a garantia das medidas protetivas de urgência em face da Lei nº 11.340/06.

De antemão, esclareço que, com relação aos fundamentos legais para a decretação da prisão preventiva, o que causa intrincadas discussões doutrinárias é a garantia da ordem pública. Muito embora a jurisprudência já dê sinais de escolha da noção de ordem pública, a possibilidade de adoção de um critério único para defini-la é difícil, pois depende do ângulo utilizado para a análise.

A prisão preventiva, com fundamento na garantia da ordem econômica, é de difícil ocorrência. A literatura brasileira também não a trata minuciosamente.

Naturalmente, o lapso temporal compreendido entre a existência do estatuto (1941) aos tempos atuais, implica dizer, ao longo desses sessenta e sete anos de vigência, que mudanças ocorreram e vêm ocorrendo de forma considerável no ordenamento jurídico brasileiro.

Tendo por base o artigo 312 do Código de Processo Penal, que disciplina a prisão preventiva, a análise da primariedade e dos bons antecedentes não é mais parâmetro exclusivo para que a prisão preventiva seja decretada.

Evidente, com a Constituição da República de 1988, o surgimento de duas novas conseqüências no sistema prisional brasileiro. A partir de 1988 passa a existir um princípio afirmativo da situação de inocência de todo indivíduo que estiver submetido à persecução penal e a garantia de que toda prisão seja devidamente fundamentada, inclusive por ordem escrita de autoridade judiciária competente, excetuando-se a prisão em flagrante.

Somente o Poder Judiciário poderá determinar a prisão de um presumidamente inocente.

Como o dever de fundamentação da autoridade judicial exsurge em decorrência do Estado Democrático de Direito, já que ao Judiciário compete a tutela das garantias do indivíduo em face do Estado, é certo que o sistema de prisões cautelares, que vigora atualmente em nosso ordenamento jurídico, encontra respaldo em alguns princípios de garantia.

Por tais razões, a prisão preventiva será devidamente examinada sob o prisma da nova ordem constitucional, uma vez que a Carta Magna trouxe várias regras e princípios relativos ao processo penal brasileiro e à prisão.

Por fim, acrescente-se, ainda, que o questionamento a respeito da medida cautelar preventiva não se limita somente ao princípio da presunção de inocência, estendendo-se ao princípio da razoável duração do processo, ficando sob a responsabilidade do juiz, o que de fato justifica o tempo do encarceramento preventivo.

## **CAPÍTULO I – NOÇÕES GERAIS**

### **1.1 Breve relato da história e evolução da prisão**

É certo, por óbvio, que a própria história das civilizações nos demonstra que a sociedade sempre esteve propensa a aderir a normas de condutas, posto ser impossível a convivência sem um mínimo de organização.

Há de se ter em mente que, no período compreendido como antiguidade, o que prevalecia era a vingança privada, ou seja, a luta do homem contra o próprio homem, também denominada de era “do olho por olho dente por dente”, época em que Estado não tinha qualquer preocupação com a batalha travada por particulares, não intervindo nesse conflito.

Os atos ilícitos não recebiam qualificação específica civil ou penal, sendo reprimidos identicamente, havendo muitas vezes desproporcionalidade entre o mal feito e as penas recebidas, que comumente recaíam sobre castigos corporais.

Ainda que a idéia de prisão não fosse algo presente no pensamento dos homens as primeiras leis que surgiram nas sociedades primitivas foram, sem sombra de dúvida, leis penais. Estas se originaram por exigência do próprio homem, mais precisamente pela necessidade de um ordenamento jurídico que reprimisse determinadas condutas e que pudesse garantir a tranquilidade da convivência.

Para se ter uma idéia disso, na Grécia, por exemplo, a privação da liberdade não foi reconhecida efetivamente como pena. A Grécia antiga reconheceu apenas a prisão como forma de compelir os devedores a pagarem o que deviam.

Da mesma forma, Roma também previa a prisão por dívidas. Daí dizer que “Grécia e Roma, expoentes do mundo antigo, conheceram a prisão como finalidade eminentemente de custódia, para impedir que o culpado pudesse subtrair-se ao castigo” (BITENCOURT, 2006, p. 542).

Entretanto, o que nos interessa efetivamente é a influência que recebemos do Direito português.

As Ordenações do Reino (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) foram compreendidas como nossos primeiros diplomas jurídicos, e as fontes primitivas de nosso direito penal.

Segundo Aníbal (apud ESTEFAM, 2005, p. 18), “colônia de Portugal nos primeiros tempos, é com as leis e costumes da metrópole que o Brasil inicia a sua história jurídica”. O

fato é que as Ordenações Afonsinas<sup>1</sup> não chegaram a ter nenhuma aplicação no Brasil, exceto as disposições que foram inseridas nas Ordenações Manuelinas. Essas últimas chegaram a ter alguma aplicação aqui no Brasil, no período das capitânicas hereditárias.

Quando do descobrimento do Brasil, vigoravam aqui as Ordenações Manuelinas, que foram seguidas pelo Código de D. Sebastião. Referidas Ordenações foram aplicadas no Brasil por mais de dois séculos, mesmo depois do apogeu da Independência, que ocorrera em 1822<sup>2</sup>.

Posteriormente, em decorrência da evolução gradativa da sociedade, as relações jurídicas foram adquirindo maior complexidade, face à predominância dos interesses até mesmo devido à repercussão social dada aos fatos. A partir de então, as leis foram surgindo e ficando em sistemas próprios.

Com a evolução natural da sociedade, o Estado percebeu que tinha interesse em intervir no conflito entre particulares, porque era uma maneira de ele manter a paz social<sup>3</sup>.

Sucedem, porém, que, em havendo resistência de uma das partes à pretensão de outra, vedada que está a autotutela, surge a necessidade de que o Estado, através do processo, resolva esse conflito de interesses opostos, trazido à sua apreciação, dando a cada um o que é seu e reintegrando a ordem e a paz no grupo (JARDIM, 1995, p. 8-9).

A partir desse momento, o Estado chamou para si a administração da justiça e vedou ao particular a realização da justiça com as próprias mãos, responsabilizando-se pela solução dessa controvérsia. A vingança passa, então, da esfera particular para a estatal, fazendo com que o Estado seja titular exclusivo do poder de punir.

É evidente que essa evolução ocorreu paulatinamente, sendo somente com a Constituição Imperial de 1824, admiti-se a prisão provisória mediante ordem escrita do juiz.

Tendo por base esse referencial, é que repousa o fundamento de que, no Brasil, a prisão preventiva surgiu legalmente no ano de 1889 com a Proclamação da República.

Na data de 29 de novembro de 1832 o Brasil teve o seu primeiro Código de Processo Criminal e, com a promulgação da Constituição de 10 de novembro de 1937 inicia-se a elaboração do Código de Processo Penal, que é de 1941 e entra em vigor no dia primeiro de janeiro de 1942.

---

<sup>1</sup> As Ordenações Afonsinas “apresentavam imperfeições, contradições e mesmo falta de unidade de plano e contemplavam grande número de infrações religiosas, às quais culminavam penas atroz” (PIERANGELLI, 1993, p. 57).

<sup>2</sup> Importa esclarecer, ainda, que, no Brasil, as tribos selvagens que aqui habitavam, em nenhum momento influenciaram na elaboração de nossa legislação.

<sup>3</sup> Nogueira (1995, p. 33i) apud Pimentel (1984, p. 78) “a análise crítica desta sucinta história mostra, mesmo ao observador mais desprevenido, que na medida que a civilização evoluiu a pena se modificou para melhor. O progresso cultural da humanidade foi acompanhado de um avanço no conhecimento do homem, acarretando um maior respeito para com ele. A pena acompanhou essa evolução”.

Finalmente, em 5 de outubro de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil trouxe significativas disposições sobre o processo penal e a prisão, mas esse Código deve sofrer uma releitura a fim de adaptar-se aos princípios amparados constitucionalmente.

## 1.2. Processo penal e o direito de punir

Na abordagem do tema relativo à evolução da prisão, já se salientou que, em decorrência da convivência social dos homens, surgem conflitos de interesses<sup>4</sup>.

Ressalte-se o entendimento de Fernandes (2000, p. 11):

Na evolução do relacionamento indivíduo - Estado, houve necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista. Para isso, os países inseriram em suas constituições regras de cunho garantista, que impõem ao Estado e à própria sociedade o respeito aos direitos individuais.

Complementando o pensamento de Fernandes, no mesmo raciocínio escreve Nogueira (1988, p. 327) “ainda que o indivíduo lesado não demonstre interesse na reparação do dano sofrido, o Estado não pode ficar indiferente com tal ato, pois cabe-lhe zelar pela paz social, reprimindo a conduta criminosa que venha perturbá-la”.

Nestes termos, reafirmando os argumentos supra expostos, enfatiza Tourinho Filho (2006, p. 2):

Para manter a harmonia no meio social e, enfim, para atingir os seus objetivos, um dos quais se alça à posição de primordial – o bem-estar geral, o Estado elabora as leis, por meio das quais se estabelecem às normas de conduta, disciplinam-se as relações entre os homens e regulam-se as relações derivadas de certos fatos e acontecimentos que surgem na vida em sociedade.

Essas normas de conduta são muito relevantes para expressar o que é permitido e o que é proibido fazer.

Não obstante essas observações, cometida a infração penal, o conflito de interesses se dá entre o direito de punir do Estado, ou seja, o *jus puniendi* e o direito de liberdade do suposto autor da infração, também denominado de *jus libertatis*.

Segundo Mirabette (2006, p. 4) “o *jus puniendi* é o direito que tem o Estado de aplicar a pena cominada no preceito secundário da norma penal incriminadora, contra quem praticou ação ou omissão descrita no preceito primário [...]”.

---

<sup>4</sup> Como bem colocou Noronha (2002, p. 3) “o crime lesa não apenas direitos individuais, mas sociais também, pois perturba as condições da harmonia e estabilidade, sem as quais não é possível a vida comunitária”.

Assim, o poder-dever do Estado surge a partir do cometimento de uma infração penal punível, tendo em vista que o Estado é o responsável pela promoção do bem comum, já que é o detentor do *jus puniendi*.

“Esse poder-dever, outrossim, nas sociedades civilizadas, é privativo, exclusivo, do Estado, sendo, por isso, inadmissível, em regra hodiernamente, a vingança de mão própria [...]” (TUCCI, 1993, p. 9).

Por conseguinte, como o Estado tem por finalidade essa promoção do bem comum, a ele compete o direito de punir manifestado por meio do processo penal, que tem por fim promover a solução do conflito de interesses entre o Estado e o infrator.

Nessa esteira de pensamentos, conclui-se que toda vez que alguém pratica uma infração penal fere a ordem social e faz surgir para o Estado a pretensão de punir o infrator, também denominada de pretensão punitiva.

A respeito da pretensão punitiva, esclarece Nogueira (1988, p. 51):

No processo penal, a pretensão punitiva é sempre insatisfeita (o que, por si só, não caracteriza a lide penal), pois a pena não pode ser aplicada senão através do processo, em decorrência do interesse do próprio Estado de tutelar a liberdade do réu, direito indisponível.

Percebe-se que, em nosso ordenamento jurídico, essa pretensão punitiva tem de ser satisfeita, sendo realizada por uma intensa atividade desenvolvida pelo próprio Estado com o objetivo final de aplicação de uma sanção exteriorizada pela sentença. Quando a sentença é proferida e transita em julgado, o Estado satisfaz a sua pretensão punitiva, e a partir daí surge uma outra pretensão que consiste em executar a pena aplicada naquela sentença.

Analisando no âmbito da esfera penal, a ocorrência da pretensão punitiva existe quando há subordinação do interesse do autor da infração penal ao interesse do Estado.

Bom é esclarecer que esse direito de punir do Estado sofre limitação, nos países civilizados, pelo princípio da legalidade, também denominado de reserva legal. No Brasil, esse princípio tem expressa previsão no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal de 1988 e artigo 1º do Código Penal Brasileiro<sup>5</sup>.

