

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JULIANA PASSAMANI MACHADO SILVEIRA

**PRISÃO PREVENTIVA: ANÁLISE DA SUA
CONSTITUCIONALIDADE SOB A PERSPECTIVA DO
PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

VITÓRIA
2017

JULIANA PASSAMANI MACHADO SILVEIRA

**PRISÃO PREVENTIVA: ANÁLISE DA SUA
CONSTITUCIONALIDADE SOB A PERSPECTIVA DO
PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito parcial para aprovação na disciplina de TCC, orientada pelo professor Dr. Américo Bedê Júnior.

VITÓRIA
2017

JULIANA PASSAMANI MACHADO SILVEIRA

**PRISÃO PREVENTIVA: ANÁLISE DA SUA
CONSTITUCIONALIDADE SOB A PERSPECTIVA DO
PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito parcial para aprovação na disciplina de TCC, orientada pelo professor Dr. Américo Bedê Júnior.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Américo Bedê Júnior.

Faculdade de Direito de Vitória

Orientador

“Quando a inocência dos cidadãos não está garantida, a liberdade também não o está”.

- Montesquieu

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a constitucionalidade do instituto da prisão preventiva quando analisado em conformidade com o princípio basilar do processo penal brasileiro: o princípio da presunção de inocência. Para tanto, analisa-se a importância do referido princípio no Estado Democrático de Direito, bem como sua aplicação no Processo Penal. Posteriormente, serão delimitados os conceitos e as principais informações sobre as prisões e as medidas cautelares em geral. De mais a mais, serão enunciados os requisitos e as hipóteses de decretação da prisão preventiva, assim como os modelos do referido tipo de encarceramento provisório conforme a Lei 12.343/2011. Adiante, depois de analisados os dois institutos, verifica-se que predominantemente a jurisprudência e doutrina opinam pela possibilidade da antecipação cautelar da prisão desde que devidamente motivada, estritamente necessária, e em conformidade com o Código de Processo Penal. Dessa forma, a aplicação do princípio da proporcionalidade através da análise dos seus três subprincípios, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito se mostrou a forma mais eficaz de emprego da prisão preventiva para que esta seja utilizada apenas de forma excepcional, quando outras medidas cautelares mais brandas não forem suficientes.

Palavras-chave: Presunção de inocência. Prisão preventiva. Processo penal. Medidas cautelares.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	11
1.1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	11
1.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 ..	12
1.3 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: EVOLUÇÃO HISTÓRICA.	14
1.4 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: CONCEITUAÇÃO.....	17
1.5 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL...	20
2 A PRISÃO PREVENTIVA	25
2.1 PRISÃO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS	26
2.2 MEDIDAS CAUTELARES	28
2.3 PRISÃO PREVENTIVA.....	29
2.3.1 PRESSUPOSTOS PARA A PRISÃO PREVENTIVA.....	29
2.3.2 AS HIPÓTESES DE DECRETAÇÃO PARA A PRISÃO PREVENTIVA.....	31
2.3.2.1 GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.....	32
2.3.2.2 GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA.....	34
2.3.2.3 CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL.....	35
2.3.2.4 GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL.....	37
2.3.2.5 DESCUMPRIMENTO DE OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES.....	38
2.3.3 MODELOS DE PRISÃO PREVENTIVA CONFORME A LEI 12.343/2011...	39
2.3.3.1 PRISÃO ORIGINÁRIA.....	39
2.3.3.2 PRISÃO DERIVADA DE FLAGRANTE.....	39
2.3.3.3 PRISÃO DE IMPUTADO INIDENTIFICADO.....	40
2.3.3.4 PRISÃO PREVENTIVA SANCIONATÓRIA OU REGRESSIVA.....	41
2.3.3.5 PRISÃO PREVENTIVA PROTETIVA.....	43
3 PRISÃO PREVENTIVA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	45
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
REFERENCIAS.....	50

INTRODUÇÃO

A prisão preventiva é uma medida cautelar que visa tutelar a persecução penal, de modo a impedir que eventuais condutas do possível autor do delito, ou terceiros interessados, coloquem em risco a eficácia das investigações e a efetividade processual.

A referida medida cautelar tem previsão nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal Brasileiro e tem como consequência a privação da liberdade do suposto responsável pelo crime antes mesmo do trânsito em julgado do processo em qualquer fase da instrução criminal, ou seja, antes do julgamento final sobre o fato, priva-se a liberdade do possível autor do delito visando proteger o curso processual.

O Código de Processo Penal dispõe em seu artigo 312 requisitos fáticos para que tal diligência possa ser adotada. Estes requisitos consistem na garantia da ordem pública (conceito vago e indeterminado que permite diversos conceitos), na garantia da ordem econômica, ou seja, com o fim de evitar que o agente coloque em risco o funcionamento do sistema financeiro, na conveniência da instrução criminal, de modo que será empregada quando o indivíduo trazer risco efetivo a investigação do delito, ou ainda para assegurar a lei penal, com o fim de evitar que, por exemplo, o acusado fuja e não cumpra sua pena.

Neste sentido, o Juiz, ao aplicar determinada medida, também deverá observar os chamados requisitos normativos que permitem a utilização da prisão preventiva, dispostos no artigo 313 do CPP.

Logo, pela lei, só poderá ser decretada a prisão preventiva em crimes dolosos com pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos, se o acusado for reincidente de crime doloso, ou ainda se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência. Da mesma forma, poderá ser aplicada quando houver dúvida a respeito da identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

Ademais, somados a esses requisitos é imprescindível indícios de autoria e materialidade do crime.

Deve-se dizer ainda que, na teoria, tal medida somente se justifica quando se mostrar ser o único caminho de preservação da investigação criminal, ou seja, quando outras medidas cautelares alternativas ao cárcere não forem suficientes para assegurar o cumprimento da Lei Penal.

Em contrapartida, o princípio da presunção de inocência, contemplado na Constituição Federal Brasileira em seu artigo 5º, LVII e no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, apresenta-se como uma limitação à referida medida cautelar. Tal garantia processual penal dispõe que o Estado deve considerar a inocência do indivíduo como regra, e só privar a liberdade deste caso seja comprovada a sua culpa.

Tal princípio impõe um dever de tratamento que atua de forma interna e externa. Na dimensão interna do processo, o princípio restringe o abuso das prisões cautelares, de forma que entende ser inviável a prisão de alguém que ainda não foi condenado.

No âmbito externo, a presunção de inocência estabelece uma proteção à publicidade abusiva e à condenação precoce que a mídia promove sobre o réu, fazendo com que este já sofra as consequências de uma condenação antes mesmo que esta de fato aconteça. Dessa forma, tal princípio deve ser utilizado como forma de limitar os abusos da exploração midiática em torno de um acontecimento criminoso.

À vista do exposto, a proposta do presente estudo é buscar responder se sendo o princípio da presunção de inocência contemplado na Constituição Pátria, seria a prisão preventiva uma medida inconstitucional?

Sabe-se que o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal é favorável as prisões provisórias, sob o argumento que a decretação dessas medidas cautelares não decorre da intenção de antecipar a pena, mas sim que é pautada em pressupostos e requisitos estabelecidos na legislação brasileira.

Contudo, embora no âmbito jurídico o entendimento majoritário se mostre favorável à prisão preventiva, a realidade do sistema penal brasileiro evidencia que este instituto encontra-se saturado de falhas e ilegalidades, principalmente no que concerne a ausência de prazo estabelecido em lei para o fim da prisão provisória, ocorrendo de forma abusiva, privando por tempo indeterminado inocentes e até culpados que não se enquadram nos requisitos previstos em lei, de forma a burlar outros princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana.

Diante disso, a fim de responder tal questionamento, no primeiro capítulo foi realizada uma análise sobre o princípio da presunção de inocência, trazendo o conceito de Estado Democrático de Direito e a forma com que o referido princípio se apresenta na Constituição Federal de 1988, bem como é aplicado no Processo Penal brasileiro, com base nos autores José Afonso da Silva, Antônio Magalhães Filho, Roberto Delmanto Júnior, Maurício Zanoide de Moraes, Luigi Ferrajoli e Luiz Flávio Gomes.

O capítulo “A prisão preventiva” tem como base teórica os autores Nestor Távora, Aury Lopes Júnior, Eugênio Pacelli e Andrey Borges de Mendonça. Tal capítulo, inicialmente traz as conceituações basilares de prisão e medida cautelar.

Posteriormente, o referido capítulo evidencia os requisitos para a decretação da prisão preventiva, quais sejam o *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, presentes no artigo 312 do CPP.

Ainda no segundo capítulo, foram expostas as hipóteses de cabimento da referida prisão com base nos artigos 313 e 314 do Código de Processo Penal, nos momentos dispostos nos artigos 311 e 282, §2º, do mesmo diploma legal.

Por fim, o último capítulo “A prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência” busca fazer uma análise conjunta desses dois institutos e chegar a uma conclusão de como ambos podem ser utilizados no ordenamento jurídico por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Ademais, a pesquisa em questão partirá da análise de autores, jurisprudências, regras da prisão preventiva, princípios e diferentes opiniões sobre a constitucionalidade ou não desta na perspectiva da presunção de inocência.

Desta forma, para que sua finalidade seja cumprida, o método usado para a execução da pesquisa será o dialético. Tal método se resume na contraposição de ideias sobre um determinado assunto, que resultam em uma nova ideia.

Isto porque, a dialética parte do princípio que todas as coisas supõem contradições internas, tendo em vista que tudo tem um lado positivo e um negativo. Marconi (2010, p. 83)¹ explica que para tal método:

As coisas não existem isoladas, destacadas umas das outras e independentes, mas como um todo unido, coerente. Tanto a natureza quanto a sociedade são compostas de objetos e fenômenos organicamente ligados entre si, dependendo uns dos outros e, ao mesmo tempo, condicionando-se reciprocamente.

