



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

ADOLFO SHIOKAWA NAXARA FREITAS

**PRISÃO PREVENTIVA: O CONFRONTO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO
INDIVÍDUO E O DIREITO À SEGURANÇA DE TODA A SOCIEDADE**

**Assis/SP
2018**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

ADOLFO SHIOKAWA NAXARA FREITAS

**PRISÃO PREVENTIVA: O CONFRONTO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO
INDIVÍDUO E O DIREITO À SEGURANÇA DE TODA A SOCIEDADE**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito o Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

**Orientando: Adolfo Shiokawa Naxara Freitas
Orientadora: Márcia Valéria Seródio Carbone**

**Assis/SP
2018**

FICHA CATALOGRÁFICA

FREITAS, Adolfo.

PRISÃO PREVENTIVA: O CONFRONTO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO E O DIREITO À SEGURANÇA DE TODA A SOCIEDADE / Adolfo Shiokawa Naxara Freitas - Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2018.

Número de páginas: 61.

1. Prisão preventiva. 2. Direitos Fundamentais do Indivíduo. 3. Liberdade Humana

CDD:
Biblioteca da FEMA

PRISÃO PREVENTIVA: O CONFRONTO ENTRE OS DIREITOS
FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO E O DIREITO DE SEGURANÇA DE
TODA A SOCIEDADE

ADOLFO SHIOKAWA NAXARA FREITAS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto
Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do
Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão
examinadora:

Orientador: _____
Márcia Valéria Seródio Carbone

Examinador: _____

Assis/SP
2018

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha família. Minha esposa Tatiane Satie Hazi Freitas e meus filhos Gustavo e Enzo. Eles, de certa forma, me inspiraram e me deram apoio durante os 05 anos de estudo de graduação em Direito.

AGRADECIMENTOS

Agraço a meus colegas de trabalho da Promotoria de Justiça de Paraguaçu Paulista, em especial aos meus amigos Ricardo Abe Naloto e Douglas Rocha, pelas discussões jurídicas e ensinamentos durante esses anos de estudo, e à minha amiga Miriam Okuno Gomes, que atualmente é Analista Jurídica na sede do Ministério Público do Estado de São Paulo. Ela sempre dizia: “Estude, Adolfits! Pelo amor de my god!”. Agradeço ao Doutor Antonio Henrique Samponi Barreiros, agora 7º Promotor de Assis, com quem tive o prazer de trabalhar de 2012 a meados de 2015, por ter me encorajado a iniciar a faculdade de Direito, lá em 2013, quando eu dizia que era tarde demais para isso. Agradeço também aos Doutores Rodrigo Coury Souza Meirelles e Fernando Fernandes Fraga, Promotores de Justiça de Paraguaçu Paulista, pelos ensinamentos diários que me oferecem, além de todo seus acervos de livros. Agradeço, ainda, a todos os professores do curso de Direito da Fundação Educacional Municipal de Assis - FEMA. Por fim, agradeço a minha família, esposa, filhos, pai, mãe, irmãs, sogro, sogra, enfim todos, que sempre me apoiam.

RESUMO

O presente trabalho visa a destacar as características do instituto da prisão preventiva, um importante instrumento para a eficácia do processo penal durante toda a persecução penal. No entanto, para tanto, será traçada uma abordagem crítica sobre o tema, sobretudo para destacar que a prisão preventiva é uma espécie de medida cautelar a ser aplicada com a finalidade de garantir a eficácia do processo – e não como antecipação da pena - ou, ainda, para evitar que o acusado continue a delinquir, de modo a reafirmar a autoridade e validade da ordem jurídica, frente a atos de indivíduos que, ao praticarem delitos reiteradamente (ou não), atentam contra a paz social, colocando em cheque a credibilidade da Justiça brasileira. O trabalho visa ainda a destacar os princípios que o juiz e demais operadores jurídicos devem observar ao lidarem com a liberdade humana, de modo a ponderar não só sobre os direitos fundamentais do indivíduo, da vítima e de toda a sociedade, mas também sobre os malefícios da prisão.

Palavras-chave: Prisão preventiva; Direitos Fundamentais do Indivíduo; Liberdade Humana.