Esse princípio é uma garantia do cidadão frente à atuação do Estado, ou seja, ele limita a ação do Estado. Em vista disso, o Estado somente poderá aplicar pena ao violador da norma penal após a comprovação de sua responsabilidade, o que se dá por meio de processo e mediante decisão do órgão jurisdicional.

---

<sup>5</sup> Art. 5º [...]; XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Em suma, se o direito de punir pertence ao Estado, esse proibiu a autotutela. Sendo o Estado o responsável pela promoção do bem-estar da sociedade, quando a conduta criminosa é cometida, não é vontade do Estado repreender a conduta imputando-lhe pena ao algoz, mas fazer com que o juiz primeiramente preste a tutela jurisdicional para ao final dizer se o agente deve ou não ser punido por sua conduta.

### **1.3 Conceito de prisão. Fundamento constitucional**

Várias são as expressões utilizadas para conceituar prisão, já que o referido termo pode ainda ser empregado em várias acepções.

Antes de conceituá-la, ressalta-se a distinção a respeito do que dispõe o Código Penal e o Código de Processo Penal sobre a prisão<sup>6</sup>.

O Código Penal Brasileiro trata da prisão decorrente de condenação, estabelecendo as suas espécies, formas de cumprimento, assim como os regimes a que o condenado será submetido.

Por sua vez, o Código de Processo Penal, trata das modalidades de prisões cautelares, tendo aplicação, somente quando necessárias, até o trânsito em julgado de decisão condenatória. Essa última consideração será analisada em outro capítulo, de forma mais pormenorizada.

A prisão e a pena já eram muito discutidas desde o Século das Luzes isso fica muito claro na obra de Marquês de Beccaria<sup>7</sup>. Apesar de retratar a legislação penal de sua época, Beccaria já tecia considerações sobre a prisão desde o ano de 1764, quando escreveu *Dos Delitos e das Penas*, cuja relevância é notória já que ainda nos dias atuais continua em vigor o que já era previsto no ano de 1.764, ao menos no tocante a prisão.

Apesar das discussões concernentes ao que vem a ser certo ou errado no direito de punir, bem como na consistência da pena, não restam dúvidas de que o criminoso merece, de alguma forma, a punição para que não fique impune pelo crime cometido e isso sirva como prevenção geral.

Salienta-se, então, que prisão, para Nucci (2006, p. 535), “é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere”.

---

<sup>6</sup> Acrescente-se, ainda, que a palavra prisão vem do latim “*prehensio*, de *prehendere* que significa o ato de prender, o estado de estar preso ou encarcerado” (DE PLÁCIO E SILVA, 2001, p. 640).

<sup>7</sup> Beccaria (1997, p. 98) precipitou-se ao afirmar que “a prisão é pena”.



Em igual entendimento, Capez (2006, p. 244) conceitua a prisão “a privação da liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito”.

Embasados nos conceitos acima, temos condições de afirmar, com segurança, que a prisão tem base constitucional.

O artigo 5º inciso LXI da Constituição Federal prevê:

[...] 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.

O artigo, deixa clara a regra de que o que prevalece é a liberdade. A prisão torna-se exceção, somente justificável para restabelecer a ordem jurídica violada pelo comportamento do autor do fato.

Então, para que alguma pessoa seja presa, ou deve estar em flagrante delito, ou deve existir um mandado judicial determinando a prisão.

Convém frisar que o juiz só poderá mandar prender se houver fundamento legal para isso, devendo a prisão basear-se em decisão de magistrado competente, além de devidamente motivada e reduzida a termo.

Fora dessas duas hipóteses (flagrante delito ou existência de mandado judicial), ninguém poderá ser preso, com exceção dos militares, questão essa que não cabe ser tratada no presente trabalho monográfico.

## **1.4 Natureza das prisões**

No direito brasileiro, também se faz distinção quanto às espécies de prisão. Sob esse enfoque e tendo em vista os variados conceitos de prisão, Tourinho Filho afirma que a “prisão propriamente dita abrange as duas espécies de prisão a serem aqui tratadas: a prisão-pena, também denominada de prisão-sanção, e a prisão sem pena”. (TOURINHO FILHO, 2006, p. 582).

A distinção entre prisão-pena e prisão sem pena é fundamental para se esclarecer a natureza da prisão preventiva.

Segundo Tourinho Filho (2006, p. 582), “a prisão-pena é o sofrimento imposto pelo Estado ao infrator, em execução de uma sentença penal, como retribuição ao mal praticado, a fim de reintegrar a ordem jurídica injuriada”.

Entendimento igual ao de outro processualista, com relação à prisão-pena, que, sucintamente, dispõe: “a prisão-pena é que resulta de condenação transitada em julgado, conforme previsão do Código Penal” (GRECO FILHO, 1999, p. 262).

Desse modo, a prisão-pena é a que decorre de sentença penal condenatória, em que se impõe pena privativa de liberdade, diversamente do que ocorre com a prisão sem pena, compreendida como aquela que não resulta de condenação.

Já a prisão sem pena, por sua vez, admite várias sub-espécies e abrange as prisões civis, disciplinares, administrativas e processuais. A prisão processual engloba prisão em flagrante, preventiva, temporária, por pronúncia e aquela decorrente de sentença penal condenatória recorrível.

A priori, a modalidade de prisão que se afigura mais relevante é sem dúvida a prisão cautelar, especialmente a prisão preventiva<sup>8</sup>.

Nesse capítulo, tratar-se-á, ainda que brevemente, de todas as modalidades de prisões processuais acima descritas, embora especificamente não nos interessem neste trabalho.

No contexto processual penal, torna-se inegável o caráter cautelar da prisão em flagrante, da preventiva, temporária, por pronúncia e a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível, desde que necessária para assegurar os fins do processo<sup>9</sup>. Por outro lado, sendo essas prisões provisórias, só se justificam se estiver presente o caráter cautelar; do contrário, haverá desrespeito à Constituição Federal.

Por tudo isso, constituem modalidades de prisão sem pena:

**1) Prisão em flagrante:** é costumeiro a literatura definir como prisão em flagrante aquela prisão que ocorre no momento em que o agente está praticando o delito<sup>10</sup>.

Como se verá, dentre as modalidades de flagrante, essa definição trazida pela doutrina não abrange todas as hipóteses de flagrante. Sobre flagrante, é o entendimento de Mirabette (2006, p. 374):

---

<sup>8</sup> Cabe, nesta oportunidade, lembrar que “prisão processual também chamada de provisória ou cautelar, é historicamente a mais antiga das prisões, e todas as leis de processo vigentes no mundo civilizado as da guarida”. (MARQUES, 1998, p. 38)

<sup>9</sup> “Três delas, quais sejam a prisão em flagrante delito, a prisão preventiva e a prisão temporária, são, na realidade, tipicamente cautelares, isto é, têm por finalidade a assecuração do resultado proficuo do processo penal de conhecimento de caráter condenatório, quer para a garantia da ordem pública, quer em razão da conveniência da instrução criminal ou para preservar a aplicação da lei penal”. Tucci apud Faggioni (2003, p.140).

<sup>10</sup> Esta prisão possui ainda natureza administrativa, porque a princípio não depende de manifestação do Juiz.

Em sentido jurídico, flagrante é uma qualidade do delito, é o delito que está sendo cometido, praticado, é o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão do seu autor, sem mandado, por ser considerada a certeza visual do crime.

Daí decorre a expressão flagrante delito para retratar o delito que está sendo praticado.

Embora seja compreendida como situação de flagrância aquela que ocorre quando o agente está cometendo o ilícito, a doutrina majoritária divide o flagrante em espécies e modalidades. As espécies compreendem os flagrantes previstos na legislação (flagrante próprio, impróprio, presumido e esperado). Já as modalidades de flagrante são aquelas de criação doutrinária (flagrante esperado, forjado e preparado):

a) Flagrante próprio, também chamado de propriamente dito, real ou verdadeiro (incisos I e II do art. 302 do CPP): traduz a idéia do momento em que o agente é surpreendido praticando a infração penal, ou, então, quando acaba de cometê-la;

b) Flagrante impróprio, irreal ou quase-flagrante (inciso III do art. 302 do CPP): aquele que o agente, logo após a prática da infração criminosa, é perseguido e preso;

c) Flagrante presumido, ficto ou assimilado (inciso IV do art. 302 do CPP): se dá no instante em que o agente é preso, logo depois de cometer a infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração ocorrida. Aqui não há perseguição ao agente<sup>11</sup>.

d) Flagrante preparado ou provocado (Súmula 145 do STF): ocorre quando alguém provoca o agente à prática de um crime ao mesmo tempo em que toma providências para que o crime não se consuma. Nesse caso não há crime. De acordo com a Súmula 145, esse flagrante é ilegal;

e) Flagrante esperado: a atividade policial ou de um terceiro é apenas um aguardo, um alerta da ocasião da ocorrência de um crime. Assim, não há que se falar em vontade viciada, uma vez que, em se tratando de flagrante esperado, nenhuma situação foi criada.

Logo, a autoridade policial tem a obrigação de efetuar a prisão em flagrante, pois a prisão é legal por tratar-se de flagrante próprio (o sujeito acabou de cometer a infração).

---

<sup>11</sup> Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - esta cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração

f) Flagrante diferido, prorrogado ou retardado (art. 2º, II, da Lei nº 9.034/95): esta modalidade de flagrante só é cabível no crime organizado, diferentemente do que ocorre no flagrante esperado<sup>12</sup>.

No flagrante prorrogado ou retardado, a autoridade policial tem a discricionariedade no tocante ao momento da ocorrência da prisão em flagrante. Pode, portanto, a polícia aguardar o momento oportuno para efetuar o flagrante, ou seja, não necessariamente deve realizar o flagrante quando presencia o momento em que ocorre a prática de infração penal, pode esperar o momento que entende ser mais eficaz do ponto de vista de formação de provas e fornecimento de informações por exemplo.

g) Flagrante forjado, fabricado, maquinado ou urdido: nesta espécie de flagrante não há crime, uma vez que particulares ou policiais forjam uma situação delituosa que não existe e a pessoa é presa<sup>13</sup>. O flagrante é ilegal, pois não houve sequer a ocorrência de infração penal.

**2) Prisão preventiva:** essa modalidade de prisão será abordada com maior clareza no capítulo II, destinado exclusivamente a tratar desta prisão.

De qualquer forma, segundo o entendimento de Nucci (2006, p. 605), é “uma medida cautelar de constrição à liberdade do indivíduo ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei”.

Referida modalidade de prisão representa medida extrema, por isso só decretada quando realmente necessária. Por tratar-se de medida restritiva de direitos, deve se dar por meio de despacho fundamentado e determinado pela autoridade judicial.

Assim como qualquer outra espécie de prisão, a prisão preventiva exige que a autoridade judicial fundamente a decisão quando da sua decretação ou revogação, tendo por base os elementos constantes nos autos do inquérito policial ou no processo.

---

<sup>12</sup> Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além dos já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: II – a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações.

<sup>13</sup> Um exemplo clássico desta espécie de flagrante citado pela literatura: “alguém coloca no veículo de outrem certa porção de entorpecente, para, abordando o depois, conseguir dar voz de prisão em flagrante por transportar ou trazer consigo a droga” (NUCCI, 2008, p.574)

**3) Prisão temporária:** esta prisão é disciplinada pela Lei nº 7.960/89.

Para Nucci (2008, p. 564), “é uma modalidade de prisão cautelar, cuja finalidade é assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave”.

Diferente do que ocorre na prisão preventiva, a prisão temporária para ser decretada exige apenas meras suspeitas de autoria ou participação do indiciado. Por tais razões, essa modalidade de prisão cautelar pode ser decretada em relação aos suspeitos ou aqueles já apontados como autores do crime.

A Lei nº 7.960/89 traz, no artigo 1º, inciso III, os crimes em que esta prisão pode ser decretada, lembrando que se trata de rol taxativo<sup>14</sup>.