Logo, para chegar a conclusão, far-se-á pesquisas bibliográficas com ênfase nos autores supracitados, bem como as legislações brasileiras, especialmente a Constituição Federal, e os Códigos Penal e Processual Penal.

Por fim, cabe aqui destacar que o tema em questão é de grande importância no meio acadêmico e social, uma vez que além de ser um assunto que envolve dois institutos do ordenamento jurídico brasileiro, abarca a privação de liberdade de um sujeito que ainda não foi condenado, sendo um assunto muito delicado e complexo.

Ademais, a relevância do estudo se dá pelo fato de que hoje se observa uma grande seletividade penal, onde, em geral, são privados de sua liberdade apenas negros, pobres e excluídos da sociedade. Dessa forma, a prisão preventiva vem se mostrando como um instrumento de preservação dessa seletividade, aumentando o

¹ MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica**. 5ª edição, revista e ampliada – São Paulo: Atlas, 2010, p. 83.

número de encarcerados no Brasil, menosprezando a ressocialização, e em muitas vezes prendendo inocentes.

1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1.1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição Brasileira promulgada em 1988 é caracterizada pelo Estado Democrático de Direito, que se revela um Estado regido por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais².

Isso denota que a Constituição e os direitos fundamentais nela estabelecidos são fundamentos de validade do ordenamento jurídico brasileiro, de forma que o respeito à jurisdição constitucional passa a ser condição para a legítima existência do Estado Democrático de Direito.

Desta forma, a moldura ideal do Estado de Direito em uma democracia pode ser delineada por meio de algumas características, senão vejamos:

O acesso a jurisdição, esta com independência e autonomia; o plexo garantidor dos direitos fundamentais individuais e coletivos (os tradicionais adicionados aos culturais, políticos, econômicos, etc.); a divisão de poderes (quadro de política; o respeito absoluto à Constituição legítima, como prius essencial; a busca incessante da justiça social, com vetores da igualdade substancial (FIGUEIREDO, 2001, p. 90).

Além do mais, tal modelo de estado é regido pelo princípio da soberania popular, conforme explicita Silva (2007):

O Estado Democrático se funda no princípio da soberania popular que 'impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento (p. 66).

²MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 06.

Sendo assim, a soberania popular se mostra como uma forma de garantir o interesse social, em detrimento de sentimentos particularistas, subordinando os cidadãos à Constituição, e fazendo desta um meio para alcançar a igualdade e a organização da sociedade.

Por este viés, no referido modelo de estado os cidadãos participam discursivamente na elaboração da decisão; são, pois, ao mesmo tempo, autores e destinatários do provimento final³, de modo que somente é legítimo o provimento final se construído por todos os partícipes envolvidos no procedimento, devendo este espaço procedimental ser orientado pelos princípios do sistema democrático⁴.

Isto posto, tem-se que o principal objetivo do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize justiça social⁵ por meio, sobretudo, da garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana.

1.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Assim como foi supramencionado no tópico anterior, uma das formas mais eficazes de concretização do Estado Democrático de Direito e de garantia de uma existência digna, livre e igualitária ao indivíduo é por meio dos direitos fundamentais. Tais direitos estão previstos nos artigos 5º, 6º e 7º da Constituição da República Brasileira e podem ser conceituados como:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade). (ARAÚJO, 2005, p. 109-110)

³MOTA, Maurício; MOTTA, Luiz Eduardo. **O Estado Democrático de Direito em Questão**. 2011, p.6.

⁴Ibid, p. 6.

⁵SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª Ed. Brasil: Malheiros, 204, p.124.

Por consequência, materialmente, considera-se direito fundamental todas àquelas pretensões que, em determinados momentos históricos, apresentam ligações com o princípio da dignidade humana, atendendo exigências que giram em torno do respeito à vida, da liberdade e da integridade física.

No âmbito formal, são fundamentais todos aqueles direitos garantidos na Constituição, de forma que são definidos com base em sua força formal, decorrente da maneira de sua positivação, deixando de lado considerações sobre maior ou menor valor moral de certos direitos⁶.

Tais garantias surgem a partir dos ideais Iluministas dos séculos XVII e XVIII, com a necessidade de proteger o cidadão dos abusos do poder estatal, de forma a ser uma limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dele dependem.

Sendo assim, os direitos fundamentais se consolidam na sociedade quando se reconhece que o indivíduo tem primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos⁷.

No Brasil, foi a Constituição Federal de 1988 que instaurou a forma mais moderna e completa de garantia desses direitos, introduzindo um título (Título II) sobre os princípios e direitos fundamentais, abarcando direitos sociais, coletivos, individuais e políticos, assim como suas respectivas garantias.

Tais direitos têm como características principais a universalidade, - que nos permite afirmar que todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais e que a qualidade de ser humana constitui condição suficiente para a titularidade de tantos desses direitos⁸ -, a inalienabilidade ou indisponibilidade que significa que o titular do direito não pode abrir mão deste, e indivisibilidade, característica que analisa os

⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Revista dos tribunais. 2011.p. 49.

⁷ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Monet. **Curso de Direito Constitucional**. 10 edição. São Paulo. Saraiva. 2015. p.136.

⁸ Ibid.p.143.

direitos fundamentais como um único conjunto de direitos, de modo que não podem ser apreciados de forma isolada.

Isto posto, dentro dos direitos fundamentais, a CF/88 estabelece os princípios constitucionais como um objetivo de limitar as potencialidades opressivas do poder estatal, de forma que se tornaram um grande instrumento de proteção aos direitos da pessoa humana.

Os princípios constitucionais são enunciados que difundem seus efeitos para todo o sistema jurídico, preponderando-se sobre todas as demais normas jurídicas. Dessa forma, para que estas possuam validade no sistema, devem estar sempre em conformidade com os referidos princípios.

Quanto a isso, o artigo 25 da Constituição Federal dispõe que “Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”, ou seja, segundo a nossa Carta Magna, os Estados devem obediência aos preceitos constitucionais, sobretudo na oportunidade em que elaboram suas leis.

Portanto, os princípios fundamentais são o alicerce utilizado pelo aplicador da ordem jurídica, na medida em que unificam o conjunto de normas estatais de cunho político estrutural e organizacional, exercendo de limite para as emendas constitucionais.

Deste modo, dentre os vários princípios que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro, cabe aqui mencionar a garantia constitucional do princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII da CF e no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, sendo o princípio base do processo penal que estabelece garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal, assunto que será abordado de melhor forma no próximo capítulo.

1.3 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Historicamente, o princípio da presunção de inocência tem origem na *Magna Carta Libertatum*, imposta pelo rei inglês João Sem Terra em 1215. Entretanto, apenas se consolida como cláusula com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, que estabelece em seu artigo 9º, *in verbis*:

Artigo 9º- Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei (ONU, 1789, art. 9º).

Após aproximadamente um século, em 1948, o referido princípio torna a ser enfatizado na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada na IX Conferência Internacional Americana em Bogotá, que dispõe em seu artigo XXVI:

Artigo XXVI: Parte-se do princípio de que todo acusado é inocente até que sua culpabilidade seja provada. Toda pessoa acusada de um delito tem o direito de ser ouvida de uma forma imparcial e pública, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que não lhe sejam infligidas penas cruéis, infamantes ou inusitadas (ONU, 1948, art. 26).

Mais tarde, em 10 de dezembro do mesmo ano, foi votada em Paris pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que estabelece em seu artigo 11 que toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.⁹

Tal preceito também foi retratado pela ONU em 1966 no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, que dispõe em seu art. 14, §2º que toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.¹⁰

Em seguida, em 1969, o Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional que é considerado uma das bases do direito interamericano de proteção dos direitos humanos, estabeleceu no tópico das garantias judiciais, em seu artigo 8º, item 2 que

⁹ ONU, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948.

¹⁰ONU, **Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos**. 1966.

toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. ¹¹

No Brasil, as Constituições anteriores a 1988, embora estabelecessem uma extensa gama de direitos fundamentais, nunca haviam feito referência ao princípio da presunção de inocência.

Dessa forma, a aceitação de todos esses tratados internacionais se deu posteriormente ao período da ditadura militar por meio da Assembleia Nacional Constituinte com a promulgação da atual Constituição Federal em 1988, pela qual se manifesta em relação ao ideal em apreço no seu art. 5º, inciso LVII, no sentido de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.¹²

Gomes Filho(1991, p.32), comenta:

A redação definitiva, consagrada pelo art. 5º, LVII, do texto de 5 de outubro de 1988, resultou de emenda modificativa oferecida pelo Constituinte José Ignácio Ferreira, que justificou sua proposta com a necessidade de “caracterizar mais tecnicamente e denominada presunção de inocência, expressão doutrinariamente criticável, mantida inteiramente a garantia”¹³

Em 1992, por meio do Decreto Legislativo 27 de 26 de maio de 1992 a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) foi ratificada e promulgada pelo Presidente da República através do Decreto 678 em 06 de novembro de 1992.

Dessa forma, levando em consideração o parágrafo 3º do artigo 5º da CF/88, o tratado supracitado, após ser aprovado no Congresso Nacional passa a ser equivalente e ter força de emenda constitucional¹⁴.

¹¹ *Verbis*. Adotada pelo Pacto de São José da Costa Rica. Aprovada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo nº 27, de 25/09/92, e promulgada pelo Decreto nº 678, de 06/11/92.

¹² BRASIL, **Constituição Federativa da República Brasileira**. 1988.

¹³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo. Saraiva. 1991, p.32.