ABSTRACT

The present work aims to highlight the characteristics of the institute of preventive detention, an important tool for the effectiveness of criminal proceedings throughout the criminal prosecution. However, for both, will start a critical approach on the subject, mainly to point out that preventive detention is a sort of precautionary measure to be applied for the purpose of ensuring the effectiveness of the process and not as an anticipation of the sentence - or, even, to avoid that the accused continue to delinquer, to reaffirm the authority and validity of the legal order, against the acts of individuals, to commit offences repeatedly (or not) to the detriment of social peace, questioned the credibility of the brazilian Justice. The work aims to highlight the principles that the court and other juridical operators must observe when dealing with human freedom, so ponder not only about the fundamental rights of the individual, of the victim and society as a whole, but also about the harms of the prison.

Keywords: Preventive detention; fundamental rights; human freedom.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 11 |
| 1. PRISÃO PREVENTIVA: CONCEITO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS REFERENTES AO TEMA | 12 |
| 1.1. CONCEITO | 12 |
| 1.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA..... | 13 |
| 1.2.1. Período da antiguidade..... | 13 |
| 1.2.2. Idade Média..... | 14 |
| 1.2.3. Era moderna – Século XVIII..... | 14 |
| 1.2.4. A História da Prisão Preventiva no Brasil..... | 15 |
| 1.2.4.1. O sistema cautelar antes do Código de 1941 | 16 |
| 1.2.4.2. Processo Penal da Era Vargas | 17 |
| 1.2.4.3. A flexibilização do Código de Processo Penal de 1941 | 17 |
| 1.3. PRINCÍPIOS INERENTES À PRISÃO PREVENTIVA | 19 |
| 1.3.1. Favor Rei..... | 19 |
| 1.3.2. Dignidade da pessoa humana..... | 19 |
| 1.3.3. Presunção de inocência | 20 |
| 1.3.4. Proteção Penal Eficiente | 22 |
| 1.3.5. Excepcionalidade..... | 23 |
| 1.3.6. Legalidade e Jurisdicionalidade | 24 |
| 1.3.7. Provisoriedade | 25 |
| 1.3.8. Motivação..... | 25 |
| 1.3.9. Proporcionalidade..... | 26 |
| 1.3.9.1. Adequação ou Idoneidade | 27 |
| 1.3.9.2. Necessidade ou Subsidiariedade | 28 |
| 1.3.9.3. Proporcionalidade em sentido estrito | 29 |
| 2. ASPECTOS, PRESSUPOSTOS E ADMISSIBILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA..... | 30 |
| 2.1. A PRISÃO PREVENTIVA E SEUS ASPECTOS (CPP, ART. 311)..... | 30 |
| 2.1.1. Prisão preventiva e prisão temporária: institutos distintos | 30 |
| 2.1.2. Inexistência de prisão preventiva obrigatória | 31 |
| 2.1.3. Decretação da prisão preventiva durante a fase preliminar das investigações..... | 32 |

| | |
|---|-----------|
| 2.1.4. Decretação da prisão preventiva com base em procedimentos investigatórios diversos do inquérito policial | 32 |
| 2.1.5. Prorrogação do prazo para conclusão do inquérito policial quando o investigado está preso preventivamente | 33 |
| 2.1.6. Legitimação | 34 |
| 2.1.6.1. Decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz..... | 35 |
| 2.1.6.2. Legitimidade para o requerimento de decretação da prisão preventiva | 36 |
| 2.2. PRESSUPOSTOS (CPP, ART. 312)..... | 36 |
| 2.2.1. Fumus comissi delicti..... | 38 |
| 2.2.2. Periculum libertatis..... | 38 |
| 2.2.3. Garantia da ordem pública | 39 |
| 2.2.3.1. A inconstitucionalidade da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, a garantia da ordem pública como sinônimo de risco de reiteração delituosa | 39 |
| 2.2.3.2. A garantia da ordem pública como sinônimo de risco de reiteração delituosa, ou baseada na gravidade abstrata do delito | 40 |
| 2.2.3.3. A prisão preventiva com base na garantia da ordem pública para assegurar a credibilidade da Justiça nos crimes que provocam clamor público | 42 |
| 2.2.4. Garantia da ordem econômica..... | 42 |
| 2.2.5. Conveniência da instrução criminal..... | 43 |
| 2.2.6. Garantia da aplicação da lei penal..... | 44 |
| 2.2.7. Prova da existência do crime e suficiente indício de autoria..... | 44 |
| 2.2.8. Descumprimento injustificado de medida cautelar diversa da prisão | 45 |
| 2.3. ADMISSIBILIDADE (CPP, ART. 313) | 45 |
| 2.3.1. Crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos (CPP, art. 313, inc. I)..... | 46 |
| 2.3.2. Reincidente em outro crime doloso (CPP, art. 313, inc. II)..... | 47 |
| 2.3.3. Crime envolvendo violência doméstica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (CPP, art. 313, inc. III)..... | 47 |
| 2.3.4. Dúvidas sobre a identidade civil da pessoa (CPP, art. 313, par. ún.) | 48 |
| 3. O DRAMA DA PRISÃO CAUTELAR: DO AUTORITARISMO À CONSTRUÇÃO DE UM PROCESSO PENAL GARANTISTA E EFICIENTE | 49 |
| 3.1. O DRAMA DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL..... | 49 |
| 3.2. A SELETIVIDADE E VULNERABILIDADE DO SISTEMA PENAL | 52 |
| 3.3. A PONDERAÇÃO SOBRE OS MALEFÍCIOS DA PRISÃO | 54 |
| 3.4. OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO | 55 |
| CONCLUSÃO | 58 |