Quem decreta a prisão temporária é o Juiz de Direito, desde que para tanto haja requerimento fundamentado do órgão do Ministério Público ou representação da autoridade policial (caso em que deverá ser ouvido o Ministério Público). Ao contrário do que ocorre com a prisão preventiva, a prisão temporária não pode ser decretada de ofício pela autoridade judiciária.

A prisão temporária só pode ser decretada em sede de inquérito policial, e seu prazo máximo de duração é de 5 dias, prorrogável por igual período, e, em se tratando de crimes hediondos, de prática de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e de terrorismo, o prazo da prisão temporária poderá ser decretado por até trinta dias, prorrogável uma única vez por outros trinta dias.

**4) Prisão decorrente de pronúncia** (art. 413, parágrafo terceiro do CPP): Essa prisão cautelar foi alterada por meio da Lei nº 11.689/08, que substituiu o artigo 408 pelo artigo 413 do Código de Processo Penal<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Art. 1º Caberá prisão temporária: [...] III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, caput e seu § 2º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com o art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956) em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro 9Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

<sup>15</sup> Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, § 3º O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e,

A Constituição Federal de 1988 determina que os crimes dolosos contra a vida e conexos só poderão ser julgados pelo Tribunal do Júri<sup>16</sup>. Acontece, porém, que, antes da realização do julgamento pelo Tribunal do Júri, é necessário primeiro provar que houve um crime doloso contra a vida e que o réu pode ter sido o autor, ou tenha participado da conduta criminosa.

Conforme se extrai da leitura do artigo 413, parágrafo terceiro do Código, exige-se o convencimento da materialidade do fato bem como da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação do acusado<sup>17</sup>.

Contudo, se o juiz entender que a prisão deve ser mantida, revogada ou é caso de substituição, a sua decisão tem que ser necessariamente fundamentada. Se o acusado estiver em liberdade, o juiz, diante de cada caso concreto verificará se é preciso decretar qualquer umas das prisões cautelares.

**5) Prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível<sup>18</sup>** (artigo 387, parágrafo único do CPP): a Lei nº 11.719/08, revogou o artigo 594 do Código, passando a vigorar o artigo 387. A respeito dessa alteração, esclarece Mendonça (2008, p. 246):

[...] a reforma determina que deve o juiz analisar, ao proferir a sentença condenatória, se há necessidade – mantendo ou decretando a prisão nesta situação – ou não – neste caso, liberando-se o acusado ou concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade – da prisão preventiva ou de outra medida cautelar. Se estiverem presentes os pressupostos, fundamentos e requisitos de admissibilidade da prisão preventiva, deve o juiz decretá-la ou mantê-la.

---

tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do livro I deste Código.

<sup>16</sup> Art. 5º, XXXVIII, “d”: a competência para os julgamentos dos crimes dolosos contra a vida

<sup>17</sup> Para Nucci (2008, p. 744) “inexistindo prova da materialidade do fato ou não havendo indícios suficientes de autoria, deve o magistrado impronunciar o réu, que significa julgar improcedente a denúncia e não a pretensão punitiva do Estado”.

Explica Nucci (2008, p. 744), “o mínimo que se espera, para haver pronúncia, é a prova certa de que o fato aconteceu, devendo o magistrado indicar a fonte de seu convencimento nos elementos colhidos na instrução e presentes nos autos”.

Cabe esclarecer que indícios não são provas, são apenas possibilidades de que o autor do crime seja o réu.

<sup>18</sup> Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: [...] Parágrafo único. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.

Quando vigorava o art. 594 do Código, o réu só poderia recorrer em liberdade caso fosse primário e de bons antecedentes.

Segundo Nucci (2008, p. 692) “não mais se prende à reincidência e aos maus antecedentes, embora estes possam ser valores determinantes para a decretação da prisão da segregação provisória”. Esclarece Nucci: “Cuida-se, hoje, de jurisprudência amplamente dominante o fato de primários e possuidores de bons antecedentes terem suas prisões cautelares decretadas porque outros motivos a justificam, tais como a garantia da ordem pública ou econômica, a conveniência da instrução criminal e a correta aplicação da lei penal”. (2008, p. 692).

Se ficar demonstrada a necessidade da prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o réu deve ser submetido ao cárcere. Por óbvio, não havendo razões, aguardará o provimento final em liberdade.

## CAPÍTULO II - PRISÃO PREVENTIVA

A Lei nº 5.349, de 3 de novembro de 1967, extingue a obrigatoriedade da decretação da prisão preventiva compulsória ou obrigatória, utilizada nos crimes apenados com reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos, desde que existam prova do crime e indício suficiente da autoria. Atualmente, em nosso ordenamento jurídico, só existe a prisão preventiva facultativa ou necessária, decretada em casos de comprovada necessidade.

Por ser medida facultativa, a decretação da prisão preventiva é baseada em razões de conveniência que o magistrado considerará em cada caso concreto, formando sua livre convicção, tendo em vista a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, fazendo menção aos fatos, bem como às circunstâncias indicativas de sua necessidade.

Tourinho Filho (2006, p. 612) entende como prisão preventiva:

[...] aquela medida restritiva da liberdade determinada pelo juiz, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, como medida cautelar, seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública, ou econômica, seja por conveniência da instrução criminal.

Na visão de Silva (1995, p. 127):

É uma medida de interesse social, porque o indivíduo representa uma ameaça para a sociedade. Tem caráter de medida cautelar dos interesses da sociedade, diante de um indivíduo nocivo a ela. Só pode ser decretada se estiverem presentes os seus pressupostos.

Redundando nos conceitos supra expostos, Capez (2006, p. 263) ressalta que a prisão preventiva:

Prisão cautelar de natureza processual decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou processo criminal, antes do trânsito em julgado, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores.

Nessa linha de raciocínio, torna-se evidente que a pena só pode ser definitivamente imposta quando o acusado for declarado culpado por sentença condenatória transitada em julgado. É o que se infere do inciso LVII, do artigo 5º da Carta Magna: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 2006).

Observando-se detidamente o teor do inciso, nota-se que o referido dispositivo constitucional exprime a idéia de que todos são inocentes, até prova em contrário. Certo é que essa prova em contrário precisa ser reconhecida numa sentença.

Com efeito, o processo se encerrará, quando, definitivamente, não houver mais



nenhum recurso cabível, seja porque todos já foram usados, ou porque o réu perdeu o prazo para poder usá-los. Esgotadas as vias recursais, só então haverá o trânsito em julgado e, definitivamente, o sujeito será considerado culpado e arcará com as conseqüências de sua condenação.

Antes disso, mesmo que o processo esteja tramitando e todas as evidências pronunciem que o agente poderá ser condenado, ainda assim não sofrerá ele qualquer conseqüência, pois ainda é detentor do *status* de inocente.

Conforme Tourinho Filho (2006, p. 612):

Toda e qualquer prisão que anteceda a decisão definitiva do juiz é medida drástica, ou, como dizia Bento de Faria, é uma injustiça necessária do Estado contra o indivíduo, e, portanto, deve ser reservada para casos excepcionais.

Logo, é de se concluir que toda e qualquer antecipação da pena viola o que preceitua a Constituição da República, a não ser que as circunstâncias levem a evidenciar que tal prisão se faz necessária, como é o que ocorre, ou deveria ocorrer, quando a prisão preventiva é decretada.

## 2.1 Natureza da prisão preventiva

Em passagem anterior, já se afirmou que a prisão preventiva tem natureza de prisão sem pena, ou seja, prisão que não se origina de condenação.

Assim, é certo que essa modalidade de prisão possui natureza tipicamente cautelar, tendo em vista ser a prisão preventiva uma espécie de prisão provisória.

O que nos parece fora de dúvidas, ser a prisão preventiva uma prisão de natureza cautelar, é que ela só poderá ser decretada em situações excepcionais, mais precisamente quando se mostrar estritamente necessária.

Oliveira (2007, p. 402) assim se manifesta sobre o tema:

[...] toda prisão antes do trânsito em julgado deve ser considerada uma prisão provisória. Provisória unicamente no sentido de não se tratar de prisão-pena, ou seja, aquela decorrente de sentença penal condenatória passada em julgado, também chamada de prisão definitiva, embora se saiba que não existe prisão por tempo indeterminado (perpétua) no nosso ordenamento jurídico.

Cabe, então uma outra advertência. Se a prisão preventiva se reveste do caráter de excepcionalidade, deve, ser apenas e tão somente decretada quando devidamente demonstrado o *fumus boni iuris e periculum in mora*.

Acentua Fernandes (2000, p. 290):

Procura-se justificar a prisão como forma de assegurar o resultado útil do processo, ou seja, se a sentença visa, com a pena privativa de liberdade, a impedir que o réu possa continuar a cometer delitos. Esse objetivo seria acautelado através da prisão preventiva.

Segundo Jardim (1995, p. 360) “na realidade, as medidas cautelares visam a minimizar os prejuízos decorrentes da fluência do tempo sobre o processo, procurando tutelá-lo, tornando-o eficaz e possibilitando que atinja seu escopo”.

Isso se justifica porque a prisão preventiva tem por objetivo ao menos assegurar a eficácia de uma futura providência jurisdicional, a qual não deixa de correr um sério risco, ou seja, de tornar-se ineficaz, em alguns casos, com a permanência do acusado em liberdade até que definitivamente haja uma decisão judicial.

## 2.2 Pressupostos para a decretação da prisão preventiva

Já foi dito, ainda que em outras palavras, que o instituto da prisão confronta-se com dois delitos estatais: o dever de manter a ordem pública e o dever de assegurar a liberdade do indivíduo antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

Certo é que, da propositura da ação até o trânsito em julgado da sentença, várias situações colocando em risco a produção da prova, a própria instrução criminal ou até mesmo a aplicação de uma lei penal podem surgir.

A fim de evitar esses eventuais riscos, em nosso sistema processual penal pátrio foram inseridas as medidas cautelares.

Entretanto, assim como em toda medida cautelar, a prisão preventiva para ser decretada exige o *fumus boni iuris* também chamado de fumaça do bom direito, e o *periculum in mora*, também denominado de *periculum libertatis*, só podendo ser efetivamente determinada dentro de hipóteses legais, a indicar esses dois elementos.

Decorre daí o entendimento de Fernandes (2000, p. 289) “o *fumus boni iuris* ou fumaça do bom direito, se concretiza no processo penal condenatório pela verificação da presença de elementos indicadores de existência do crime e da autoria”.

A fumaça do bom direito está relacionada com a prova da existência da infração e indício de autoria. Segundo Nunes Júnior (2003, p. 70) “o *fumus boni iuris* nada mais é do que um juízo de verossimilhança, ou seja, a probabilidade de a infração ter sido praticada pela pessoa que deverá ser presa”.

Posto isso, o Código de Processo Penal Brasileiro prevê, em seu artigo 312, segunda parte, os pressupostos para a decretação da referida prisão. A prova da materialidade do crime e indício suficiente de autoria, devem pré-existir, ou seja, eles são imprescindíveis para que a prisão preventiva seja decretada em conformidade com os mandamentos legais.

Atinente ao *periculum libertatis*, cuida-se, na verdade, dos fundamentos da prisão preventiva, localizados no artigo 312, primeira parte do Código, a compreender: garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal.

Ainda sobre o *periculum libertatis*, dispõe Fernandes (2000, p. 289) “o perigo, o risco de que, com a demora no julgamento, possa o acusado, solto, impedir a correta solução da causa ou a aplicação da sanção punitiva”.

Por conseguinte, o *periculum in mora* expressa o risco que o direito corre de deixar de existir se a medida não for tomada a tempo a fim de preservá-lo.

Tendo por base esses fundamentos, o juiz analisará se a prisão preventiva é realmente necessária.

Passemos, agora, a analisar os dois pressupostos necessários à prisão preventiva:

#### **a) Prova da existência do crime**

No que pertine à prova da existência do crime o pressuposto que está relacionado com a existência da materialidade da infração, isto é, a existência do corpo de delito (prova que ocorreu o fato criminoso), caso a infração cometida deixe algum vestígio<sup>19</sup>.