¹⁴ “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, Serão equivalentes às emendas constitucionais.” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA BRASILEIRA, 1988, art. 5º, §3º)

Sobre o que foi dito, Delmanto Júnior (2001. p.60), explica:

Em nosso ordenamento constitucional, apesar da Magna Carta não reconhecer originalmente, o direito à presunção de inocência, garantindo em seu art. 5º, LVII, tão somente o direito à desconsideração prévia de culpabilidade – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória -, que seria mais restritivo, a referida presunção acabou sendo acolhida por nosso mais alto ordenamento em razão do §º 2º desse mesmo art. 5º, que estipula: ‘Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’.¹⁵

Diante disso, o direito da presunção de inocência passa a ser preceito efetivo da Constituição da República brasileira, de modo a ampliar de forma significativa as garantias fundamentais asseguradas constitucionalmente.

Superada a parte da inserção do princípio em questão no ordenamento jurídico brasileiro, é imprescindível destacar suas características, tal como o alcance de sua aplicação e sua interferência no processo penal brasileiro, questões que serão melhores tratadas nos próximos tópicos.

1.4 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: CONCEITUAÇÃO

Após essa breve contextualização histórica, é importante mencionar o tipo de terminologia utilizada pelo constituinte brasileiro para se referir ao princípio da presunção de inocência, preceito fundamental do direito processual penal brasileiro.

Isto porque, diferentemente da forma em que foi mencionado pelos tratados internacionais que trazem de forma explícita a presunção de inocência, a Constituição Brasileira se utilizou de um enunciado negativo para se manifestar sobre o referido princípio, de modo que dá preferência para a presunção da não culpabilidade.

Tal diversidade terminológica gerou divergências doutrinárias, no sentido de que alguns autores acreditam que a ausência da menção expressa do referido princípio

¹⁵ DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro. Renovar. 2001. p.60.

proporciona margem para uma interpretação restritiva. Dessa forma entende Gomes (1999. p. 105), vejamos:

O referido texto, como se percebe, tal como o inscrito na Constituição brasileira, não faz explícita referência à presunção de inocência. Consoante pensamento de Mazini, tal norma não estabelece presunção alguma de inocência, senão que se limita a declarar, como é natural, que 'o imputado não é considerado culpado até a condenação definitiva'. [...] Ao não se referir expressamente o art. 27 da Constituição italiana à presunção de inocência, nasceu a doutrina dos que entendem haver nesse dispositivo a consagração da mera 'presunção de não culpabilidade' [...].¹⁶

Contudo, embora haja divergência de opiniões, em regra, entende-se que não há diferença de conteúdo, assim como expõe Badaró (2014, p. 21):

Não há diferença de conteúdo entre a presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões "inocente" e "não culpável" constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as idéias – se é que isto é possível -, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito.

Superada esta questão e adentrando especificamente no preceito em apreço, estabelece-se que a função essencial do princípio da presunção de inocência é a de auxiliar a construção de um sistema processual penal pelo qual o indivíduo, desde o início da persecução penal, seja considerado inocente, e assim permaneça até que o julgador tenha certeza de sua culpa, baseado num conjunto probatório mínimo, lícito e convincente.

Dessa forma, o acusado é presumidamente inocente ao logo de todo o processo criminal, de modo que só poderá ser considerado culpado e ser tratado como tal, quando houver provas de sua culpa e isso for declarado por uma sentença condenatória transitada em julgado.

Desenvolve Zanoide de Moraes (2010, p. 92):

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de direito penal e processo penal**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1999. p. 105.

Sua ampla extensão e incidência faz com que ela se relacione, direta ou indiretamente, com cada ponto do sistema ideário que informa e orienta a formação e aplicação de todos os atos da persecução penal, uma vez que o cidadão sempre estará submetido à constrição estatal desde o primeiro ato persecutório até à sua conclusão definitiva e, ainda, em âmbito revisional.¹⁷

A presunção de inocência, dessa maneira, instrui e direciona todo o sistema jurídico do Estado, em especial no âmbito penal e processual penal, contribuindo para a inclusão dos princípios da igualdade e da dignidade humana, bem como para a concretização do Estado Democrático de Direito.

A aplicação deste princípio pode ser vislumbrada por dois âmbitos, quais sejam na esfera probatória, bem como na esfera de tratamento do acusado. Isso pois, no campo probatório, cabe a parte que acusa provar a veracidade do que alega e a culpabilidade do possível criminoso, de modo que este não pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, tendo o direito de permanecer em silêncio¹⁸.

Além disso, ainda neste âmbito, deve ser mencionado e associado com a discussão em questão o princípio do *in dubio pro reo*¹⁹, uma vez que, se no fim dos processo de instrução as provas foram insuficientes para gerar certeza ao julgador quanto a culpabilidade do indivíduo, esta dúvida deve incidir em favor do acusado, de modo que ele seja absolvido.

Prosseguindo, no que concerne ao âmbito de tratamento do acusado, pode-se dizer que a garantia não deve ser assegurada somente no âmbito decisório, como expressão da máxima *in dubio pro reo*, mas se impõe principalmente como regra de tratamento do suspeito, indiciado ou acusado, que antes da condenação não pode sofrer qualquer espécie de equiparação ao culpado²⁰.

¹⁷ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pg. 92.

¹⁸ O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; (art. 5º, LXIII, CF/88)

¹⁹ “Por outro lado, quando dispositivos processuais penais forem interpretados, apresentando dúvida razoável quanto ao seu alcance e sentido, deve-se optar pela versão mais favorável ao acusado, que, como já se frisou, é presumido inocente até que se demonstre o contrário. Por isso, a sua posição, no contexto dos princípios, situa-se dentre aqueles vinculados ao indivíduo, sendo, ainda considerado como constitucional implícito” (NUCCI, 2011).

²⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Prisão cautelar e presunção de inocência.** Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, Fabris, 1992. p.17-27.

Isto é, ao longo das investigações, produção de provas e do processo legal em si o acusado não pode ser punido de forma antecipada, bem como ser tratado como se culpado fosse, de modo que devem ser aplicadas apenas as medidas necessárias para a evolução do processo, com a mínima restrição de direitos possível.

Gomes Filho (1992, p.17-27), salienta que:

A presunção de inocência traduz uma norma de comportamento diante do acusado, segundo o qual são ilegítimos quaisquer efeitos negativos que possam decorrer exclusivamente da imputação; antes da sentença final, toda antecipação de medida punitiva, ou que importe o reconhecimento da culpabilidade, viola esse princípio fundamental.²¹

Isto é, a presunção de inocência garante ao acusado tratamento compatível ao seu estado de inocência, entendendo-se aqui a preservação de sua integridade física e psíquica, honra e imagem, ficando vedado procedimentos que venham a violar os direitos fundamentais assegurados ao acusado.²²

Dito isto, no próximo tópico, analisar-se-á as principais características do princípio da presunção de inocência e sua repercussão no processo penal brasileiro.

1.5 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL

Como já dito, o princípio da presunção de inocência orienta e norteia o funcionamento do direito penal e processual brasileiro, objetivando um sistema mais justo, menos opressor a fim de que a dignidade da pessoa humana se sobreponha sobre o poder punitivo estatal.

Dessa maneira, nesta etapa do trabalho, é importante mencionar os efeitos do referido princípio, bem como as características de um sistema jurídico penal que segue o preceito da presunção de inocência.

²¹ GOMES FLHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p.43.

²² DELMANTO JÚNIOR, op. cit., p. 66, nota 15.

A primeira característica a ser observada em um modelo processual penal que segue o preceito em apreço é a separação do órgão julgador e do órgão acusador, uma vez que quando esses poderes se confundem em uma só pessoa tem-se uma imparcialidade de órgão julgador, visto que foi este quem acusou e criou as provas contra o acusado, o que é completamente incompatível com o princípio da presunção de inocência. Vejamos a visão de Ferrajoli (2010, p. 495), sobre o assunto:

O sistema 'sem acusação separada' S2, que configura o método inquisitivo, deriva, por sua vez, da subtração do axioma A8 sobre a imparcialidade do juiz e sobre sua separação da acusação. Aparece em todos os ordenamentos nos quais o juiz tem funções acusatórias ou a acusação tem funções jurisdicionais. Em tais sistemas, a mistura de acusação e juízo compromete, sem dúvida, a imparcialidade do segundo e, por seu turno, freqüentemente, a publicidade e moralidade do processo. Mas é fácil compreender que a carência dessas garantias debilita todas as demais e, em particular, as garantias processuais da presunção de inocência do acusado antes da condenação, do ônus acusatório da prova e do contraditório com a defesa.²³

Prosseguindo, um modelo processual penal que se baseia na presunção de inocência deve observar as garantias fundamentais do acusado não só na fase processual, mas também na pré-processual, de modo que o indivíduo deve ter todos os seus direitos assegurados e ser protegido de possíveis arbitrariedades do Estado.

Dessa forma, se houver um juízo de atribuição de fato criminoso a alguém, a presunção de inocência tutelar o imputado com toda a extensão que a Constituição exige, seja protegendo como 'norma de tratamento', como 'norma probatória', ou como 'norma de juízo'²⁴, formando o conteúdo tridimensional da presunção de inocência.

Primeiramente, como norma probatória, tal princípio prevê que cabe exclusivamente à acusação o ônus de provar a autoria e a materialidade do delito, ou seja, os fatos criminosos devem ser efetivamente comprovados, não bastando a refutação dos

²³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 4ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 96.

²⁴ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 495.

argumentos de defesa do acusado; a comprovação deve observar os ditames da Lei; o acusado não pode ser obrigado a cooperar com o processo.²⁵

Diante disso, falhando a acusação em provar completamente a culpa do acusado, ou ainda não conseguindo destituir fatos e provas apontadas pelo réu, deverá o Juiz absolvê-lo, incidindo assim, o princípio do *in dubio pro reo*, já mencionado e explicado no tópico anterior.