REFERÊNCIAS..... 60

INTRODUÇÃO

A prisão preventiva é uma espécie de medida cautelar, que pode ser decretada pelo juiz sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrem os motivos autorizadores listados no art. 312 do Código de Processo Penal, e, ainda, desde se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319). Tem por objetivo imediato a proteção dos meios e dos resultados do processo.

No entanto, ao se buscar assegurar a proteção ao processo penal por meio dessa medida cautelar, interesses e direitos podem vir a ser sacrificados, em maior ou menor grau.

O presente trabalho visa a destacar que a aplicação dessa medida extrema e excepcional, conforme estabelece a lei, deve passar por uma profunda análise por quem lida com a liberdade humana.

1. PRISÃO PREVENTIVA: CONCEITO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS REFERENTES AO TEMA

1.1. CONCEITO

O dispositivo legal que instrumentaliza a prisão preventiva se encontra no Título IX “Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória”, Capítulo III, do Código de Processo Penal, no art. 311, que assim dispõe: “em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Nesse sentido, leciona Renato Brasileiro de Lima:

a prisão preventiva é uma espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judicial competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal (fase esta que também pode ser decretada de ofício pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrem os motivos autorizadores listados no art. 312 do Código de Processo Penal, e desde se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319). (LIMA, 2016 p. 854)

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar conceituam a prisão preventiva como

prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, leia-se, durante o inquérito policial e na fase processual. Até antes do trânsito em julgado da sentença admite-se a decretação prisional por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente (art. 5º, inciso LXI da CF), desde que presentes os elementos que simbolizem a necessidade do cárcere, pois a preventiva, por ser medida de natureza cautelar, só se sustenta se presentes o lastro probatório mínimo a indicar a ocorrência da infração, os eventuais envolvidos, além de algum motivo legal que fundamente a necessidade de encarceramento. (NESTOR TÁVORA e ROSMAR RODRIGUES ALENCAR, 2011 p. 543)

A prisão preventiva é medida cautelar excepcional, aplicável quando todas as outras, elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal, se mostram inadequadas ou insuficientes às exigências cautelares.

Tal excepcionalidade está estampada no art. 5º, inc. LXVI, da Constituição Federal, que dispõe em consonância com ordenamentos processuais modernos, bem como tratados e convenções internacionais.

No entanto, ainda que os dispositivos constitucionais e processuais penais sejam evidentes quanto à excepcionalidade da prisão preventiva, muitos investigados ou réus se encontram encarcerados preventivamente no Brasil por decisões fundamentadas apenas na gravidade abstrata do delito, com a finalidade de antecipação da pena, afrontando, assim, os direitos fundamentais do indivíduo.

1.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA¹

Visando a melhor compreensão do instituto da prisão preventiva, bem assim entender a influência do passado sobre a sistemática da prisão cautelar, necessário ao menos um breve esboço acerca da evolução histórica do instituto em questão.

Durante o curso da história, foram várias as alterações da finalidade da prisão preventiva.

1.2.1. Período da antiguidade

Na Antiguidade, período assim compreendido, época em que as penas aplicadas em decorrência de condenação recaíam sobre a pessoa do condenado (pena de morte, penas corporais como mutilações e açoites, penas infamantes), a prisão cautelar era uma forma de garantir a execução da pena, mas em caráter excepcional. A prisão preventiva, assim, tinha a função de custódia para preservar o réu fisicamente até o momento de serem julgados e executados.