Ocorre, porém, que nem todas as infrações deixam vestígios. Então, se outros elementos probatórios demonstrarem a ocorrência do fato, a prisão preventiva também será decretada<sup>20</sup>.

A respeito da prova da existência do crime, ensina Nucci (2008, p. 584):

[...] é a certeza de que ocorreu uma infração penal, não se podendo determinar o recolhimento cautelar de uma pessoa, presumidamente inocente, quando há séria dúvida quanto à própria existência de evento típico.

---

<sup>19</sup> Exame necroscópico em caso de homicídio, por exemplo, é o que comprova a causa da morte, ou seja, é o que comprova a materialidade do crime. Tornaghi apud Tourinho Filho (2006, p. 520) “o corpo de delito é o conjunto de vestígios materiais deixados pelo crime”.

<sup>20</sup> De acordo com Tourinho Filho (2006, p. 520-521) “um crime de lesão corporal, por exemplo, deixa vestígios. Homicídio etc entram no rol dos que deixam vestígios. Outras, como a injúria, calúnia, difamação, cometidas verbalmente, não deixam vestígios”. Aqui, cabe perfeitamente o aforisma popular “possível tudo no mundo é; provável, nem tudo”.

Corroborando esse esclarecimento, afirma Marques (1998, p.60) que “o crime precisa estar provado e a autoria necessita ser, pelo menos, provável”.

Portanto, quando o Código de Processo Penal faz menção à prova da existência do crime, ele está se referindo à expressão crime como prova da existência de um fato. Nesse diapasão, percebe-se que, havendo apenas e tão somente mera suspeita bem como indícios da ocorrência de ilícito penal, o decreto da prisão preventiva não é pertinente.

#### **b) Indício suficiente de autoria**

Esta segunda exigência condiciona a decretação da prisão preventiva só no caso de os indícios contra a pessoa serem suficientes. Desse modo, o Código de Processo Penal faz uso da expressão de forma redundante, no tocante a indício suficiente de autoria, pois procura distinguir a possibilidade da probabilidade.

Então, para ser provável, é preciso reunir outros elementos indicativos, ou seja, é preciso indicar outros elementos que apontem para o sujeito “a”, “b” ou “c”. Isso porque quanto mais os fatos certos, conhecidos e provados se aproximam do núcleo do tipo, isto é, do que se pretende provar, maior será o valor probatório dos indícios.

Outro aspecto deve ser destacado, com relação ao que consta no artigo 312 do Código. A expressão “indício suficiente de autoria” transmite a idéia de que não é de suma importância a caracterização da certeza da autoria. O fato é que o indício não é prova plena da autoria, uma vez que esta só é necessária para a condenação.

Por tais razões, entende Mirabette (2006, p. 390) “nesse tema, a suficiência dos indícios de autoria é verificação confiada ao prudente arbítrio do magistrado, não exigindo regras gerais ou padrões específicos que o definam”.

Posto isso, quando o Código Processual Penal fala em indícios suficiente, ele quer dizer a existência de fatos certos, conhecidos e provados que indicam uma grande probabilidade de que fulano de tal seja o autor de uma infração.

Como não é exigida prova plena da culpa, já que estamos nos referindo ao período antes do julgamento de mérito, ao menos deve existir uma grande probabilidade de autoria para que se possa decretar a medida preventiva.

Neste sentido, ensina Rosa (1982, p. 420) apud FAGGIONI (2003, p. 135), “quanto à autoria do fato atribuído ao acusado, a Lei não exige prova plena, não exige certeza; basta que existam indícios suficientes da mesma”.

Caso contrário, como bem se posicionou Rosa (1982, p. 135) apud FAGGIONI, (2003, p. 135):

[...] para que o Juiz competente possa expedir a ordem de prisão é necessário que a existência do crime esteja plenamente provada. Desde que haja dúvida, quer quanto ao caráter criminoso do fato, quer quanto à sua ocorrência, prática, ou realização, o Juiz não pode decretar a prisão preventiva.

Feitas essas considerações de ordem geral, isso implica que se não devem confundir as situações postas, já que a prova é a própria demonstração do fato ou circunstância. Já o indício, o fato a ser provado vai depender de construção lógica. São essas as afirmações que se podem extrair do disposto no artigo 239 do corrente Código Processual Penal<sup>21</sup>.

O artigo supra citado autoriza a interpretação de que, havendo conhecimento de um fato, é permitido ao juiz atingir por indução a existência de outro fato ainda de maior complexidade. É o que escreve Mittermayer (1909, p. 361) apud TOURINHO FILHO (2006, p. 570) “[...] é preciso, então, que haja na causa dois fatos, um verificado e outro não provado, mas que se trate de provar raciocinando do conhecido para o desconhecido”.

Em suma, atinente à conduta criminosa (a prova da existência do crime), exige o legislador uma certeza maior e, no que diz respeito à autoria (indício suficiente da autoria), contenta-se o legislador com um grau de conhecimento menos aprofundado<sup>22</sup>.

Em caso de dúvidas a respeito do que preceitua o artigo 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva não pode, então, ser decretada.

## **2.3 Fundamentos que autorizam a prisão preventiva**

Como se sabe, a prisão preventiva é uma prisão cautelar, sendo decretada para resguardar a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal e assegurar a aplicação de uma posterior penalidade.

Esses fundamentos para a decretação desta modalidade de prisão estão contidos no artigo 312, primeira parte do Estatuto, e são tratados a seguir:

### **a) Garantia da ordem pública**

<sup>21</sup> Art. 239. “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

<sup>22</sup> Sobre o tema, pronuncia-se Nucci (2008, p. 585) “quando surge uma prova de que o suspeito foi encontrado com a arma do crime, sem apresentar versão razoável para isso, trata-se de um indício – não de uma prova plena – de ser o autor de uma infração penal”.

[...] Com indícios se chega a qualquer conclusão, imprime-se ao raciocínio a direção que se quiser. Condenar ou absolver é o que há de mais fácil e simples, quando o julgador aposta com os indícios o destino do processo. ROSA apud TOURINHO FILHO ( 2006, p. 571).

O exame da prisão preventiva para a garantia da ordem pública constitui, sem dúvidas, tema dos mais controvertidos nos tribunais e mesmo na doutrina brasileira visto que se observa não haver posicionamento assente quanto a isso na doutrina, e sim divergências.

Parece-nos, contudo, que a garantia da ordem pública não deixa de ser um conceito importante de ordem social, pois, toda vez que alguém pratica uma infração penal, fere a ordem pública, a ordem social. Há indivíduos, porém, que reiteradamente ferem a ordem pública, por sua personalidade, por sua cultura social, por sua maneira de portar-se. Esses apresentam uma efetiva tendência de, se soltos, ferirem a ordem pública. Tais pessoas podem ser processadas, podendo aguardar em liberdade o trânsito em julgado da sentença, bem como podem ser colocadas no cárcere antes mesmo do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Uma coisa é certa: enquanto se aguarda o desenvolvimento do processo, não se permite a elas que continuem a praticar crimes, a ferir a ordem pública. Para evitar que isso ocorra, tem-se o instrumento da prisão cautelar em que a prisão será decretada com fundamento na garantia da ordem pública.

Fica evidenciado, portanto, que o conceito de ordem pública tem sentido amplo. É o que observa Carvalho (2005, p. 8) “ordem pública é um requisito legal, amplo, aberto e carente de sólidos critérios de constatação, facilmente enquadrável em qualquer situação”.

A fim de enriquecer o entendimento acima:

Comoção social, periculosidade do réu, crime perverso, insensibilidade moral, os espalhafatos da mídia, reiteradas divulgações pelo rádio ou televisão, credibilidade da justiça, idiosincrasia do juiz por este ou aquele crime, tudo, absolutamente tudo, se ajusta àquela expressão genérica ordem pública (TOURINHO FILHO, 2006, p. 614).

Tourinho Filho (2006, p. 614) levanta uma questão pouco difundida pela literatura, no tocante ao fato de que o juiz só toma conhecimento de que a ordem pública está perturbada por meio do noticiário. O autor ressalta que: “não é pelo fato de a notícia ser mais ou menos extensa que pode caracterizar a perturbação da ordem pública, sob pena de essa circunstância ficar a critério da mídia”. (TOURINHO FILHO, 2006, p. 615).

Questão bem lembrada pelo autor, embora não deixa de ser de certo modo equivocada, uma vez que o abalo à ordem pública também ocorre por intermédio dos meios de comunicação. O magistrado, assim como outra pessoa qualquer, tomar conhecimento dos fatos do dia-a-dia pelo acompanhamento das notícias transmitidas pelos meios de comunicação.

Com efeito, é o bom senso do juiz que vai diferenciar a repercussão de um certo crime. Isso tudo porque, pode não haver abalo à ordem pública, ou ser a verdadeira situação de divulgação que produz intranqüilidade à população após a prática de um crime grave.

A par disso, adicione-se a esse quadro de diferentes posicionamentos o que enuncia Oliveira (2007, p. 424):

Há ainda entendimento no sentido de aferir o risco à ordem pública a partir da gravidade do crime praticado, a reclamar uma providência imediata por parte das autoridades, até mesmo para evitar o mencionado sentimento de intranqüilidade coletiva que pode ocorrer em tais situações.

Nesse contexto, dispõe Oliveira (2007, p. 425):

A prisão preventiva para garantia da ordem pública somente deve ocorrer em hipóteses de crimes gravíssimos, quer quanto à pena, quer quanto aos meios de execução utilizados, e somente quando seja possível constatar uma situação de comprovada intranqüilidade coletiva no seio da comunidade.

Em termos práticos, isso implica dizer, que se a prisão preventiva não for decretada na ocorrência de um crime grave, a população ficará descrente da atuação da justiça, fazendo com que esta perca ainda mais sua credibilidade.

Com o fito de esclarecer e confirmar o que se pretendeu com a idéia acima, vejam-se as idéias de outro autor:

Se o delito for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente (NUCCI, 2008, p. 585).

Outra situação cabe ser aqui ressaltada. Constantemente juízes e promotores alegam que o crime é gravíssimo, e portanto, fere a ordem pública, mas sem demonstrar nenhum elemento fático.

Há determinados crimes que, pela forma em que são praticados, demonstram uma personalidade mal formada e voltada para certos delitos<sup>23</sup>.

Encontra-se na jurisprudência, o entendimento segundo o qual<sup>24</sup>:

---

<sup>23</sup> “Cuida-se de pessoas que já deram mostras de haver optado pela criminalidade como estilo de vida” (NUCCI, 2008, p. 620).

“A periculosidade do réu, evidenciada pelas circunstâncias em que o crime foi cometido e por seus antecedentes penais, por si só, basta para embasar a custódia” (NUCCI, 2008, p. 620).

<sup>24</sup> Ao lado das máximas citadas, encontram-se outras em posições contrárias: “Presume-se mau quem sempre foi mau”. “Presume-se ter agido de má-fé quem atua contrariando a lei”. “Praticada a lesão, presume-se o dolo”. (TORNAGHI, 1995, p. 13). Já para Oliveira (2008, p. 426): “Fator que desautoriza a decretação da preventiva é o argumento de que o agente estará melhor sob a custódia do Estado do que solto nas ruas, onde pode ser objeto da vingança de terceiros, inclusive de parentes da vítima”.

A crueldade de um crime não constitui, por si só, motivo para decretar-se a prisão preventiva de quem é primário e tem bons antecedentes. Quem está em julgamento é a pessoa humana e não o delito. A motivação do ato deve ter em conta fatos concretos atribuíveis ao réu que autorizem a constrição, sendo insuficiente repetir os termos legais. Há necessidade de se demonstrar, de forma concreta, por exemplo, que a ordem pública ou a instrução criminal ficarão comprometidas permanecendo o réu livre” (HC 4.696/PR, DJU 28.08.1995) (TOURINHO FILHO, 2005, p.26).

Contudo, este posicionamento não é assente. Remanescem divergências quanto à primariedade do agente, quando do decreto da prisão preventiva. É o que invoca Mirabette (2006, p. 392):

Desde que a prisão preventiva se revele necessária, na conformidade do artigo 312, não elidem a decretação da prisão preventiva as circunstâncias de ser o acusado primário e de bons antecedentes, de ter residência fixa e profissão definida, de ter instrução superior, ser industrial, ter família etc.