Prosseguindo, no que se refere à regra de garantia, tem-se que o princípio da presunção de inocência impõe que o processo penal não pode ser visto apenas como um meio punição dos indivíduos que cometem crimes, mas principalmente como um meio de garantia dos direitos fundamentais de todas as pessoas, inclusive daquelas que infringiram a legislação penal brasileira.

Por fim, no que concerne à presunção de inocência como regra de tratamento entende-se que o réu, conquanto seja suspeito de um delito, até que seja comprovada ou não a sua culpa, deve ser tratado como se inocente fosse, o que significa, que o acusado não pode ser motivo de exposição pública e midiática pelo simples fato de responder um processo criminal.

Sobre o tema, Gomes (1998, p.108), entende:

[...] como regra de tratamento, a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, seja por situações, práticas, palavras, gestos, etc, podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar, etc.²⁶

Ainda no que se refere a norma de tratamento, iniciado o processo de instrução, outra característica a ser destacada é o tratamento do acusado ao longo de seu interrogatório, de modo que, também nesta fase, o indivíduo deve ser tratado como se inocente fosse.

²⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Estudo de Direito Penal e Processual Penal**. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. Ed. Revista dos Tribunais. 1998. p.108.

²⁶ Ibid. p.114.

Isto porque, se levarmos em consideração que é esta a primeira oportunidade do indivíduo ser ouvido e contar sua versão dos fatos, este deve ser tratado com todo o respeito, sem sofrer ameaças, torturas físicas ou psicológicas, constrangimentos ou ainda deboches que possam vir a ofender e a intimidar o indivíduo.

Ademais, deve ser observada nesta fase a possibilidade do acusado não produzir provas contra si mesmo, de modo que o seu silêncio perante o Juízo não possa ser interpretado em seu desfavor, mas sim como uma escolha do acusado de não causar prejuízos a si próprio.

Neste sentido, entende Nucci (2013, p. 90-91):

O interrogatório é ato procedimental em que se propicia ao indiciado ou acusado o momento formal e pessoal para fornecer sua versão acerca da imputação criminal formulada na investigação ou na ação penal. [...] Para alguns, trata-se primordialmente de meio de prova [...] para outros, meio de defesa. [...] em nossa visão, o interrogatório é, fundamentalmente, um meio de defesa. Em segundo plano, trata-se de um meio de prova. Meio de defesa, essencialmente, porque é a primeira oportunidade do acusado para ser ouvido, garantindo-se a sua autodefesa, quando pode narrar a sua versão do fato, negando (ou afirmando) a autoria, além de indicar provas em seu favor. Poderá, ainda, calar-se, sem que se possa extrair daí qualquer prejuízo à sua defesa, ou então, é possível que assuma a prática do delito [...]. Tal foco (meio de defesa), eleva-se quando o procedimento prevê a inquirição do acusado ao final da instrução, quando todas as provas já foram colhidas.²⁷

Outra característica importante a ser mencionada é o fato de a confissão do acusado não ser tratada como uma “prova superior” às outras como ocorre nos sistemas penais inquisitivos, de forma que ocorrendo a confissão, o Magistrado deve se certificar dos fatos narrados, bem como associar com as demais provas adquiridas na instrução processual, e, apenas se estas estiverem em consonância, o Juiz poderá elevá-la como prova.

Por fim, a principal característica e consequência do princípio da presunção de inocência como regra de tratamento é o reconhecimento da excepcionalidade da prisão preventiva como instrumento processual.

Neste sentido, afirma Gomes (1998, p. 155):

²⁷NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 90-91.

[...] como regra de tratamento, a presunção de inocência comporta a proibição de que as medidas cautelares e, em especial, a prisão preventiva sejam utilizadas como castigos, isto é, que, mais além de sua finalidade de asseguramento do escopo processual, sejam utilizadas para infligir ao acusado, antecipadamente, a pena.²⁸

Neste sentido, as prisões provisórias, em especial a prisão preventiva, em modelos processuais penais regidos pela presunção de inocência deveria ser utilizada apenas em casos excepcionais, embora alguns autores como Luigi Ferrajoli defenda que toda forma de prisão cautelar seja uma forma de violação ao referido preceito, visto que qualquer medida restritiva de direitos anterior à condenação com trânsito em julgado do acusado seria uma forma de afronta ao estado de inocência.

²⁸ GOMES, op. cit., p. 155, nota 24.

2. A PRISÃO PREVENTIVA

2.1 PRISÃO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O termo prisão consiste no cerceamento da liberdade de ir e vir por meio do recolhimento do indivíduo ao cárcere em resposta ao cometimento de um ato ilícito previsto em lei.

Tal restrição de liberdade pode advir de decisão condenatória transitada em julgado, que é a chamada prisão pena, regulada pelo Código Penal, com o respectivo sistema de cumprimento, que é verdadeira prisão satisfativa, em resposta estatal ao delito ocorrido²⁹, bem como existe a possibilidade da prisão processual, prevista no Código Processual Penal, também conhecida por prisão cautelar, provisória ou processual, que milita no âmbito da excepcionalidade³⁰, uma vez que pode ocorrer antes de sentença com trânsito em julgado em virtude da necessidade de aprisionamento do acusado que pode trazer riscos à sociedade se for mantido em liberdade.

A prisão tem como fundamento o artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal Brasileira que dispõe que “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;” (BRASIL, 1988).

Da mesma forma, os incisos LXII, LXIII, LXIV e LXV do mesmo art. 5º da CF regulam a forma pela qual as prisões devem ocorrer, *in verbis*:

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

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

²⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Editora Juspodivm. 10ª edição. Salvador. 2015. P. 817.

³⁰ Ibid. p. 817.

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

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

Dessa forma, conforme se estabelece na Constituição, tem-se que a prisão do indivíduo só pode ser efetuada em casos legalmente estabelecidos e mediante ordem de autoridade competente, com a exceção da prisão em flagrante.

Do mesmo modo é obrigatório que toda prisão seja fiscalizada por um juiz de direito, sendo considerado abuso de poder a prisão ilegal que não é relaxada, bem como a prisão legal que não é comunicada ao magistrado.

Diante disso, o objeto do presente trabalho é a análise de uma das modalidades da prisão *ad custodiam*³¹ ou prisão cautelar, mais especificamente, a prisão preventiva, bem como sua possível colisão com o princípio constitucional da presunção de inocência.

2.2 MEDIDAS CAUTELARES

No processo penal, as medidas cautelares se caracterizam como ações que objetivam assegurar a apuração do delito e a aplicação da lei penal, de modo a prevenir a interferência de qualquer pessoa que possa vir a prejudicar a investigação, se justificando no *fumus commissi delicti* e no *periculum in mora*.

O *fumus commissi delicti*, também conhecido como “fumaça de um crime”, diz respeito à probabilidade do determinado delito ter sido praticado pelo acusado, ou seja, exige que tenha indícios suficientes de autoria, e provas da existência do crime.

Dessa forma, não se faz necessário a obtenção de provas robustas de que o referido crime foi praticado por determinada pessoa, bastando indícios que fazem

³¹É a prisão cautelar, processual ou pré-cautelar (flagrante), que decorre de decisão fundamentada do juiz (prisão preventiva, prisão temporária) ou de permissivo constitucional (prisão em flagrante).

crer que o agente é o autor da infração penal, bem como a materialidade do crime estar comprovada.

Sobre o pressuposto, afirma Lopes Júnior (2017. p. 581-582):

:

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o requisito para a decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissidelict*, enquanto probabilidade de ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria.³²

Quanto ao *periculum in mora*, tem-se que consiste na probabilidade em que a demora da efetivação do direito penal pode prejudicar a investigação criminal e o devido processo legal, ou seja, o *periculum in mora* no processo penal assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição de prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito³³.

Tais medidas têm previsão no artigo 282 do Código de Processo Penal, devendo ser respeitado para a sua aplicação requisitos objetivos e subjetivos. Estes se referem à adequação da medida à gravidade do crime em apreço, enquanto aqueles consistem em apenas aplicar tais providências quando houver real necessidade para a concretização da lei penal.

Logo, seria ilegal a aplicação de medidas cautelares quando não forem necessárias ou quando excessivas diante das circunstâncias do fato, bem como das condições pessoais do acusado.

No que concerne aos requisitos formais, tais providências devem respeitar o disposto no §2º do art. 282do CPP de modo que só podem ser decretadas pelo Juiz de Direito de ofício ou a requerimento das partes, ainda podendo ser requerida por autoridade policial ou por representante do Ministério Público no decorrer da investigação criminal.

³²LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 581-582.

³³Ibid, p. 582.

É importante mencionar, ainda, que, diferentemente do que ocorre no processo civil, no processo penal, as medidas cautelares são ações autônomas, que não possuem procedimentos específicos, podendo ser aplicadas de modo isolado ou cumulativo, como expõe o art. 282, §1º do CPP: “as medidas cautelares poderão ser aplicadas isoladamente ou cumulativamente”.

Neste sentido, sabe-se que as medidas cautelares podem ser reais, quando se trata de situações de produção de prova antecipada ou pessoais, que se configuram no momento em que se restringe o direito de uma pessoa investigada ou processada para proteger a sociedade e a produção de provas durante a investigação criminal.

As medidas de caráter pessoal, mais conhecidas como prisões cautelares podem se externar por meio da prisão em flagrante, prisão temporária, prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível, prisão resultante de sentença de pronúncia, bem como da prisão preventiva, que é o objeto do presente trabalho e assunto do próximo tópico.

2.3 PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é um modelo de privação de liberdade de ir e vir, antes do trânsito em julgado do processo, que revela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade da fase de investigação e do processo³⁴.