Ainda na antiguidade, conforme destaca Cezar Roberto Bitencourt, a finalidade da prisão restringia-se à custódia dos réus até a execução das condenações referidas (morte, penas corporais e infamantes). A prisão dos devedores tinha a mesma finalidade: garantir que cumprissem as suas obrigações. (BITENCOURT, 2012 p. 45)

¹ Referência: FARIAS, Michelle Cristina. Evolução histórica da prisão preventiva e prisão em flagrante no Brasil. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, no 1149. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3294/evolucao-historica-prisao-preventiva-prisao-flagrante-brasil>. Acesso em: 16/05/2018.

Portanto, no período da antiguidade, a prisão era utilizada tão somente em caráter acautelatório, visando ou garantir a execução da pena ou a execução da dívida.

1.2.2. Idade Média

No período compreendido como Idade Média, no qual prevaleceu o sistema inquisitorial como sistema processual penal, a prisão passou a ser empregada com maior frequência e sem os critérios de excepcionalidade e substituição anteriores. Visava a disponibilizar o acusado ao inquisidor para os fins determinados pelo sistema.

Assim, a cautelaridade deixou de ser observada e a prisão denominada preventiva tinha de fato o caráter aflitivo, tornando-se pressuposto ordinário da instrução, baseada essencialmente na disponibilidade do corpo do acusado como meio de obter a confissão *per tormenta*. A prisão privação da liberdade continuava a ter uma finalidade custodial, aplicável àqueles que “seriam submetidos aos mais terríveis tormentos exigidos por um povo ávido de distrações bárbaras e sangrentas” (BITENCOURT, 2012 p. 46).

Ainda nessa época, as possíveis penas tinham caráter subjetivo, ou seja, eram aplicadas diretamente sobre o corpo do culpado, ou ainda, em alguns casos, substituídas por sanções pecuniárias.

Foi, contudo, nessa época que surgiram as bases ideológicas para a aplicação da prisão como forma de penalizar o réu. Na Idade Média surgiu a detenção temporal (ou perpétua), onde o crime praticado pelo acusado não era motivo bastante para a condenação à morte ou penas de mutilação e a prisão eclesiástica.

Neste sentido, ainda conforme Bitencourt, “de toda a Idade Média, caracterizada por um sistema punitivo desumano e ineficaz, só poderia destacar-se a influência penitencial canônica, que deixou como sequela positiva o isolamento celular, o arrependimento e a correção do delinquente, assim como outras ideias voltadas à procura da reabilitação do recluso”. (BITENCOURT, 2012 p. 49)

1.2.3. Era moderna – Século XVIII

Apenas no Século XVIII, após o Período das Trevas, a prisão preventiva reassumiu o caráter de excepcionalidade e cautelaridade, tomando assim nova

feição, passando a ter novas finalidades, admitindo também a função de garantia da justiça, tanto para impedir a fuga do acusado como para impedir que se perdessem ou se danificassem as provas, e em determinadas ocasiões, como para a defesa da ordem pública, oportunidade em que assumia a função de impedir que certos acusados continuassem nas práticas de atos delitivos.

Da mesma forma, a prisão adquiriu nova feição, também compreendida como forma de pena, tornando-se necessária em virtude do crescimento do número de criminosos decorrente da pobreza de grande parte da população, que encontrava no crime a única forma de garantir o mínimo para sua subsistência. Desse modo, considerando o grande número de pessoas delinquentes, a pena de morte não era mais a solução adequada.

A prisão, portanto, se tornou não mais somente um instrumento penal, mas também de controle social, visando à manutenção do crescimento econômico da burguesia.

A partir da segunda metade do século XVIII houveram mudanças, ao menos no sentido filosófico, nas penas, vez que as ideias de procedimentos cruéis, castigos corporais e pena capital eram atacadas pelos pensadores de correntes iluministas e humanistas da época, como Voltaire, Montesquieu e Rousseau, que, em suma, pregavam a ideia de que a pena deveria ser proporcional ao crime, devendo se considerada a condição pessoal do delinquente, de modo a demonstrar ser eficaz ao espírito dos homens, bem assim menos cruel para o corpo do delinquente.

Além dos citados pensadores, outros desejavam além das reformas sociais, “a reforma do sistema punitivo”, como Cesare Beccaria, o qual entendia que é melhor prevenir o crime do que castigá-lo; Jonh Howard, que lutava pela humanização das prisões e a inserção de ideais religiosos na aplicação da pena, como forma de moralizar e instruir o indivíduo no caminho do bem; e Jeremy Bentham, que aditava a postura de que a prisão era meio de prevenção da prática de delitos semelhantes.