Sob este aspecto ora abordado, somente pelo motivo de ser grave o crime, não se justifica, por si só, a prisão preventiva com fundamento na ordem pública. Tudo vai depender de como o crime foi praticado, sua gravidade e a personalidade do agente, já que as condições pessoais do agente podem ou não influir na decisão judicial.

Diante de tais posicionamentos, importante mencionar expressamente o que salienta Nucci (2008, p. 585) “a garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo trinômio gravidade da infração + repercussão social + periculosidade do agente”.

Para esse autor, o ideal seria, de fato, respeitar a ocorrência conjunta desses três fatores, mas o mesmo autor impõe ressalva que não se pode pensar na medida cautelar preventiva, exclusivamente com a união desse trinômio.

Depreende-se, então, que não é fácil justificar a prisão preventiva, principalmente sob o argumento da ordem pública, ficando a cargo do magistrado a sabedoria de distinguir situações.

Por tudo isso, poder-se-ia afirmar ainda que, o correto seria a prisão em estudo ser decretada com fundamento na garantia da ordem pública, desde que a gravidade da infração seja acompanhada da repercussão social bem como da periculosidade do agente.

#### **b) Garantia da ordem econômica**

Este outro fundamento foi introduzido no Código de Processo Penal por meio da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (Lei Antitruste), que incluiu no artigo 312 do CPP a hipótese de prisão preventiva.



A respeito desse fundamento, relembremos, por oportuno, os ensinamentos de Nucci (2008, p. 587):

[...] nesse caso, visa-se, com a decretação da prisão preventiva, impedir que o agente, causador de seríssimo abalo à situação econômico-financeira de uma instituição financeira ou mesmo de órgão do Estado, permaneça em liberdade, demonstrando à sociedade a impunidade reinante nessa área.

A garantia da ordem econômica tem objetivo muito claro: o de possibilitar a prisão do chamado criminoso do “colarinho branco”, com o escopo de impedir que o agente continue sua conduta prejudicial à administração pública ou à ordem financeira.

Esclarece Tourinho Filho (2005, p. 16):

Se a providência tem como objetivo perseguir a ganância, o lucro fácil, safadeza de industriais e comerciantes desonestos, que se estabeleçam sanções em relação à pessoa jurídica: fechamento por determinado prazo, aumento desse prazo nas recidivas, impossibilidade de, durante certo tempo, fazer empréstimos em quaisquer estabelecimentos de crédito etc. Essa a medida certa. Para o ganancioso, para o industrial ou comerciante que só tem em vista o lucro, para esses shylocks da vida, meter-lhe a mão no bolso é pior que a prisão.

Nesse contexto, uma outra sugestão é apresentada por Oliveira (2007, p. 423) “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”.

No particular, vale registrar que a sugestão aqui transcrita é a forma com que melhor se poderia tutelar a ordem econômica, uma vez que esta envolve o risco de perdas econômicas, pois para os grandes poderosos a privação do uso de seus bens parece ser medida mais temida do que a prisão.

Algumas considerações, entretanto, tornam-se necessárias. Pode-se igualar o famoso criminoso do colarinho branco aos demais delinqüentes comuns, na medida em que o desfalque em uma instituição financeira, por exemplo, pode gerar de certa forma, uma maior repercussão na vida das pessoas como um todo, do que um simples roubo contra um indivíduo isoladamente.

Ao menos na visão de Nucci (2008, p. 587):

Não é possível permitir a liberdade de quem retirou e desviou enorme quantia dos cofres públicos, para satisfação de suas necessidades pessoais, em detrimento de muitos, pois o abalo à credibilidade da Justiça é evidente. Se a sociedade teme o assaltante ou o estuprador, igualmente tem apresentado temor em relação ao criminoso do colarinho branco.

Das idéias de Nucci, deduz-se que a prisão preventiva decretada, sob o argumento da garantia da ordem econômica em delitos praticados contra a ordem econômico-financeira,

torna evidente o dano provocado por aquele que praticou o crime. O ato será relevante a ponto de causar aversão à população de um modo geral.

Portanto, não é qualquer lesão à ordem econômica que justifica a decretação da prisão preventiva, deve ser uma lesão que atinja uma coletividade. De qualquer modo, o ideal é que seja observada a caracterização da gravidade do delito, acompanhada da repercussão social mais a periculosidade do agente.

Tal prisão, de uma certa forma, transmite à sociedade tranqüilidade na atuação da justiça na luta contra a criminalidade de um quadro composto, principalmente, por empresários e administradores, em especial, os do setor público.

### **c) Por conveniência da instrução criminal**

A prisão preventiva igualmente pode ser decretada se conveniente para a instrução criminal. Ancorada neste fundamento, visa a impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de provas, apagando vestígios do crime, destruindo documentos, ameaçando testemunhas etc<sup>25</sup>.

Assim, a conveniência da instrução criminal traduz a idéia de que esta deve ser pautada na imparcialidade, ou seja, na busca da verdade real.

Assim, se o indiciado ou réu estiver afugentando testemunhas que possam depor contra ele, se estiver subornando quaisquer pessoas que possam levar ao conhecimento do juiz elementos úteis ao esclarecimento do fato, peitando peritos, aliciando testemunhas falsas, ameaçando vítima ou testemunhas, é evidente que a medida será necessária, uma vez que, do contrário, o juiz não poderá colher, com segurança, os elementos de convicção de que necessitará para o desate do litígio penal. (TOURINHO FILHO, 2006, p. 615-616).

Evidente que, com a colheita de provas, o juiz almeja reorganizar o fato ocorrido para que possa, assim, melhor avaliar e julgar. Caso o réu ou indiciado estiver dificultando o conhecimento dos elementos necessários ao deslinde do fato, seu encarceramento torna-se necessário por conveniência da instrução, ou seja, o encarceramento se dará no sentido de impedir que o réu prejudique a atividade jurisdicional.

---

<sup>25</sup> “Todavia, sob a aparente legitimidade das hipóteses previstas no artigo 312 do CPP (a garantia da ordem pública, ou econômica, a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal e a conveniência da instrução criminal), todo e qualquer argumento é válido para decretá-las (v.g. a extensa cobertura da mídia, a repercussão do delito na comunidade, a comoção social provocada pelo fato e a necessidade de se manter a credibilidade da justiça)” (BUENO; GARCIA, 2006, p. 55).

#### **d) Para assegurar aplicação da lei penal**

Em se tratando deste fundamento, o juiz tem de desenvolver, necessariamente, o raciocínio de modo a analisar se esse réu tem motivos para frustrar a aplicação da lei penal.

Observemos o que escreve Nucci (2008, p. 588):

A garantia de aplicação da lei penal significa assegurar a finalidade útil do processo penal, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal. Não tem sentido o ajuizamento da ação penal, respeitando-se o devido processo legal para a aplicação da lei penal ao caso concreto, se o réu age contra esse propósito, tendo, nitidamente, a intenção de frustrar o respeito ao ordenamento jurídico.

Isso significa afirmar que também será indispensável a segregação provisória do apontado autor do crime, com respaldo na segurança da aplicação da lei penal, tendo por objetivo único e exclusivo assegurar a efetivação da pena.

Há notícia de que o réu esta perturbando a instrução? Mera presunção não, mesmo porque acima, e muito acima da presunção do juiz e da lei, esta a presunção de inocência insculpida no Pacto Fundamental. Se a Magna Carta presume a inocência daquele ainda não condenado, não pode o juiz presumir que ele vai perturbar a instrução criminal, vai escapar à ação da justiça. Nenhuma presunção supera aquela (TOURINHO FILHO, 2005, p. 13).

Apesar de esse autor apresentar vários argumentos contrários à prisão preventiva, e se posicionar desfavoravelmente à referida medida, ele quer traduzir a idéia de que deve, ao menos, haver uma prova que seja suficiente de que o réu esteja prejudicando a instrução ou ao menos querendo prejudicá-la, em prol de uma eventual condenação e dela livrar-se.

Nesse diapasão, percebe-se que o questionamento levantado por este autor reside na ocorrência de uma prova que seja suficiente a demonstrar a verdadeira intenção do algoz.

E, neste aspecto, mais uma vez escreve Tourinho Filho (2005, p. 13):

[...] é preciso um mínimo de prova idônea no sentido de que ele está se desfazendo de seus bens, de que deu demonstração de que vai mudar para lugar ignorado, de que está prejudicando a instrução etc.

Em todo caso, o autor supracitado ignora as hipóteses de meras suspeitas e presunções, deixando transparecer que é preciso demonstração de que o indiciado ou réu não esteja efetivamente interessado em cooperar com a correta aplicação da lei, ou seja, quando o réu demonstra querer fugir do distrito da culpa.

## 2.4 Momento da decretação e autoridade competente

Consoante dispõe o artigo 311 do Código, a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, em virtude de requerimento do Ministério Público ou do ofendido e, ainda, por representação da autoridade policial ou de ofício pelo juiz.

Logo, o juiz, ao decretar a prisão preventiva ou ao avaliar a decretação dessa prisão, em ambos os casos ele procederá ao seguinte raciocínio: no primeiro momento, ele vai verificar a fumaça do bom direito; em um segundo momento, o magistrado vai verificar a existência do chamado *periculum libertatis*, que consiste na necessidade da custódia.

E, finalmente, em um terceiro momento, o juiz vai verificar se estão presentes as hipóteses legais de cabimento, que estão contidas no artigo 313 do estatuto<sup>26</sup>.

Cabe esclarecer, ainda que não haja inquérito policial, que isso não impede a decretação da medida preventiva, se nitidamente demonstrada a existência do crime bem como o indício da autoria do agente, acompanhados do requerimento do Ministério Público<sup>27</sup>.

Convém notar que, se a prisão preventiva pode ser decretada mesmo na ausência de inquérito policial, nada impede que esta mesma prisão seja decretada antes mesmo da conclusão do referido inquérito. Nesse caso, deve-se atentar ao prazo previsto no artigo 10, caput<sup>28</sup>, do Código de Processo Penal. Dez dias, a contar a partir da efetivação da prisão, para que seja concluído o inquérito policial.

<sup>26</sup> 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 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.

<sup>27</sup> Desse modo, igualmente cumpre registrar que a modalidade de prisão em estudo pode ser decretada desde a data do fato até a sentença. O prazo para a conclusão do inquérito policial, havendo motivo de força maior, como a complexidade e a extensão territorial das investigações, pode ser superado. É orientação do STF (RHC 56.764, DJU 23.2.79, p. 1223, RTJ 88/856) (JESUS, 2007, p. 18).

<sup>28</sup> Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de dez dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em se executar a ordem de prisão, ou no prazo de trinta dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

[...] A privação da liberdade em razão da custódia preventiva começa a fluir o prazo do dia imediato à concretização da medida cautelar de acordo com o art. 798, parágrafo 1º, do citado estatuto. Assim, para que a prisão não se torne um constrangimento ilegal, o inquérito deve ser remetido a juízo no dia imediato ao término do prazo já referido (RT 523/390) (JESUS, 2007, p. 18).

Importa esclarecer, ainda, que o art. 314, do CPP, estabelece que, a prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições do art. 19, I, II ou III, do CP.

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

Ressalte-se, ainda, que caberá o decreto da prisão em comento, caso o inquérito policial já esteja concluído. Entretanto, se porventura o Representante do *Parquet* requerer a realização de novas diligências complementares por entender que a autoria não está claramente demonstrada, não cabe a sua decretação.

Isto quer dizer que o magistrado não pode decretar a prisão, pois o Ministério Público entende não existir ainda indício suficiente para que ele, no uso de suas atribuições, ofereça a denúncia. Em outras palavras, se não existem indício suficiente que demonstrem a autoria para que possa o Ministério Público oferecer a denúncia, também não há para o deferimento da medida preventiva.

Pelo artigo 311 do estatuto, referente à instrução criminal, igualmente cabe a preventiva, e não apenas na fase do inquérito policial.