Tal prisão é medida de exceção, devendo ser interpretada restritivamente, para compatibilizá-la com o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII da CF)³⁵, ou seja, apenas pode ser utilizada quando se mostrar a única maneira de satisfazer as necessidades da instrução processual.

³⁴ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015. P. 549.

³⁵TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10ª edição. Salvador: Juspdium, 2015. p. 848.

A privação de liberdade em apreço tem fundamento nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal Brasileiro, que foram modificados em 2011 pela Lei 12.403 pelo poder executivo.

Tais artigos preveem que a prisão preventiva pode ser decretada no curso da investigação preliminar ou do processo, inclusive após a sentença condenatória recorrível. Ademais, mesmo na fase recursal, se houver necessidade real, poderá ser decretada a prisão preventiva³⁶.

Outrossim, a prisão preventiva só pode ser fixada por meio de decisão fundamentada de Magistrado ou Tribunal competente com base em pedido expresso do órgão ministerial por meio de representação de autoridade policial, ou por requerimento do querelante, conforme dispõe o art. 311 do CPP.

2.3.1 REQUISITOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Tomando como partida o artigo 312 do Código de Processo Penal, os pressupostos para a decretação da prisão preventiva em face de uma pessoa presumidamente inocente, assim como das medidas cautelares em geral, é o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Como já mencionado anteriormente, o *fumus commissi delicti*, disposto no art. 312 do CPP exige “prova da existência do crime e indícios de autoria”³⁷ (BRASIL, 1941), de modo que o que deve ser relevante é verificar se há um razoável prognóstico de probabilidade, no estado do ato, de culpabilidade do agente³⁸.

Sobre o assunto, trago entendimento do autor De Mendonça (2016. p.329):

³⁶LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 629/630, nota 32.

³⁷ BRASIL, **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei 3.689. 1941

³⁸DE MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão preventiva na Lei 12.403/2011**: Análise de acordo com modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Salvador: Jospodum, 2016. p.329.

Conforme lecionam as cortes internacionais de direitos humanos para que não seja arbitrária, a prisão somente pode ser admitida se houver razoável probabilidade da prática de uma infração, apta a convencer um observador imparcial. Nesse sentido, a Corte Interamericana afirmou que a suspeita deve estar fundada em fatos específicos e articulados em palavras – e não em meras conjecturas ou intuições abstratas. O Estado, portanto, não deve prender para investigar, mas, ao contrário, somente será autorizado a privar a liberdade de uma pessoa quando tiver conhecimentos suficientes para levá-lo em juízo.³⁹

Dessa forma, tem-se que o *fumus commisi delicti* exige para a decretação da prisão preventiva informações advindas de investigação, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapaixonado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto⁴⁰.

Logo, tendo em vista a gravidade da medida de privação da liberdade de ir e vir do indivíduo, para que seja decretada a referida prisão deve-se ter, ao menos, um juízo de probabilidade, uma vez que, nestes casos, em regra não há como se falar em juízo de certeza.

Nas palavras de Lopes Júnior (2017), a probabilidade significa a existência de uma fumaça densa de todos os requisitos positivos e, por consequência, da inexistência de verossimilhança dos requisitos negativos do delito⁴¹.

Tais requisitos positivos citados pelo autor dizem respeito a conduta realizada pelo sujeito ser típica, ilícita e culpável, de modo que não podem existir (no mesmo nível de aparência) causas de exclusão da ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, etc) ou de exclusão de culpabilidade (inexigibilidade de conduta adversa, erro de proibição etc)⁴².

Diante disso, tem-se que se houver a possibilidade da conduta ter sido cometida mediante algum excludente de culpabilidade, tipicidade ou ilicitude não se mostra plausível a decretação da prisão preventiva, tendo em vista a grande possibilidade de o agente ser absolvido no fim do processo.

³⁹DE MENDONÇA, op. cit., p. 330, nota 38.

⁴⁰LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 631, nota 32.

⁴¹LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 632, nota 32.

⁴²LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 633, nota 32.

Ademais, é importante destacar que conforme dispõe o artigo 313, I do CPP, a *contrario sensu*, não se pode decretar prisão preventiva para crimes culposos ou crimes com penas inferiores a 04 (quatro) anos de reclusão, ainda que se fundamente em torno de algum dos requisitos do art. 312 do CPP.

Isto porque, quando se trata destas hipóteses, o próprio Código Penal Brasileiro, em seus artigos 33, §2º, “c” e art. 44, inciso I, exige a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, de modo que visando a coerência e harmonia entre os Códigos Penal e Processual penal, foi instituído este limite.

Desta maneira argumenta Lopes Júnior (2017, p.639), vejamos:

Ora, se o réu, nestes casos, ainda que ao final do processo venha a ser condenado, não será submetido a prisão, como justificar uma prisão cautelar? Como legitimar uma prisão preventiva nos casos em que, ainda que condenado no final, o réu não será preso? Foi para resolver esse grave paradoxo que o art. 313, I, estabeleceu esse limite de pena. Portanto, nada de novo, apenas uma questão de sistematização entre os Códigos Penal e Processual Penal.⁴³

Prosseguindo, outro requisito extraído do artigo 312 do CPP é o *Periculum Libertatis*, que requer a demonstração da necessidade da prisão do sujeito em razão do perigo que sua liberdade pode gerar para o processo, ou seja, é o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP como risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a lei penal⁴⁴.

2.3.2 AS HIPÓTESES DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Além dos indícios de autoria e provas de materialidade do delito, para a decretação da prisão preventiva se faz necessária à presença de um motivo claro, ou seja, é imprescindível que se apresente um fato gerador que justifique a necessidade de tal medida.

⁴³LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 639, nota 32.

⁴⁴LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 634-635, nota 32.

Por conta disso, os artigos 312, e 313 estabelecem as hipóteses que dão razão para a privação da liberdade do sujeito. Se a prisão, quanto ao seu fundamento, deve estar pautada na extrema necessidade, a legislação preocupou-se em preestabelecer quais os fatores que representam o perigo da liberdade do agente⁴⁵.

2.3.2.1 GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

O artigo 312 do CPP prevê como uma das hipóteses de decretação da prisão preventiva a garantia da ordem pública. Tal termo, certamente o mais polêmico e discutido pela doutrina e jurisprudência dentre todas as hipóteses, não possui um conceito exato, o que, para muitos, coloca em prova a sua constitucionalidade.

Sobre essa questão, entende-se existir três correntes. A primeira acredita ser a decretação da prisão preventiva com fundamento na ordem econômica inconstitucional, sob o argumento de que nessa hipótese o encarceramento provisório não tem nenhum caráter cautelar, mas que seria um instrumento de abuso de poder e violação do princípio da presunção de inocência.

Filiado a referida corrente, Lopes Júnior (2017, p.646) disserta:

Grave problema encerra ainda a prisão para a garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha na década de 30, período em que o nazifacismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão “bem” sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes.⁴⁶

O autor afirma ainda que muitas vezes esse termo vago se confunde com a ideia de “clamor público”, principalmente quando se refere das apelações e manipulações midiáticas:

O “clamor público”, tão usado para fundamentar a prisão preventiva, acaba se confundindo com opinião pública, ou menor, com a opinião “publicada”.

⁴⁵ TÁVORA, op. cit., p. 849, nota 35.

⁴⁶ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 646, nota 32.

Há que se atentar para uma interessante manobra feita rotineiramente: explora-se, midiaticamente, um determinado fato (uma das muitas “operações” com nomes sedutores, o que não deixa de ser uma interessante manobra de marketing policial), muitas vezes com proposital vazamento de informações, gravações telefônicas e outras provas colhidas, para colocar o fato na pauta pública de discussão (a conhecida teoria do agendamento).⁴⁷

Desta maneira, esse modelo de pensamento entende que a prisão preventiva fundamentada na ordem pública perde o seu caráter instrumental e seu real objetivo – a tutela do processo – tornando-se uma forma de pena antecipada inconstitucional, uma vez que levando em conta a natureza dos direitos limitados (liberdade e presunção de inocência), é absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva que amplie o conceito de cautelar até o ponto de transformá-la em medida de segurança pública⁴⁸.

Em contrapartida, a corrente seguida por autores como Nucci (2013) entende ser a garantia da ordem pública uma hipótese interpretação ampla e flexível que pode ser idealizada por fatores como a gravidade concreta da infração + repercussão social + periculosidade do agente⁴⁹. Segundo o referido autor entende-se pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito⁵⁰.

Sendo assim, a gravidade do delito, a intranquilidade social da população após o crime, bem como a periculosidade do sujeito, que poderia ser identificada por meio de uma análise de seus antecedentes criminais e pela forma de execução do crime, em conjunto, ou separadamente, seriam suficientes para autorizar de forma constitucional a prisão cautelar.

Sobre isso, o autor destaca:

É preciso apenas bom senso para distinguir quando há estardalhaço indevido sobre um determinado crime, inexistindo abalo real à ordem publicam, da situação de divulgação real da intranquilidade da população após o cometimento de grave infração penal. Outro fator responsável pela repercussão social que a prática de um crime adquire é a periculosidade

⁴⁷ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 647, nota 32.

⁴⁸ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 648, nota 32.

⁴⁹ NUCCI, op. cit., p. 553, nota 27.

⁵⁰ NUCCI, op. cit., p. 553, nota 27.

(probabilidade de tornar a cometer delitos) demonstrada pelo indiciado ou réu e apurada pela análise de seus antecedentes e pela maneira de execução do crime. Assim, é indiscutível que pode ser decretada a prisão preventiva daquele que ostenta, por exemplo, péssimos antecedentes, associando a isso a crueldade particular com que executou o crime.⁵¹

Prosseguindo, deve-se mencionar a corrente intermediária e de melhor aplicabilidade que entende que a gravidade do crime e sua respectiva repercussão na sociedade não são motivos idôneos para a decretação da prisão preventiva, mas que a ordem pública estaria em perigo quando o criminoso simboliza um risco, pela possível prática de novas infrações, caso permaneça em liberdade⁵².