1.2.4. A História da Prisão Preventiva no Brasil

No Brasil, a história das prisões cautelares pode ser dividida em dois períodos, tendo como marco divisor o advento do Código de 1941.

1.2.4.1. O sistema cautelar antes do Código de 1941

No momento em que o Brasil alcançou sua independência política, foi outorgada a nossa primeira Carta Política, a Constituição do Império, de 1824, que no art. 179 dispunha que ninguém poderia ser preso “sem culpa formada”, exceto nos casos que a lei declarasse (inc. VIII) e que, mesmo com a culpa formada, ninguém seria conduzido à prisão, ou nela conservado, se prestasse fiança idônea, se cabível.

A chamada “formação de culpa” estava prevista no art. 134 e seguintes do Código de Processo Criminal da Primeira Instância (Código Imperial de 1832) e tinha como objeto permitir ao juiz, após o oferecimento de denúncia ou queixa, convencer-se da existência do delito e de quem era seu autor, caso em que assim o declarava por despacho nos autos, dando prosseguimento ao processo com vistas ao julgamento definitivo. Assim, a “culpa formada” representava um filtro para admissibilidade da acusação e tinha como apoio as provas até então produzidas, de modo que, uma vez pronunciada a convicção judicial, o nome do réu era lançado em livro próprio e era ordenada, automaticamente, sua prisão (art. 146).

O Código Imperial também previa a prisão, mesmo sem culpa formada, para aqueles que viessem a ser presos em flagrante delito ou para aqueles fossem indiciados por crimes em que não coubesse fiança (art. 175).

Com o advento da reforma de 1841 (Lei nº 261, de 03/12/1841), foram introduzidas mudanças significativas no processo criminal do Império, em especial a implantação do “policialismo jurídico”, expressão que se refere ao período de 30 anos de uma peculiar estrutura da justiça criminal, em que a Polícia prendia, investigava, acusava e pronunciava os acusados de certos crimes de menor importância. Nessa época a confusão entre as funções policiais e judiciais era tamanha que os Chefes de Polícia e os Delegados eram escolhidos por ato do Imperador ou dos Presidentes das Províncias, entre os Desembargadores e Juizes de Direito, respectivamente (Lei nº 261/1841, arts. 1º e 2º). (CRUZ, 2018 p. 48)

Tal situação perdurou até o advento da Lei nº 2033, de 20 de setembro de 1871, que, embora mantivesse a possibilidade de nomeação do Chefe de Polícia entre magistrados, deles retirou a competência para julgar certos delitos, ainda que lhes mantendo o poder de arbitrar fiança.

Contudo, a maior novidade da reforma legislativa de 1871 foi a criação do Inquérito Policial por meio do Decreto nº 4.824/1981, que regulamentou a sobredita Lei, instituindo-se uma rotina quase idêntica à utilizada atualmente para orientar a atividade investigatória policial.

1.2.4.2. Processo Penal da Era Vargas

Com a fundação do chamado “Estado Novo” ou “Terceira República Brasileira”, período da história conhecido como “Era Vargas”, foi elaborado o Código de Processo Penal de 1941, na ambiência autoritária que caracterizou tal período pela centralização do poder, nacionalismo, anticomunismo e por seu autoritarismo, influenciado pela matriz fascista de Mussolini.

Com relação às prisões cautelares, o recrudescimento legislativo foi anunciado expressamente pela Exposição dos Motivos do Código de Processo Penal de 1941, após a afirmação de que a prisão em flagrante e a prisão preventiva passavam a ser definidas com maior latitude do que na legislação em vigor, uma vez que “o interesse da administração da justiça não pode continuar a ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos...”. (CRUZ, 2018 p. 49)

Especificamente no que diz respeito à prisão preventiva, passou-se a admitir seu cabimento quando a reclamasse o interesse da ordem pública, ou da instrução criminal, ou da efetiva aplicação da lei penal.

A inovação maior, contudo, foi a introdução do instituto da “prisão preventiva obrigatória”, cabível nos casos de crimes em que a pena máxima cominada fosse igual ou superior a 10 anos, dispensando-se outro requisito além da prova indiciária do acusado.