A fase da instrução criminal é a que compreende o ajuizamento da ação penal, que se caracteriza com o recebimento da denúncia ou da queixa-crime, indo até o fim da coleta das provas<sup>29</sup>. Nessas condições, a prisão preventiva pode ser decretada desde que simultaneamente estejam presentes a prova da existência do crime e indício suficiente da autoria, acompanhado das condições de admissibilidade previstas em lei, e os fundamentos que compreendem a garantia da ordem pública, da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

Se ausente qualquer um dos pressupostos, a medida cautelar preventiva não pode ser decretada. Já os fundamentos não precisam coexistir.

De qualquer modo, a prisão preventiva é cabível tanto em se tratando de delitos instaurados mediante ação penal pública quanto em ação penal privada.

Decorre daí que, se tratando de ação penal pública, o titular é o Estado e, por meio do Ministério Público, está incumbido de interpor a ação. Na ação penal privada, quem tem legitimidade para promovê-la é o ofendido (vítima) ou seu representante legal.

Outro aspecto deve ser lembrado, no que se refere à autoridade competente. Consoante estabelece o artigo 311 do Código de Processo Penal, a autoridade competente para decretar a medida preventiva é evidentemente o Juiz.

No tocante aos legitimados a requerer a prisão preventiva, o artigo 311 do Código também prevê quem tem atribuições para tanto. Sob a forma de requerimento, ou seja, de

---

<sup>29</sup> A denúncia é a designação dada pela lei à petição inicial no processo penal instaurado para apuração de crime de ação penal pública. Já a queixa-crime é a petição inicial instaurada para verificação dos crimes de ação penal privada.

solicitação, esta o Representante do Ministério Público e o querelante (ofendido). Já na forma de representação, isto é, demonstração escrita de motivos, está a Autoridade Policial.

Cumpra aqui lembrar que o artigo 311 do Código de Processo Penal traz a possibilidade de o juiz decretar a medida preventiva sem provocação do Ministério Público, querelante, assim como da autoridade policial, pois a lei o autoriza a decretar a prisão preventiva de ofício, diante dos elementos que constam nos autos.

## 2.5 Apresentação espontânea do acusado

No presente item, deve se assinalar que se admite do mesmo modo, a decretação desta prisão quando o acusado espontaneamente se apresentar à autoridade, conforme prevê o artigo 317<sup>30</sup> do Código de Processo Penal Brasileiro.

Entretanto, não se pode perder de vista, ainda que o acusado se apresente espontaneamente à autoridade (em regra a policial) ainda assim, não poderá ser preso em flagrante, mas nada impede seja decretada a prisão preventiva nos casos em que a lei autoriza<sup>31</sup>.

É preciso que uma seqüência de atos seja observada a saber: a autoridade deve lavrar o auto de apresentação, ouvir o acusado e representar ao juiz para que este verifique se é, ou não, o caso de decretar a preventiva.

A respeito do assunto, é o entendimento de Nucci (2008, p. 592):

Se a apresentação espontânea for capaz de elidir a causa da prisão preventiva – como a demonstração de que não pretende fugir – pode o magistrado deixar de decretá-la, sem dúvida. Mas, se for apenas um subterfúgio para escapar da indispensável custódia cautelar, deve o juiz decretá-la sem titubear (art. 317, CPP).

A verdade, entretanto, é que se a preventiva não fosse decretada diante da apresentação espontânea do acusado, em alguns casos seria o mesmo que amparar o criminoso que, por esse meio, estar-se-ia se aproveitando da referida medida para safar-se da prisão.

---

<sup>30</sup> Art. 317. A apresentação espontânea do acusado à autoridade não impedirá a decretação da prisão preventiva nos casos em que a lei a autoriza.

<sup>31</sup> Por outro lado, não se pode utilizar o artifício da apresentação espontânea unicamente para afastar o dever da autoridade policial de dar voz de prisão em flagrante, com a lavratura do auto, a quem efetivamente merece... a prisão em flagrante de quem se apresenta espontaneamente pode ser possível, conforme o caso. (NUCCI, 2008, p. 580). Branco (apud NUCCI, 2008, p. 580) “em posição contrária, sustenta que a apresentação espontânea sempre impede a prisão em flagrante.

Mais uma vez, a decretação da prisão preventiva dependerá da análise judicial, diante de cada caso concreto.

## **CAPÍTULO III - CIRCUNSTÂNCIAS LEGITIMADORAS E CIRCUNSTÂNCIAS IMPEDITIVAS DA PRISÃO PREVENTIVA.**

### **3.1 A prisão preventiva nos crimes punidos com reclusão**

De início, cumpre esclarecer a questão relativa às modalidades de pena privativa de liberdade, lembrando que o ordenamento jurídico-penal brasileiro conhece três modalidades, dessa: reclusão, detenção e prisão simples.

Ocupar-nos-emos somente dos crimes apenados com reclusão e detenção, pois essas duas espécies de penas privativas de liberdade possuem relação com a prisão preventiva. Por razões de ordem prática, não nos deteremos neste trabalho, a relatar as minuciosas diferenças existentes entre as infrações apenadas com reclusão e detenção.

Deve-se adiantar, no entanto, que a pena de reclusão é mais severa que a pena de detenção, razão pela qual se destina a punir delitos mais graves.

O legislador no artigo 313 inciso I do Código de Processo Penal, disciplina: “[...] será admitida à decretação da prisão preventiva, nos crimes dolosos punidos com reclusão”.

O legislador estabelece que, em se tratando de crimes dolosos, cabe a preventiva para todos os crimes que forem punidos com a pena de reclusão. Conforme mencionado, caberia a prisão preventiva em todos os crimes praticados na sua forma dolosa, tendo em vista serem destinadas à reclusão as infrações mais graves.

Pode-se concluir, em face do dispositivo supra mencionado, no que concerne à prisão preventiva, que, em regra, esta prisão é reservada aos crimes apenados com reclusão e, excepcionalmente, é destinada aos delitos punidos com detenção.

### **3.2 Prisão preventiva nos crimes apenados com detenção**

Pelo artigo 313 do Código de Processo Penal, não restam dúvidas de que a prisão preventiva caberá tanto nas infrações penais dolosas, punidas com reclusão e detenção, ainda que nesta última não seja tão comum a prisão cautelar quanto na primeira.

O que nos permite chegar a tal conclusão é o estabelecido no artigo 313 inciso II do Código. Ainda que esta seja uma questão que deva ser analisada cuidadosamente, pois, se o crime doloso for punido com detenção será plenamente possível a decretação da prisão preventiva, desde que o indiciado seja vadio, que possua identidade incerta e se recuse a



fornecer elementos para esclarecê-la. Ou ainda, se o indiciado já tiver sido condenado por outro crime doloso em sentença transitada em julgado.

Essa é uma questão delicada, até porque já sabemos que os delitos apenados com detenção são menos graves do que aqueles punidos com reclusão, razão pela qual, em regra, são infrações que não deveriam comportar a medida preventiva.

Nesse contexto se faz presente mais uma vez a lição de Nucci (2008, p. 589-590):

Vadiagem – resulta de uma época em que se dava muita atenção aos bons costumes, onde estaria inserido o dever de manter trabalho honesto. Não mais estamos em época de persistir nessa linha, até por que a Constituição de 1988 privilegiou, sobremaneira, os direitos individuais, dentre os quais está a intimidade, não devendo o Estado imiscuir-se nesse âmbito. Logo, trabalhar ou não é problema de cada um, jamais se constituindo fundamento válido e único para a segregação cautelar de alguém.

A despeito dessa crítica procedente levantada por Nucci (2008, p. 589-590) “em todo caso, quer-nos parecer, contudo, à primeira vista, que o motivo mais razoável para que seja decretada a medida cautelar, no tocante à duvidosa identidade do indiciado ou réu, é que a falta de correta identificação tornaria inacessível a instauração do processo contra o autêntico autor do delito”.

Cabe, nesta oportunidade, uma outra advertência, pois como há previsão legal de decretação da preventiva quando o réu for vadio, ainda que se trate de crimes punidos com detenção, em tese, torna-se plenamente possível o decreto de tal prisão, desde que os requisitos legais previstos no art. 312 do estatuto estejam presentes.<sup>32</sup>

Para Nucci (2008, p. 590):

A real preocupação seria recolher ao cárcere o sujeito que, a despeito de ter cometido crime apenado com detenção, não pretende viver honestamente e, pior, conturba a instrução criminal, visa fugir à aplicação da lei penal ou provoca abalo à ordem pública ou econômica.

Em face das circunstâncias expostas, a motivação da medida cautelar baseada no inciso II do artigo 313 do Código está relacionada mais intimamente com os fundamentos legais enunciados no artigo 312 do mesmo código do que referente à vadiagem ou não do acusado.

---

<sup>32</sup> Réu vadio para Nucci (2008, p. 590), “aquele que, mesmo podendo e tendo oportunidade, insiste na ociosidade”.

### **3.3 Prisão preventiva em crimes dolosos**

Já não restam dúvidas de que as hipóteses legais de cabimento da prisão em estudo estão contidas nos artigos 312 e 313, caput, do Código de Processo Penal.

Analisando o teor do artigo 313, a prisão preventiva só é cabível em se tratando de crimes dolosos.

Antes de continuarmos no exame do inciso III do artigo 313 do Código de Processo Penal, exsurge um esclarecimento referente a crime doloso.

Esclarece-se que, no que diz respeito a crime doloso, o inciso I do artigo 18 do Código Penal considera “doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.

O artigo 313 do CPP alude a crimes dolosos. Julgam-se dolosos somente aqueles crimes “onde a pessoa age dolosamente, tendo consciência do resultado, pratica sua conduta com a intenção de produzi-lo”. (ESTEFAM, 2005, p. 92).

Na forma apontada no artigo 313, caput, do Código de Processo Penal, qualquer crime doloso, punido com reclusão, admite a decretação da prisão preventiva. Não bastasse, o inciso III desse mesmo artigo faz alusão à reincidência, mais especificamente à reincidência em crime doloso, admitindo que o sujeito que for reincidente em qualquer crime doloso pode ter a prisão preventiva decretada.

De acordo com o preceito legal, é reincidente em crime doloso o sentenciado que pratica o crime doloso, é condenado e depois comete outro crime doloso e também é condenado. A lei exige apenas uma outra condenação para ensejar em crime doloso.

Por fim, convém frisar que a condenação anterior não pode ter efeito perpétuo, por esta razão o prazo que o Código adotou é de cinco anos contados da data do cumprimento ou da extinção da pena. Após esse prazo, a condenação anterior não mais prevalece, não gerando reincidência com relação ao crime subsequente. O agente, portanto, retorna à qualidade de primário, porque deixa de ser reincidente.

### **3.4 Prisão preventiva e a garantia à execução das medidas protetivas de urgência**

A quarta circunstância prevista legalmente no artigo 313 do estatuto está no inciso IV. Nele consta uma das mais recentes alterações no que se refere à prisão preventiva. O

dispositivo em comento foi introduzido pela Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006, denominada de “Lei Maria da Penha”.

Referido artigo autoriza a prisão cautelar na sua modalidade preventiva “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”.

Esclarece-se que, no que diz respeito a essa “inovação” apresentada pelo Código de Processo Penal, ela não altera em nada a decretação da prisão preventiva, pois, de qualquer forma, os pressupostos legais exigidos no artigo 312 do mesmo Código precisam estar presentes.

Assim, os requisitos previstos no artigo 313 do CPP não são suficientes para que se dê a decretação da preventiva, também é preciso que se esteja diante de qualquer das situações estabelecidas no artigo 312 do Código.

Deve-se atentar, ainda, que a prisão preventiva, nos termos do art. 313, do inciso IV<sup>33</sup>, pode ocorrer independente de tratar-se de crime apenado com reclusão ou detenção.

É imprescindível, no momento, a observação de Nucci (2008, p. 590) frente ao que prevê o inciso IV, do art. 313 do CPP:

É fundamental que o magistrado atue com cautela e bom senso. Ainda que a infração penal envolva violência doméstica contra a mulher (ex. lesão corporal simples), não há sentido em se decretar a prisão preventiva para um delito cuja pena varia de três meses a três anos de detenção.