Neste sentido, afirma Távora (2015, p. 849):

A ordem pública é expressão de tranqüilidade e paz no seio social. Em havendo risco demonstrado que o infrator, se solto permanecer, continuará delinqüindo, é sinal de que a prisão cautelar se faz necessária, pois não se pode esperar o trânsito em julgado da sentença condenatória. É necessário que se comprove este risco. As expressos usaisporém evasivas, sem nenhuma demonstração probatória, de que o indivíduo é um criminoso contumaz, possuidor de uma personalidade voltada para o crime, etc., não se prestam, sem verificação, a autorizar o encarceramento. [...] Obriga-se assim ao magistrado contextualizar a prisão e seu fundamento.⁵³

Isto posto, deve-se ainda mencionar que o encarceramento preventivo nunca poderá ser decretado com a finalidade de preservação da integridade do próprio suspeito. É entendimento pacificado na jurisprudência e na doutrina que a prisão não pode significar fator de preservação da integridade física do criminoso, cabendo ao Estado promover as condições necessárias para assegurá-la⁵⁴.

2.3.2.2 GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA

A prisão preventiva decretada com fundamento na ordem econômica visa coibir os abusos à ordem econômica, ou seja, evitar que o indivíduo, se solto estiver, continue a praticar novas infrações afetando a ordem econômica⁵⁵.

⁵¹ NUCCI, op. cit., p. 554, nota 27.

⁵² TÁVORA, op. cit., p. 850, nota 35.

⁵³ TÁVORA, op. cit., p. 849, nota 35.

⁵⁴ TÁVORA, op. cit., p.851, nota 35.

⁵⁵ TÁVORA, op. cit., p.851, nota 35.

O cárcere preventivo mediante a referida motivação, embora constantemente utilizada nos tribunais, é muito criticado por grande parte da doutrina, uma vez que tal fundamento afastaria por completo o real objetivo da prisão preventiva, que é a tutela do processo, prendendo antecipadamente um sujeito por um possível crime a ser cometido no futuro, e não para proteger as investigações, etc, tornando-se assim uma medida de segurança.

Dessa maneira disserta Delmanto Júnior (2001, p. 652):

Não resta dúvida de que nessas hipóteses a prisão provisória afasta-se, por completo, de sua natureza cautelar instrumental e/ou final, transformando-se em meio de prevenção especial e geral e, portanto, em punição antecipada, uma vez que uma medida cautelar jamais pode ter como finalidade a punição e a ressocialização do acusado para que não mais infrinja a lei penal, bem como o conseqüente desestímulo de outras pessoas ao cometimento de crimes semelhantes, fins exclusivos da sanção criminal.⁵⁶

Neste sentido, tais autores acreditam que, assim como a preventiva fundamentada na garantia da ordem pública, o cárcere provisório motivado na garantia da ordem econômica possui um defeito genético: não são cautelares. Portanto, substancialmente inconstitucionais⁵⁷.

2.3.2.3 CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL

Superada a discussão sob a decretação da prisão preventiva como garantia da ordem pública e econômica, cumpre agora analisar a hipótese de conveniência da instrução criminal, que segundo Nestor Távora pode ser definido como a tutela da livre produção probatória, impedindo que o agente destrua provas, ameace testemunhas, ou comprometa de qualquer maneira a busca da verdade⁵⁸.

Dessa forma, priva-se a liberdade do suspeito com o objetivo de proteger as investigações, de modo que o indivíduo não consiga atrapalhar a instrução criminal,

⁵⁶ DELMANTO JÚNIOR, op. cit., p.652, nota 15.

⁵⁷ LOPES JÚNIOR, op. cit., p.650, nota 32.

⁵⁸ TÁVORA, op. cit., p.850, nota 35.

a produção de provas, bem como busca impedir que o sujeito ameace testemunhas, mude a cena do crime, dentre outras possíveis formas de dificultar a eficácia do processo penal.

Quanto à cautelaridade desta medida não existem dúvidas ou polêmicas na doutrina e jurisprudência, contudo, no que concerne a esta hipótese de decretação de prisão preventiva, muito se discute sobre a necessidade ou não do cárcere nestes casos, alegando para isso existirem outras alternativas de tutelar o processo menos drásticas e custosas para o Estado e para a sociedade.

Tais autores acreditam que outras medidas cautelares dispostas no art. 319 do CPP, por exemplo, como o isolamento do suspeito pelo tempo necessário para a escuta de testemunhas e averiguação do local do delito, o monitoramento eletrônico, a proibição de acesso a determinados lugares, o impedimento do indivíduo se aproximar da vítima seriam possíveis alternativas ao cárcere que teriam grandes chances de ter mais eficácia.

Sobre o que foi dito, Lopes Júnior (2015. p. 657), afirma:

Mantê-lo preso representa apenas constrangimento e cerceamento de defesa, pois o detido tem suas possibilidades de defesa reduzidas ao extremo, inclusive permitindo que a acusação e a vítima possam – esses sim – manipular a prova. Ou, por acaso, o acusador público ou privado está imune a esse tipo de tentação? No sistema acusatório, o contraditório é essencial, e o combate livre e aberto, em igualdade de armas, cai por terra com o acusado preso. Sem falar que a prisão cautelar conduz a uma verdadeira “presunção de culpabilidade” extremamente prejudicial para o processo.

Também a tutela da prova deve caminhar no sentido de maior cientificidade da própria investigação e coleta de indícios. Quanto mais eficiente forem a política científica e técnicas de recolhimento de provas, menor é o tempo necessário para a apuração do fato e menores são os riscos de manipulação ou destruição por parte do suspeito.⁵⁹

Diante disso, entende-se que em muitas vezes a prisão preventiva, mesmo não sendo a melhor e mais eficaz alternativa, acaba sendo escolhida em razão da incompetência do Estado em resolver os conflitos da sociedade de forma rápida e

⁵⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 657.

eficiente, de modo que se mostra muito mais conveniente aprisionar o suspeito do que monitorá-lo fora do cárcere.

Certamente, existem casos excepcionais em que não há alternativas a não ser a decretação da prisão preventiva, não só pela tutela do processo penal, mas em especial pela proteção das vítimas e da sociedade. Contudo, o que se traz neste tópico é que no que se refere a tutela da prova, existem outras formas e instrumentos que permitam sua coleta segura com um custo (social e para o imputado) infinitamente menor que uma prisão cautelar⁶⁰.

2.3.2.4 GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL

No que concerne à garantia da aplicação da lei penal evita-se aqui a fuga do agente, impedindo o sumiço do autor do fato, que deseja eximir-se de eventual cumprimento da sanção penal. Deve haver demonstração fundada quanto à possibilidade da fuga⁶¹.

Deve-se aqui destacar ainda que a mera possibilidade de fuga do suspeito, ou sua ausência em atos processuais, como por exemplo, o interrogatório, isoladamente, não são motivos suficientes para a decretação da prisão preventiva.

Assim como na conveniência da instrução criminal, aqui se discute o fato da real necessidade nestes casos da medida mais grave que é a privação da liberdade de ir e vir. Isto porque, embora em muitos casos tal providência seja a mais prudente e correta a ser tomada, em outros, medidas cautelares alternativas a prisão seriam mais viáveis.

Dessa forma, pode-se afirmar que existem outras opções para se assegurar o comparecimento do acusado, proporcionais e adequadas à situação. Em caso de

⁶⁰ Ibid. p. 658.

⁶¹ TÁVORA, op. cit., p.850, nota 35.

violação desses deveres, demonstrando a intenção de fugir, teríamos uma prova válida e suficiente para se falar em prisão decorrente do perigo de fuga⁶².

Sendo assim, cabe ao Juiz analisar de forma racional o caso concreto e decidir de forma devidamente motivada se a prisão preventiva é de fato necessária ou se outras medidas cautelares dispostas no artigo 319 do CPP seriam igualmente eficazes e menos agressivas que o cárcere.

2.3.2.5 DESCUMPRIMENTO DE OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES

O artigo 319 do Código de Processo Penal Brasileiro dispõe um rol de medidas cautelares menos gravosas diversas da prisão que permitem a liberdade de ir e vir do indivíduo com algumas restrições de direitos.

Diante disso, o artigo 282, §4º do CPP, com a nova redação dada pela Lei nº 12.403 de 2011, prevendo a última hipótese de decretação da prisão preventiva que seria a substituição da medida cautelar por outra diversa, – em último caso pela prisão – em razão do descumprimento de qualquer das obrigações impostas pelo Juiz, *in verbis*:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).⁶³

Desta maneira, discorre Lopes Junior (2015, p. 659):

:

Quanto ao limite da pena, ainda que se afaste a incidência do art. 313 (para aplica-las a crimes cuja pena máxima é igual ou inferior a 4 anos) não se tem como fugir dos princípios da excepcionalidade e proporcionalidade que pautam a aplicação de toda e qualquer medida cautelar.⁶⁴

⁶² LOPES JÚNIOR, op. cit., p.659, nota 59.

⁶³ BRASIL, **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, 1941.

⁶⁴ LOPES JÚNIOR, op. cit., p.659, nota 59.

Diante disso, observando os princípios da proporcionalidade e excepcionalidade, bem como respeitando os limites estabelecidos pelo Código Penal para a aplicação de prisão preventiva – apenas para crimes dolosos com pena superior a 04 (quatro) anos de reclusão (art. 313, I do CP)–tem-se que a prisão preventiva pode e deve ser aplicada quando não respeitadas medidas cautelares diversas a ela.