1.2.4.3. A flexibilização do Código de Processo Penal de 1941

O excessivo rigor do Código de Processo Penal de 1941, marcado pelo totalitarismo da era em que foi promulgado, passou por sucessivos temperamentos, inclusive na vigência de outro período de exceção ao Estado de Direito, o regime militar instaurado em 1964.

Uma das mudanças significativas foi extinção da prisão preventiva obrigatória, em decorrência da Lei nº 5.349/67, que conferiu a atual redação do art. 311 do Código de Processo Penal.

Posteriormente, com o advento da Lei nº 5.941/73, passou a ser possível o réu manter-se em liberdade quando pronunciado ou condenado, com a alteração dos arts. 408, 594 e 596 do Código de Processo Penal.

Neste ponto, interessante comentar que a sobredita Lei ficou conhecida como Lei Fleury, em homenagem àquele que, por motivos espúrios, lhe inspirou a edição. Sérgio Paranhos Fleury era Delegado do Departamento da Ordem Pública e Social - DOPS e um dos principais agentes do regime militar na repressão ao que chamavam de criminalidade política e comum, sendo acusado por tortura e morte de inúmeras pessoas à frente do que veio a ser conhecido como “Esquadrão da Morte”.

Após a corajosa atuação do Promotor de Justiça Hélio Bicudo, Fleury chegou a ser preso, mas por pouco tempo, eis que recebeu o apoio do Congresso Nacional, que aprovou, no prazo recorde de 30 dias, a Lei nº 5.941, de 22 de setembro de 1973, proposta pelo Deputado Cantídio Sampaio, líder do Governo na Câmara Federal, a qual proibiu a prisão automática por ocasião da pronúncia de “réus primários e de bons antecedentes”, o que, tecnicamente, era o caso do Delegado Fleury.

Outra mudança significativa se deu com a Lei nº 6.416/77, que incluiu o parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, alargando-se a possibilidade de aplicação da liberdade provisória sem fiança, que passou a ser cabível quando o juiz verificasse a inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva.

Consoante Rogério Schiatti Cruz, a reforma processual de 1977 acabou por reduzir o instituto da fiança a quase uma inutilidade, visto que o autor de qualquer crime passou a ser beneficiário da liberdade provisória sem fiança (CPP, art. 310, par. único), passando a servir apenas para que o autuado em flagrante delito por crime punido com prisão simples ou detenção pudesse ser posto em liberdade com maior rapidez pela própria autoridade policial. (CRUZ, 2018 p. 51)

De fato, concluindo a abordagem do tema evolução histórica do instituto da prisão cautelar e da correspondente liberdade provisória no Brasil, é possível perceber a irracionalidade que caracterizou as normas que seguiram ao longo do Império e da República, decorrentes da sucessão de leis que muitas vezes condicionaram a

liberdade do indivíduo a fatores muitas vezes irrelevantes para a justa causa e correta avaliação da necessidade de mantê-lo provisoriamente em cárcere.

1.3. PRINCÍPIOS INERENTES À PRISÃO PREVENTIVA

1.3.1. Favor Rei

O princípio do Favor Rei, também chamado de *favor defensionis* ou *favor innocentiae* ou *favor libertatis* ou, ainda, *in dubio pro reo*, pode ser considerado um dos mais importantes princípios do Processo Penal, estando presente em todo Estado autenticamente regido em suas ações políticas e em seu ordenamento jurídico, pelos valores da democracia, da liberdade e da dignidade humana.

Tal princípio decorre do princípio da presunção de inocência, consagrado no art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal, bem assim se baseia na predominância do direito à liberdade do acusado quando colocado em confronto com o direito de punir do Estado quando houver dúvida.

Sobre o favor rei, comenta Rogério Schietti Cruz se tratar de “um dos componentes a inspirarem a tarefa de interpretação e aplicação da norma, de modo a induzir o profissional de direito, ante a incerteza quanto à vontade da lei, a optar pela solução mais benigna aos interesses do acusado”. (CRUZ, 2018 p. 69)

1.3.2. Dignidade da pessoa humana

Cuida-se de princípio de difícil definição, considerando a natureza abstrata que abriga qualquer ofensa à condição humana, em sua essência.

Ante a colisão de direitos fundamentais, a avaliação da efetiva violação da dignidade da pessoa humana deve ser feita em vista do caso concreto, observando-se o princípio da proporcionalidade.