Nesse contexto, uma relação diversa pode ocorrer, como no caso, por exemplo, da mulher que venha a sofrer uma tentativa de homicídio, estando ela enserida no seu contexto doméstico. No presente caso, “poderá caber a prisão preventiva da mulher que venha a sofrer uma tentativa de homicídio, estando ela enserida no seu contexto doméstico”.(NUCCI, 2008, p. 590).

Observa-se que o argumento para o decreto da preventiva não pode ser baseado único e exclusivamente em decorrência do cenário doméstico ou familiar, mas, porque se completam os pressupostos e fundamentos legais dessa prisão.

É claro que em tema tão complexo todo o cuidado é ainda pouco, visto que pode ocorrer a desproporcionalidade entre a medida preventiva, e o ato praticado já que muitas

---

<sup>33</sup> Art. 313. Em qualquer das circunstâncias previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva, nos crimes dolosos: IV- se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir as medidas protetivas de urgência.

infrações penais praticadas contra a mulher não resultam na aplicação de sanções privativas de liberdade.

A própria Lei nº 11.340/06, em seu artigo 23<sup>34</sup>, prevê várias medidas protetivas de urgência que constituem medidas menos onerosas que a custódia da liberdade propriamente dita.

Sob esse contexto, é a lição de Oliveira (2007, p. 599):

A prisão preventiva aqui prevista exigirá a violação a uma dessas medidas já determinadas, de maneira a demonstrar a permanência do risco à pessoa da vítima e de seus familiares. Somente aí, com a frustração da medida cautelar menos grave, é que se poderá falar na possibilidade de decretação da prisão preventiva agora prevista no item IV, do art. 313, do CPP.

De acordo com Nucci (2008, p. 630) “adiantamos que se trata de outra inutilidade, promovida com fim demagógico. Somente se pode decretar a preventiva se os requisitos do art. 312 do CPP estiverem presentes”.

Por tais razões, é possível afirmar, que essa lei é letra morta, tratando-se de outra inutilidade, vez que foi inserida na lei para mostrar que o legislador brasileiro é rigoroso com a violência doméstica.

Evidente que o legislador precisa se preocupar com a violência doméstica. Tem ele de ser rigoroso com a violência que sofre a mulher no contexto familiar, mas rigoroso não a ponto de levar à prisão aquele que praticou uma lesão corporal de natureza leve por exemplo. Caso contrário, estará havendo uma desproporção entre a medida (no caso, o decreto da prisão preventiva) e a ação (lesão corporal de natureza leve). De todo modo, este é o dispositivo introduzido pela Lei Maria da Pena.

### **3.5 Revogação e redcretação da prisão preventiva**

Tanto a decisão de não conceder como a de decretar a prisão preventiva têm de ser, necessariamente, sempre fundamentadas.

---

<sup>34</sup> Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

- I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;
- II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;
- III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;
- IV - determinar a separação de corpos.

A fundamentação da decisão do magistrado não é somente um requisito exigido apenas para a prisão preventiva (art. 315 do CPP), é uma exigência da Constituição Federal (art. 93, inciso IX), em razão do princípio da motivação das decisões judiciais esculpido no art. 5º, LXI da Carta Magna<sup>35</sup>. Assim, à luz do artigo constitucional, toda e qualquer decisão proferida pelo Poder Judiciário deve ser fundamentada, pois sentença sem fundamentação é nula de pleno direito.

É importante destacar aqui o conceito de decisão fundamentada. A esse respeito, verifica-se admitir, de forma amplamente majoritária doutrina e jurisprudência, que decisão fundamentada não é aquela que aponta meramente o dispositivo legal é aquela que, diante das circunstâncias concretas, aponta a necessidade da custódia e fundamenta nos dispositivos legais.

À vista disso, manifesta-se Nucci (2008, p. 588):

A mera repetição dos termos legais, entretanto, é inadmissível, dizendo o juiz, por exemplo, que decreta a prisão preventiva, tendo em vista que há prova da materialidade, indício suficiente de ser o réu o autor e para garantir a ordem pública, sem especificar em quais fatos se baseia para extrair tal conclusão.

Igualmente importante é transcrever a lição de Badaró (2003, p.122-141) apud CAPOBIANCO (2007, p. 59):

[...] na prática forense, contudo, o problema não se apresenta de maneira tão simplista. Dificilmente um juiz proferirá uma sentença na qual não haja motivação alguma. Porém, se a ausência total de motivação é algo raríssimo, a insuficiência de motivação é, infelizmente muito freqüente.

Em igual propósito, escreve Tourinho Filho (2005 p. 13):

O magistrado não pode supor, não pode presumir. Deve apresentar um fato concreto a justificar a medida extrema. Por isso mesmo o art. 315 do CPP exige que o decreto da preventiva seja fundamentado. E fundamentar uma decisão não é repetir as próprias palavras do texto legal... Decisões assim descuram e transcuram o bom Direito, posto não haver sido fundamentado o decreto de prisão preventiva.

---

<sup>35</sup> Art. 315. O despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado

Art. 93 [...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade ...

Art. 5º [...]

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;

Em última análise, é possível encontrar na literatura a possibilidade de o juiz<sup>36</sup> ao decretar a prisão preventiva, acolher os fundamentos, as razões, ou seja, o parecer do representante do Ministério Público, do Delegado de Polícia ou até mesmo do querelante desde que as razões estejam suficientemente estruturadas, a demonstrar a necessidade da prisão cautelar.

Tem-se entendido na prática que, nesse caso, não ocorre decisão nula, porque a fundamentação é intrínseca àquela apresentada na fundamentação do pedido. Então, se o juiz acolhe um pedido de prisão preventiva feito pelo Promotor e julga que, está devidamente fundamentada, a decisão dele é considerada fundamentada, ou tem sido considerada fundamentada.

Cabe esclarecer, ainda, que a prisão preventiva é decretada com a cláusula “*rebus sic stantibus*”, ou seja, enquanto as coisas permanecerem como estão. Deduz-se daí, que esta prisão pode ser decretada e pode ser revogada quando desaparecerem os motivos que a autorizem.

Desta maneira, se, no decorrer do processo, o juiz verificar que os motivos que autorizam o decreto da prisão preventiva não persistem, poderá revogá-la. Além disso, se a medida preventiva for revogada, nada impede que o magistrado redecte novamente a medida, ainda que *ex officio*, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido. É certo, por óbvio, que o redcreto desta prisão só pode ocorrer desde que sobrevenham razões que a justifiquem.

Fica evidente que tanto a decisão da autoridade judicial que decretar, assim como a que não conceder a custódia cautelar devem ser igualmente fundamentadas, no sentido de indicar as razões de compatibilidade ou de incompatibilidade com a prisão preventiva, de acordo com ao que preceitua o Código de Processo Penal.

---

<sup>36</sup> Neste sentido manifesta-se favoravelmente Nucci (2008, p. 628) “o juiz pode, na decisão, encampar os fundamentos do Ministério Público, sempre que os entender suficientes”.

Em sentido contrário é o entendimento de Gomes Filho (2001, p. 221 apud NUCCI, 2008, p. 588) “nessa situação, incumbe ao juiz efetivamente decidir sobre esse ponto, até porque sua função é indelegável, não cabendo remissão ao que entenderam a autoridade policial ou o órgão da acusação, sendo imprescindível, portanto, a fundamentação expressa”.

Esse também é o entendimento de Capez (2006, p. 267): “com efeito, a prisão preventiva, com espécie de decisão judicial, deve ser fundamentada, não bastando ao juiz simplesmente indicar as razões de promoção do Ministério Público”.

### 3.6 O princípio da razoável duração do processo e à prisão preventiva

Assim como os outros princípios que guarnecem o direito processual penal brasileiro, o princípio da razoável duração do processo é de fundamental relevância, principalmente ao que se refere à prisão cautelar e, em especial, à preventiva.

De antemão, esclarece-se que a razoabilidade processual deve ser buscada inclusive quando da decretação da prisão preventiva. A razoabilidade aqui referida é uma garantia que está devidamente prevista em documentos internacionais (artigo 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)<sup>37</sup>.

Ressalte-se, ainda, que em todos os sistemas cujos alicerces são amparados em bases democráticas, como é o caso do sistema brasileiro, a liberdade é a regra e a prisão preventiva torna-se exceção, sendo, neste contexto, chamada por muitos autores de “mal necessário”.

A partir de então, fica clara a colisão de dois direitos a compreender: “de um lado, figura o réu presumidamente inocente até prova em contrário e, de outro, a sociedade que manifesta interesse na repressão do suposto autor do delito”. (TOURINHO FILHO, 2005, p. 6).

Tendo em vista esse “conflito”, um equilíbrio entre eles deve ser incansavelmente buscado, em razão da ausência de uma disciplina que trace limites sobre o lapso temporal do encarceramento preventivo. Por tais suficientes razões, no direito brasileiro, discussões giram em torno do estabelecimento de um prazo para a duração do encarceramento preventivo<sup>38</sup>.

Como bem se posiciona Nucci (2008, p. 96): “[...] época de se consagrar, com status constitucional, a meta de que ninguém poderá ficar preso, provisoriamente, por prazo mais extenso do que for absolutamente imprescindível para o escorreito desfecho do processo”.

Segundo os ensinamentos de Nucci (2008, p. 617):

---

<sup>37</sup> Art. 7º - Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um Juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo” (ANDRADE; SILVA apud FAGGIONI, 2006, p. 204).

Essa Convenção ou Pacto incorporou a Constituição da República Federativa do Brasil, por intermédio da Emenda Constitucional nº 45/2004, no título dos Direitos e Garantias Fundamentais, localizado no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição.

Art. 5º [...] LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

<sup>38</sup> Antes das alterações procedimentais sofridas pelo Código, por meio da Lei nº 11.719/08, o prazo de 81 dias para o encerramento da instrução criminal da prisão preventiva tinha origem em construção jurisprudencial inspirada na Lei nº 9.034/95 (Lei do Crime Organizado).

[...] a prisão preventiva tem a finalidade de assegurar o bom andamento da instrução criminal, não podendo esta prolongar-se indefinidamente, por culpa do juiz ou por provocação do órgão acusatório. Se assim acontecer, constrangimento ilegal. Por outro lado, dentro da razoabilidade, havendo necessidade, não se deve estipular um prazo fixo para o término da instrução, como ocorria no passado, mencionando-se como parâmetro o computo de 81 dias, que era a simples somatória dos prazos previstos no Código de Processo Penal para que a colheita da prova se encerrasse.

Assim, diante da ausência de um prazo pré-estabelecido para a conclusão da instrução criminal, é perfeitamente admissível, por vezes, o “excesso de prazo” quando a demora for justificada. Torna-se, entretanto, necessária uma resposta penal célere, a ser manifestada pelo Poder Judiciário, até mesmo em prol da confiabilidade de seu sistema.

Com o estabelecimento de um prazo máximo para a duração da prisão preventiva, o indiciado ou réu talvez não ficasse durante semanas, meses e até anos preso, sem que tenha sua culpa formada, ou seja, sem que tenha ocorrido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nesse contexto, acrescente-se ainda a lição de Andrade e Silva apud FAGGIONI (2003, p. 128):

Nada obstante, temos que o estabelecimento de um prazo máximo para a custódia preventiva, atenderia ao mesmo tempo à dupla finalidade que constitui razão de ser do processo penal: a garantia de liberdade do acusado, corolário de seu estado presuntivo de inocência, e a resposta estatal à violação do ordenamento com a ocorrência do fato criminoso, que deve ser efetiva e, pois, célere.

Certo é que atualmente não se pode decretar a medida preventiva já previamente fixando em dias um número exato de sua duração. Diante dos ensinamentos citados, não há na legislação brasileira prazo pré-estabelecido ao que se refere à prisão preventiva, ficando mais uma vez demonstrada a responsabilidade do juiz, na avaliação da razoabilidade de acordo com cada caso e o que extrapola o bom senso.