2.3.3 MODELOS DE PRISÃO PREVENTIVA

2.3.3.1 PRISÃO PREVENTIVA ORIGINÁRIA

A prisão preventiva originária é a mais comum, que ocorre mediante os requisitos já mencionados acima, quais sejam, *periculum libertatis* e *fumus commissi delicti* e tem como condições de admissibilidade as hipóteses dispostas no art. 313, I e II do CPP

Este é o modelo tradicional, a regra geral, em que se aplicam todas as características dispostas nos tópicos anteriores. Este é o modelo paradigmático, do qual verificaremos as particularidades que caracterizam as outras espécies de prisão preventiva⁶⁵.

2.3.3.2 PRISÃO PREVENTIVA DERIVADA OU SUBSTITUTIVA DE PRISÃO EM FLAGRANTE

A prisão preventiva derivada da prisão em flagrante está disposta no artigo 310, inciso II do CPP, o qual prevê, *in verbis*:

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

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

⁶⁵ DE MENDONÇA, op. cit., p.387, nota 38.

Dessa forma, com a alteração da Lei 12.403/11, preenchidos os requisitos do artigo 312 do CPP e quando não forem suficientes as demais medidas cautelares dispostas no artigo 319 do Código de Processo Penal, de forma devidamente fundamentada a prisão em flagrante deve ser convertida em prisão preventiva.

Nas palavras de De Mendonça (2016), a referida Lei findou, portanto, a possibilidade de a prisão em flagrante ser título apto a justificar a prisão cautelar ao longo do processo⁶⁶, uma vez que o flagrante por si só não é motivo de conversão em preventiva, passando a exigir fundamentação que justifique a real necessidade da decretação da prisão provisória e não de outras medidas cautelares mais brandas e diversas do cárcere.

Em relação às condições de admissibilidade, a única singularidade da prisão preventiva derivada do flagrante em razão à prisão preventiva originária é que a probabilidade da prática da infração penal (*fumus commissi delicti*) pelo detido é bastante anta, em razão da visibilidade do delito. Em relação ao *periculum libertatis* não há qualquer particularidade [...] ⁶⁷.

2.3.3.3 PRISÃO PREVENTIVA ESCLARECEDORA DE ACUSADO NÃO IDENTIFICADO

A Lei 12.403/11 acrescentou no parágrafo único do art. 313 do CPP uma hipótese de prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida⁶⁸.

No que concerne a referida hipótese, tem-se que sua função é bastante específica, pois se trata de uma espécie de prisão preventiva vocacionada para auxiliar na

⁶⁶ DE MENDONÇA, op. cit., p.387, nota 38.

⁶⁷ DE MENDONÇA, op. cit., p.395, nota 38.

⁶⁸ BRASIL, **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei 3.689. 1941

identificação do agente⁶⁹. Neste sentido, a prisão deve durar o tempo necessário para que seja identificado o agente, de forma que possui uma provisoriedade mais restrita com uma limitação temporal mais delimitada.

Quanto às condições de admissibilidade da referida espécie de prisão, De Mendonça (2016, p. 416) dispõe:

Sobre o *fumus commissi delicti*, deve haver prova de materialidade e indícios de autoria. Não é admissível a referida prisão preventiva se inexistirem indícios da prática de infração penal pelo autor, o que afasta malfadada prisão para averiguação ou a prisão pelo simples fato de o agente estar “indocumentado”. [...] O *periculum libertatis* desta prisão é o seguinte: “se houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la”. Conforme visto acima, é uma espécie autônoma de prisão preventiva e não mera especificação de fundamento existente, sendo situação com algum colorido especial.⁷⁰

Quanto ao procedimento, esta espécie de prisão pode ser aplicada tanto na fase policial quanto judicial. Somente o Juiz poderá decretá-la previamente, não se admitindo mera ratificação da detenção policial⁷¹.

2.3.3.4 PRISÃO PREVENTIVA SANCIONATÓRIA OU REPRESSIVA

A prisão preventiva sancionatória ou repressiva foi outra espécie de prisão introduzida pela Lei 12.403/11. Ela se origina da combinação dos artigos 312 e 282, §4º do CPP, que dispõem, in verbis:

Art. 312. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).⁷²

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em

⁶⁹ DE MENDONÇA, op. cit., p. 411, nota 38.

⁷⁰ DE MENDONÇA, op. cit., p.416, nota 38.

⁷¹ DE MENDONÇA, op. cit., p.419, nota 38.

⁷² BRASIL, **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei 3.689. 1941.

cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).⁷³

Deste modo, a referida prisão ocorre em decorrência do descumprimento de outras obrigações impostas ao acusado, de modo que a prisão preventiva no presente caso tem como finalidade assegurar a efetividade das demais medidas cautelares.⁷⁴

Logo, é uma medida que visa assegurar o sistema das cautelares, tendo em vista que é aplicada quando a medida passa a se mostrar insuficiente, sendo necessária a previsão de um “soldado de reserva”, para garantir que a proteção aos fins seja alcançada. É, portanto, uma tutela de segundo grau, pois atua em razão de uma tutela anterior, que se mostrou insuficiente.⁷⁵

Quanto ao *fumus commissi delicti* da referida espécie de preventiva, De Mendonça (2016, 433), afirma:

O *fumus commissi delicti* é semelhante às demais espécies de prisão. Porém, duas considerações são importantes. A primeira é de que não se pode extrair do descumprimento da medida “sintomas” de autoria, pois não há relação lógica entre a desobediência de uma medida e o reconhecimento da responsabilidade pelo delito. A segunda é que o magistrado, ao decretar uma prisão, deve respeitar um nível de cognição mais profundo do que em relação às medidas do art. 319 do CP. Isto porque, “quanto mais restritiva seja a medida, maior grau de imputação deve reclamar”, de sorte que previamente à decretação da prisão preventiva, deve o magistrado considerar a probabilidade, naquele momento e no estado do ato, de condenação.⁷⁶

Ademais, no que concerne ao *periculum libertatis*, tem-se que neste caso é o descumprimento da medida cautelar alternativa ao cárcere que foi inicialmente aplicada, disposto no parágrafo único do artigo 312 do CPP.

2.3.3.5 PRISÃO PREVENTIVA PROTETIVA

⁷³ Ibid.

⁷⁴ FERNANDES, Antônio Scarence. A **fiança criminal e a Constituição Federal**. In: Revista dos Trin=bunais n. 67/254. Agosti/2001. Disponível na RT Online> www.revistadostribunais.com.br.

⁷⁵ DE MENDONÇA, op. cit., p.419, nota 38.

⁷⁶ DE MENDONÇA, op. cit., p.433, nota 38.

O referido modelo de encarceramento é voltado para a proteção da vítima que se encontra em estado de vulnerabilidade em relação ao acusado. Logo, é uma espécie de prisão preventiva vocacionada a uma situação específica (vítimas em situação de vulnerabilidade decorrente de violência doméstica) e para uma finalidade própria (proteção deste grupo de pessoas) ⁷⁷.

A natureza jurídica dessa prisão é semelhante a da prisão preventiva sancionatória, ou seja, visa desestimular determinados comportamentos e garantir imperatividade ao sistema⁷⁸. Entretanto, nesta hipótese o principal objetivo é proteger os direitos fundamentais da vítima que não tem condições de se defender sozinha, necessitando da interferência do Estado.

Quanto à condição de admissibilidade da referida espécie de prisão preventiva, De Mendonça (2016, p. 449), afirma:

Em relação à condição de admissibilidade desta prisão, é cabível, em princípio, em qualquer crime que envolva violência doméstica ou familiar, nos termos da parte inicial do inciso III do art. 313. Assim, também aqui é desnecessário que o delito tenha pena superior a quatro anos. De início, em razão da própria função da medida, reforçada pela sua natureza protetiva. [...] A única ressalva fica por conta do art. 283, §1º, que veda a decretação de prisão preventiva se na for cominada à infração penal, isolada, cumulativa ou alternativamente, pena privativa de liberdade.⁷⁹

Dessa forma, alguns doutrinadores entendem que, quando aplicada a prisão preventiva em situações que a pena final não ultrapassaria 04 (quatro) anos, tal medida seria inconstitucional, sob o argumento que a cautelar não pode ser mais gravosa do que a medida que será tomada após a condenação.

Em contrapartida, outros autores entendem que a proporcionalidade não pode ser analisada de maneira matemática, uma vez que existem outros interesses e preocupações a serem ponderados.

⁷⁷ DE MENDONÇA, op. cit., p.442, nota 38.

⁷⁸ DE MENDONÇA, op. cit., p.445, nota 38.

⁷⁹ DE MENDONÇA, op. cit., p.449, nota 38.

Nas palavras de Serrano (1990, p. 166), tem-se:

A proporcionalidade não pode ser medida simplesmente em atenção à duração da pena privativa de liberdade, pois não se trata de um princípio de aplicação matemática, sendo necessária a realização de uma ponderação de importância dos interesses dos cidadãos e do Estado no caso concreto, que pode justificar, em determinadas ocasiões, a adoção da medida, mesmo em crimes não gravemente apenados.⁸⁰

Diante disso, conclui-se que a prisão preventiva protetiva pode ser aplicada em casos de delitos cuja pena é igual ou inferior a quatro anos se comprovada a situação de hipossuficiência da vítima e concreto risco de dano na vida da mesma, sempre observando o princípio da proporcionalidade, para que o cárcere não dure mais do que o tempo necessário em que outras medidas mais brandas não surtiriam efeito de proteção a vítima.

⁸⁰ SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. **Proporcionalidad y derechos fundamentales em El proceso penal**. Madrid: Editorial Colex. 1990, p. 166.