Consoante Rogério Schietti Cruz - citando ÁVILA²:

² ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2007.

dada a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, como referência para a concretização dos direitos fundamentais do indivíduo, sua conceituação baliza-se por três perspectivas: a dignidade como respeito ao ser humano, que não pode ser tratado arbitrariamente; a dignidade como liberdade do indivíduo, em sua capacidade de ser e de definir seus próprios rumos; e a dignidade como emancipação do ser humano, de modo a assegurar os meios e o ambiente propício para que cada um tenha a liberdade de expressar-se livre de opressão política, econômica e social. (CRUZ, 2018 p. 71)

No processo penal, o respeito à dignidade do acusado exige que os juízes e promotores de justiça haverão de estar cientes de que suas manifestações não irão se esgotar numa folha de papel, mas poderão ferir a dignidade de seus destinatários, de modo que cumpre a eles, ao exercerem os poderes que a lei lhes confere, ter a consciência de que se porventura violarem um direito fundamental, considerando também a dor de quem foi vítima de um crime, poderão trazer, por outro lado, um sofrimento não só ao indivíduo, mas também a seus familiares.

Dessa forma, “na elevada tarefa de julgar homens, o magistrado há de permear-se pelo bom uso da razão e pela sensibilidade, sem as quais a exata compreensão da dimensão do humano é impossível” (CRUZ, 2018 p. 74).

1.3.3. Presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência (ou presunção de não culpabilidade) impõe que, no processo penal, o acusado não deve ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da condenação.

Desde seu exposto reconhecimento, na Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão (1789), o princípio da presunção de inocência passou a fazer parte de todas as modernas constituições.

No âmbito da prisão cautelar, sobre a possibilidade de afastamento do *favor libertatis*, a Constituição Federal consagra a regra-vetora de que “ninguém será levado à prisão e nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (CF, art. 5º, inc. LXVI).

Na dicção do legislador constituinte, extrai-se que a prisão cautelar se trata de exceção, pois o direito à coerção mais benigna - a liberdade provisória - também se revela como uma das manifestações do princípio em tela.

A presunção de inocência (ou não culpabilidade) funciona não só como regra probatória, mas também como forma de tratamento do acusado. Explica-se:

Como regra probatória, preserva a liberdade e a inocência do acusado contra juízos baseados em mera probabilidade, determinando que somente a certeza pode lastrear uma condenação. Nessa toada, a presunção de não culpabilidade atribui ao órgão acusador o ônus de demonstrar a culpa daquele a quem se imputa a prática do delito, com meios legítimos e lícitos de prova, de modo que não é o acusado que deve demonstrar sua inocência.

Assim, a presunção de inocência, impõe integralmente a órgão acusador o ônus de comprovar as afirmações de responsabilidade penal feitas ao acusado, sob pena de, havendo qualquer dúvida sobre o objeto da prova, resolver-se em favor da defesa (*in dubio pro reo*).

Sobre esse tema, leciona Rogério Schietti Cruz: “É dizer, o acusador afirma a existência de um fato criminoso, atribui sua autoria ao acusado, mas deverá comprovar, sob as regras do devido processo legal (*due process of law*) que integram a ideia do julgamento justo (*fair trial*), que essas afirmações encontram respaldo em provas consistentes, submetidas ao crivo do contraditório, de modo a não restar dúvida ‘além do razoável’ (*beyond a reasonable doubt*) sobre os fatos a ele imputados”. (CRUZ, 2018 p. 80)

Por outro lado, o princípio em questão exige que o investigado ou acusado seja tratado com respeito a sua pessoa e dignidade, não sendo equiparado àquele que já fora condenado definitivamente. Ainda, que o estado de inocência assegura a eles a lealdade do procedimento penal desde o início, de modo que todos àqueles que intervêm no inquérito policial ou ação penal (juízes, membros do Ministério Público, policiais, servidores) se obrigam a agir vinculados aos limites e à forma da lei em relação ao sujeito passivo da persecução penal.

Posto isto, tem-se que o acusado somente pode ser preso diante de uma imperiosa necessidade, por decisão devidamente motivada e apoiada em critérios legais, objetivos e concretamente demonstrados, capazes de conferir caráter realmente cautelar à prisão preventiva.

Assim, afrontam o princípio da presunção de inocência todas as decisões judiciais amparadas em argumentos vagos, metajurídicos, não contextualizados com dados concretos dos autos, como também as decisões que se reportam à mera

gravidade abstrata do crime, sua qualificação penal, ou, ainda, as decisões que se apoiam textos legais – alguns já de reconhecida inconstitucionalidade – que induzem a decretação da prisão cautelar apenas porque se trata de crime não sujeito a determinados benefícios penais ou processuais.