### **3.7 Prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência**

Dentre os vários princípios existentes no direito processual penal brasileiro, sem dúvida, o princípio que tem aplicação direta no regime de prisões cautelares, destacando-se como o mais importante, é o princípio da presunção de inocência<sup>39</sup>, também conhecido como

---

<sup>39</sup> O princípio da presunção de inocência tem previsão jurídica desde 1789, tendo em vista que já constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Não deixa de ser um desdobramento do princípio do devido



estado de inocência ou da não culpabilidade.

O que nos parece longe de dúvidas é que o princípio do estado de inocência tem sua importância na medida em que permite o reconhecimento de direitos dos cidadãos contra o Estado.

Certo é que, antes da Constituição da República de 1988, o princípio da presunção de inocência, apesar de ser um princípio implícito, não era tão debatido o quanto é hoje, visto que foi, introduzido expressamente em nosso ordenamento jurídico com a vigência da Constituição de 1988 (FAGGIONI, 2003, p. 131).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, em um dado momento:

[...] alguns estudiosos do direito chegaram a fazer afirmações de que qualquer forma de prisão que ocorresse antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória seria ilegítima diante do texto constitucional de 1988 (FAGGIONI, 2003, p. 131).

O raciocínio tem por base a constatação de que a prisão pena e a prisão cautelar seriam em tese a mesma, pois sustentavam que ambas as prisões implicam restrição a liberdade.

Diante disso, absurdos a respeito da legitimidade das prisões cautelares foram propaladas, porque, frente ao princípio da inocência, estariam revogadas todas as prisões cautelares, pois a presunção de inocência seria incompatível com a prisão em comento.

“Certo é que a comunidade jurídica não admitiu tal entendimento, afirmando a compatibilidade entre a presunção de inocência e as modalidades de prisão cautelar” (FAGGIONI, 2003, p. 131). Igualmente importante é esclarecer que do princípio da presunção de inocência emanam duas regras: a primeira regra é a probatória e a segunda diz respeito à regra de tratamento.

A respeito do que a Constituição preceitua no artigo 5º inciso LVII, entende Tornaghi (1995, p. 16) “não há nisso, propriamente, uma presunção de inocência, mas uma garantia de tratamento do acusado durante o processo”<sup>40</sup>.

Como consequência disso, não deve ser o acusado tratado como culpado durante os trabalhos de verificação da conduta que foi a ele imputada. Sob tal prisma ressalta Florian

processo legal, uma vez que é um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, posto como garantia à tutela da liberdade pessoal.

Art. 5º [...] LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória

<sup>40</sup> “A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal, abrangendo, assim, tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto a fase processual propriamente dita - ação penal. (OLIVEIRA, 2007, p. 402-403).

(1968, p. 335) apud MIRABETTE (2006, p.23), “existe apenas uma tendência à presunção de inocência, ou, mais precisamente, um estado de inocência, um estado jurídico no qual o acusado é inocente até que seja declarado culpado por uma sentença transitada em julgado”.

Esclareça-se, ainda, que a Constituição da República Federativa do Brasil não presume a inocência de nenhum cidadão, declara apenas que o acusado ocupa o status de inocente no decorrer do desenvolvimento do processo, e portanto, o estado do acusado só se altera por uma sentença que o declare culpado.

Disso decorre, ainda, a garantia de que o ônus de provar, legal e judicialmente, a responsabilidade do acusado incumbe-se à acusação e não à defesa, já que enquanto não for definitivamente condenado, ocupa o réu a situação de presumidamente inocente.

Por tais razões, não pode o Ministério Público ocupante da função de Estado-acusação, afastar-se do que preceitua a Constituição, uma vez que esta presume inocente aquele que não foi ainda definitivamente condenado. O Parquet não pode, pois, requerer o encarceramento provisório fora das hipóteses de comprovada necessidade<sup>41</sup>.

Remetemo-nos mais uma vez aos ensinamentos de Tourinho Filho (2006, p. 29), posto que longo o texto a ser transcrito:

Claro que a expressão presunção de inocência não pode ser interpretada ao pé da letra, literalmente, do contrário os inquéritos e os processos não seriam toleráveis, posto não ser possível inquérito ou processo em relação a uma pessoa inocente. Sendo o homem presumidamente inocente, sua prisão antes do trânsito em julgado de sentença condenatória implicaria antecipação da pena, e ninguém pode ser punido antecipadamente, antes de ser definitivamente condenado, a menos que a prisão seja indispensável.

Esta passagem confirma mais uma vez o caráter de excepcionalidade, acompanhado da necessidade, das prisões cautelares.

Em lapidar observação, conclui o autor supracitado:

[...] não se pode falar em prisão preventiva sem estar com as vistas voltadas para o princípio da presunção de inocência. Do contrário para que serviria esse princípio? Se é dogma constitucional, todos devem respeitá-lo. Se houver desejo de encher as nossas cadeias, o problema não é difícil, é fácilimo: basta rasgar a Magna Carta ou mandá-la às favas (TOURINHO FILHO, 2006, p.29).

Por este foco, acha-se conectado ao princípio do estado de inocência o princípio da prevalência do interesse do réu, (*in dubio pro reo, favor rei, favor innocentiae, favor libertatis*),

---

<sup>41</sup> Outrossim, é o ensinamento de Rubianes (p. 79-80) apud MIRABETE (2003, p. 23), “existe até uma presunção de culpabilidade ou de responsabilidade quando se instaura a ação penal, que é um ataque à inocência do acusado e, se não a destrói, a põe em incerteza até a prolação da sentença definitiva”.

que traz consigo uma garantia ao réu de que, em casos de dúvida, sempre deve prevalecer o seu estado de inocência.

Decorre daí a afirmação de que existindo conflito entre o *jus puniendi* do Estado e o *jus libertatis* do acusado, na fase final de julgamento deve prevalecer o *jus libertatis*, isto é, *in dubio pro réu*. Em todo caso, a dúvida sempre beneficia o acusado, ou seja, na dúvida absolve-se o imputado.

É muito citado o entendimento de Tornaghi (1995, p. 9) “que a prisão provisória seja um mal necessário é certo. E necessário para evitar mal maior. Mas que seja injustiça necessária é que se deve negar peremptoriamente: ela, em si, não é injusta”.

Também merece ser transcrita a lição de Carrara (apud CARVALHO, 1999, p.79), “perante um homem ainda assistido pela presunção de inocência, repugna que se diga provisório o estado de liberdade, e, por conseguinte, normal o estado de detenção”.

Novamente é o entendimento de Tornaghi (1995, p. 16):

Acontece que, na hipótese de o juiz prender provisoriamente o acusado, a prisão é lícita. E ainda quando mais tarde se verifique que o preso era inocente, o ato coercitivo praticado não se poderá dizer injusto, pois não teve por fundamento uma presunção de culpa e sim a necessidade de assegurar a instrução criminal, a ordem pública ou a eventual execução da sentença. E até no caso de ter havido erro do juiz não se lhe caracterizará a culpa a não ser na hipótese de erro vencível, de erro inescusável e grosseiro.

O legislador, portanto, no artigo 313 do Código, assegura que tanto no inquérito policial como na instrução criminal, a prisão preventiva pode ser decretada, desde que o magistrado ponha em evidência a necessidade concreta desta prisão. Se assim for, ela não fere o princípio da presunção de inocência.

Por derradeiro, justamente em razão do princípio sob análise, o agente só poderá ter seu nome lançado no rol dos culpados após sentença condenatória transitada em julgado, pois ocupa a situação de presumidamente inocente.

Apesar de ainda existirem divergências doutrinárias sobre o princípio da presunção de inocência ao que se refere à prisão preventiva, mais precisamente na legalidade desta prisão cautelar frente ao princípio em apreço, é imprescindível esclarecer que a Súmula 9<sup>42</sup> do Superior Tribunal de Justiça já declarou que a prisão processual não viola o princípio em questão.

---

<sup>42</sup> “Súmula 9: A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

Diante do entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça, a prisão preventiva está em plena vigência, e portanto, em harmonia com o princípio do estado de inocência amparado pelo direito positivo pátrio.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir deste estudo, conclui-se que a prisão preventiva é uma prisão estritamente cautelar e que, para sua decretação, há necessidade de seguir pressupostos e fundamentos exigidos pela lei.

As exigências a serem seguidas estão previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal, como a garantia da ordem pública, da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Nota-se que a prisão em estudo vem sendo decretada com muita frequência, fazendo pessoas, que até então acreditávamos que jamais seriam punidas, receberem punição, ainda que fiquem por pouco tempo presas. Isso é sinal de que as coisas, em nosso país, estão mudando, ainda que vagarosamente.

Torna-se inegável que o avanço normativo brasileiro tem sido significativo, mas há muito ainda a se fazer. Antes da Constituição Federal de 1988, não havia regras previamente estabelecidas com o fito de cercear os abusos do qual o Estado era o autor.

Com ela, nota-se a passagem de um modelo de legislação processual penal embasado na presunção da culpabilidade para outro construído a partir do princípio da inocência.

Com isso, a Carta Magna expressamente proibiu imputar ao acusado a culpa antes de provimento judicial definitivo, mas, prevê e mantém as prisões cautelares em no nosso ordenamento jurídico.

À luz da nova ordem jurídica constitucional, com a devida vênia dos que pensam em sentido contrário, não se deve admitir que a prisão preventiva seja antecipação de pena.

Embora ainda possamos encontrar dissenso a respeito, entendemos, todavia, em conformidade com outros doutrinadores, que a prisão preventiva é um mal justificado pela necessidade e, portanto, o princípio da presunção de inocência será flexibilizado diante de valores constitucionais de igual relevância.

Não restam dúvidas de que se a prisão preventiva for fundamentada em fatos concretos, reveladores de sua necessidade, ela não ofende, evidentemente, nenhum princípio constitucional.

Portanto, se a prisão preventiva estiver em consonância com os pressupostos legais, ela não viola os direitos e garantias individuais, fazendo com que o princípio da não-culpabilidade conviva harmoniosamente com nosso ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução J. Cretella JR e Agnes Cretella. 2. ed, 2007.

BONFIM, Mougnot Edílson. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. (Constituição 1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 25. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2006.

BUENO, Marisa; GARCIA, Rogério Maia. **A crise do processo penal e as novas formas de administração da justiça**. 1. ed. Porto Alegre: Notadez, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPOBIANCO, Júlio Rodrigo. **Decisões favoráveis à defesa**: penal e processual penal. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti de Castanho. **O processo penal em face da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DE PLÁCIO E SILVA. **Vocabulo jurídico**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. Prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de decisão de pronúncia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 41, ano II, jan/mar. 2003.

FERNANDES, Antônio Scaranse. **Processo penal constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista da Tribunais, 2000.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

JARDIM, Silva Afrânio. **Direito processual penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Código de processo penal anotado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

JÚNIOR NUNES, Flávio Martins Alves. **Manual de prática processual penal**. São Paulo: Editora de Direito, 2003.

MARQUES, Frederico José. **Elementos de direito processual penal**. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998.

MENDONÇA, Borges Andrey. **Nova reforma do código de processo penal**. 1. ed. São Paulo: Editora Método, 2008.

MIRABETTE, Fabrini Júlio. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NOGUEIRA, Lúcio Paulo. **Questões processuais penais controvertidas**. 3. ed. São Paulo: Forense, 1988.

\_\_\_\_\_. **Curso completo de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Forense, 1995.

NORONHA, Magalhães E. **Curso de direito processual penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2008.

OLIVEIRA, Pacelli Eugênio. **Curso de processo penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.

PIERANGELLI, Henrique José. **Processo penal evolução histórica e fontes legislativas**. 1. ed. Bauru: Javoli, 1983.

SILVA, Carlos João Ferreira da. **Processo penal para concursos**. São Paulo: Livraria de Direito, 1995.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. Considerações sobre a prisão preventiva. **Revista de Estudos Criminais**. Edição oficial do TEC – Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais. nº 34 – out/nov. 2005.

TUCCI, Lauria Rogério. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.