3. PRISÃO PREVENTIVA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Com a consagração do princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988, originou-se uma complexa discussão de juristas e doutrinadores acerca da constitucionalidade ou não das prisões cautelares. A respeito de tal discussão, Machado (2005. p. 239-240), afirma:

Não obstante a adoção do princípio da inocência pelo legislador constituinte, o próprio texto constitucional vigente admitiu também a prisão provisória ou cautelar, ao lado daquele princípio, uma vez que permitiu a prisão —por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, inciso LXI), sem fazer qualquer restrição à oportunidade processual de tal medida cautelar — se antes, no curso ou no fim do processo. Tal significa dizer que, se a presunção de inocência é princípio com dignidade constitucional, as prisões cautelares também se encontram nesse patamar de hierarquia legislativa, e podem, portanto, conviver perfeitamente com esse princípio dentro do mesmo sistema constitucional. Logo, sob tal ponto de vista formal, não haveria nenhuma restrição jurídico-constitucional às prisões provisórias em face da presunção de inocência.⁸¹

Dessa forma, entende-se que a prisão cautelar, mais especificamente a prisão preventiva, objeto deste estudo, pode sim estar em conformidade com a Constituição, contando que esteja em acordo com os fins de instrumentalidade e proteção da persecução penal e respeitando o indivíduo, que nunca pode ser tratado como um objeto do processo, mas sim como um sujeito de direitos.

Diante disso, o art. 282, §6º do CPP é importante e consagra a prisão preventiva como último instrumento a ser utilizado, enfatizando a necessidade de análise sobre a adequação e suficiência das demais medidas cautelares⁸². Ou seja, tal medida deve ter caráter de excepcionalidade, uma vez que institui a restrição da liberdade de alguém antes de a sentença condenatória definitiva.

Logo, antes da aplicação desta medida mais gravosa, deve-se sempre tentar a aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão, levando em consideração que muitas vezes estas são mais eficazes — principalmente quando levada em consideração a péssima condição dos cárceres brasileiros — e menos gravosas e

⁸¹ MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 239-240.

⁸² LOPES JÚNIOR, op. cit., p.593, nota 32.

custosas para a sociedade, para o Estado e principalmente para o indivíduo, em conformidade com o artigo 310, inciso II do CPP.

Ademais, tendo em vista que tal discussão coloca em choque o direito à liberdade do indivíduo com o direito à segurança da vítima e da sociedade, bem como com o dever do Estado de punir aqueles que atentam contra a Lei Penal, entende-se que a melhor solução para este conflito seja a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Sobre a aplicação do referido princípio neste conflito, Lopes Júnior (2017, p.597) expõe:

O princípio da proporcionalidade vai nortear a conduta do juiz frente ao caso concreto, pois deverá ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, sem perder de vista a densidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. Deverá valorar se esses elementos justificam a gravidade das consequências do ato e a estigmatização jurídica e social que irá sofrer o acusado. Jamais uma medida cautelar poderá se converter em uma pena antecipada, sob pena de flagrante violação a presunção de inocência.⁸³

Sendo assim, deve-se considerar a imprescindível incidência do princípio da proporcionalidade – sempre conectado que está ao valor da dignidade da pessoa humana – quando da aplicação da prisão cautelar⁸⁴, por meio da análise dos três subprincípios, quais sejam, a adequação, a necessidade, e a proporcionalidade em sentido estrito.

No que se refere à adequação, tem-se que além da observância dos requisitos legais dispostos no Código de Processo Penal, o Juiz, diante do caso concreto, deve averiguar se a prisão preventiva é a medida mais adequada para atingir o fim desejado, ou seja, se quaisquer das medidas previstas no art. 319 do CPP se apresentar igualmente apta e menos onerosa para o imputado, ela deve ser adotada, reservando a prisão para os casos graves, como *ultima ratio* do sistema.⁸⁵

Neste viés, o subprincípio da necessidade faz com que o magistrado analise se o cerceamento da liberdade de ir e vir e de conviver em sociedade é de fato

⁸³ LOPES JÚNIOR, op. cit., p.597, nota 32.

⁸⁴ LOPES JÚNIOR, op. cit., p.597, nota 32.

⁸⁵ LOPES JÚNIOR, op. cit., p.596, nota 32.

indispensável, ou seja, preconiza que a medida não deve exceder o imprescindível para a realização do resultado que almeja⁸⁶.

Já a proporcionalidade em sentido estrito propõe que o juiz deve observar os prejuízos impostos ao suspeito e os benefícios trazidos com a prisão deste para concluir qual o melhor caminho a se tomar.

Sobre isso, dispõe Guerra Filho (1977, p.28):

A proporcionalidade em sentido estrito importa na correspondência entre meio e fim, o que requer o exame de como se estabeleceu a relação entre um e outro, com 'sopesamento' de sua recíproca adequação, colocando, de um lado, o interesse no bem-estar da comunidade, e, de outro, as garantias dos indivíduos que a integram, a fim de evitar que se beneficie demasiadamente um em detrimento do outro.⁸⁷

Logo, conclui-se que a decretação de prisão preventiva deve sempre observar se esta determinação é a mais adequada ao caso concreto, se realmente há necessidade a incidência desta medida, bem como sopesar os bens que estão em análise: o custo de submeter alguém que é presumidamente inocente em uma prisão com os elementos probatórios existentes ou com o perigo de deixar o indivíduo em liberdade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, portanto, entende-se que o princípio da presunção de inocência está disposto na Constituição Federal Brasileira em seu artigo 5º, LVII e no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, mostrando-se como uma limitação às prisões provisórias.

A referida garantia processual penal prevê que o Estado deve considerar a inocência da pessoa humana como regra, impondo um dever de tratamento ao indivíduo de

⁸⁶ SOUZA DE OLIVEIRA, Fábio Corrêa. **Por uma Teoria dos Princípios** – O Princípio Constitucional da razoabilidade. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2003, p.321.

⁸⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade**. In: Dos direitos humanos aos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1977, p.28.

modo a restringir o abuso das prisões cautelares (forma interna) e estabelecer uma proteção à publicidade abusiva e à condenação precoce que a mídia promove sobre o réu (forma externa).

Em contrapartida, a prisão preventiva é uma medida cautelar que objetiva tutelar a persecução penal, de modo a impedir que eventuais condutas do possível autor do delito, ou terceiros interessados, coloquem em risco a eficácia das investigações e a efetividade processual.

De mais a mais, a preventiva só pode ser decretada sob fundamento dos requisitos previstos em lei, dispostos nos artigos 311 a 316 do CPP, de forma que deve ser aplicada de modo excepcional e em caráter cautelar, nunca se apresentando como uma antecipação da pena.

Outrossim, tal medida cautelar só pode ser fixada por meio de decisão fundamentada por Magistrado ou Tribunal competente com base em pedido expresso do órgão ministerial por meio de representação de autoridade policial, ou por requerimento do querelante, conforme dispõe o art. 311 do CPP.

O artigo 312 do Código de Processo Penal traz os pressupostos para a decretação da prisão preventiva em face de uma pessoa presumidamente inocente, quais sejam o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Este consiste no perigo que a liberdade do indivíduo representa para a vítima, para a sociedade ou ainda para o processo, enquanto aquele se funda na prova da existência do crime e indícios de autoria.

Embora a coexistência de ambos os institutos seja complexa, conclui-se que é possível e constitucional quando aplicado o princípio da proporcionalidade no caso concreto, de modo que a prisão preventiva vai se justificar somente quando se mostrar ser a única forma de preservação da investigação criminal, ou seja, quando outras medidas cautelares alternativas ao cárcere não forem suficientes para assegurar o cumprimento da Lei Penal, bem como quando a sua decretação trazer menos ônus do que a liberdade do indivíduo.

Por fim, é de suma importância mencionar que, embora a decretação da prisão preventiva seja constitucional e necessária em casos excepcionais, a forma com que ela vem sendo aplicada no Brasil é completamente ilegal e empoderadora da seletividade penal, uma vez que na grande maioria das vezes pessoas – em sua maioria pobres e sem instrução - são presas preventivamente por crimes contra o patrimônio em que mesmo que sejam condenados, a pena definitiva não permitiria o regime fechado.

Pelo exposto, tem-se que a prisão preventiva é constitucional, contudo deve haver uma mudança radical na forma que vem sendo aplicada, para que esta medida cautelar seja uma forma de ressocialização do indivíduo e de proteção do processo penal, e não mais um instrumento de seletividade penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei 3.689. 1941.

BRASIL. **Constituição Federativa da República Brasileira**. 1988.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro. Renovar. 2001.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Revista dos tribunais. 2011.

FERNANDES, Antônio Scarence. A fiança criminal e a Constituição Federal. In: **Revista dos Tribunais** n. 67/254. Agosto/2001. Disponível na RT Online > www.revistadostribunais.com.br.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 4ª ed. rev. São Paulo: Ed.Revista dos Tribunais, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Estudo de Direito Penal e Processual Penal**. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. Ed. Revista dos Tribunais. 1998.

GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de direito penal e processo penal**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1999.

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

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Prisão cautelar e presunção de inocência**. Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, Fabris, 1992.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1977

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Direito Processual Penal**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica**. 5ª edição, revista ampliada – São Paulo: Atlas, 2010.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Monet. **Curso de Direito Constitucional**. 10 edição. São Paulo: Saraiva. 2015.

DE MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão preventiva na Lei 12.403/2011: Análise de acordo com modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos**. Salvador: Jospodum, 2016.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MOTA, Maurício; MOTTA, Luiz Eduardo. **O Estado Democrático de Direito em Questão**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ONU, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948.

ONU, **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**. 1966.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. **Proporcionalidad y derechos fundamentales em El proceso penal**. Madrid: Editorial Colex. 1990.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª Ed. Brasil: Malheiros, 204.

SOUZA DE OLIVEIRA, Fábio Corrêa. **Por uma Teoria dos Princípios – O Princípio Constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Editora Juspodivm. 10ª edição. 2015.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.