1.3.4. Proteção Penal Eficiente

Dentre os direitos fundamentais inerentes à persecução penal, consoante se extrai do *caput* do art. 5º da Constituição Federal³, está o direito à segurança, colocado ao lado do direito à liberdade, em igual importância.

Desta feita, é possível perceber que os direitos fundamentais inerentes à persecução penal não se esgotam no dever do Estado de proteção ao acusado, mas também em outros mandamentos que podem, eventualmente, resultar na restrição de liberdades, em favor de outros bens e interesses também protegidos pelo poder estatal, por igualmente interessarem à comunidade.

Bem assim, o direito à segurança, previsto no art. 5º da Constituição Federal, implica afirmar que o Estado está obrigado a assegurar tanto a liberdade do indivíduo contra ingerências abusivas do próprio Estado, quanto à segurança de toda e qualquer pessoa contra ataque de terceiros, incluindo do acusado, mediante correspondente e necessária ação coercitiva (*potestas coercendi*) ou punitiva (*jus puniendi*).

O direito à segurança também constitui uma das formas de realização da dignidade da pessoa humana, visto que a preocupação em se estabelecer um ambiente de tranquilidade e paz social, livre dos efeitos decorrentes do cometimento de infrações penais, se justifica diante da necessidade de assegurar o desenvolvimento do indivíduo, que pressupõe, para seu efetivo exercício, a existência de harmonia.

Por consequência, ao Estado-Juiz, como órgão responsável pela jurisdição penal, caberá apreciar qual dos interesses aparentemente contrapostos, o poder punitivo ou poder de coerção, de um lado, e o direito à liberdade, de outro, há de prevalecer na situação concreta que lhe é colocada a decidir. Particularmente no que diz respeito à

³ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

prisão cautelar, esse dilema se resolverá a favor da proteção do direito subjetivo do acusado - fundamental à liberdade - ou a favor da prestação de segurança à vítima, a terceira pessoa ou à comunidade como um todo, eventualmente ameaçadas pelo comportamento do acusado.

Em outras palavras, será tanto ilegítima a omissão estatal do dever de proteção da sociedade, por atuação insuficiente dos seus órgãos repressivos, quanto o excesso eventualmente cometido em desfavor do imputado, ao argumento de ser devida a proteção penal efetiva da coletividade. (CRUZ, 2018 p. 97)

1.3.5. Excepcionalidade

Rogério Schietti Cruz destaca que “A consequência lógica da presunção de não culpabilidade, no que diz respeito às prisões cautelares, em especial a preventiva, é a de que não se pode ter a restrição à liberdade humana como regra, mas sim como exceção” (Cruz, 2018 p. 101).

Tal excepcionalidade está estampada no art. 5º, inc. LXVI, da Constituição Federal⁴, que dispõe em consonância com ordenamentos processuais modernos, bem como tratados e convenções internacionais.

No Brasil, o adjetivo “provisória” acrescido ao vocábulo substantivo “liberdade” é criticado por parte da doutrina, pois denota a ideia de excepcionalidade da liberdade, quando, na verdade, a exceção é a prisão.

Mesmo com a reforma legislativa de 2011, com a Lei nº 12.403/11, a expressão “liberdade provisória”, com significado equivocado, continua sendo empregada, conforme se verifica no art. 310, inc. III e seu parágrafo único, art. 321, ambos do Código de Processo Penal.

No entanto, a consagração do princípio da excepcionalidade da prisão preventiva fica mais evidente com a nova redação dada aos artigos que compõem o Título IX do Código de Processo Penal, nos quais se evidencia com mais clareza a exigência de que a prisão preventiva, por ser medida mais extremada (*extrema ratio*) entre todas as cautelares pessoais, só deve ser imposta ao indiciado ou acusado quando as demais

⁴ CF, art. 5º, inc. LXVI: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”

medidas cautelares, elencadas no art. 319 do referido diploma legal, se mostrarem inadequadas ou insuficientes às exigências cautelares.

Também é possível extrair a característica da excepcionalidade da prisão preventiva do art. 310, inc. II do Código de Processo Penal (que condiciona a conversão da prisão em flagrante em preventiva à constatação de que são inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão), bem como do art. 282 do mesmo diploma legal, tanto em seu §4º, que fala em decretar a preventiva em último caso, quanto em seu §6º, que fala da decretação da preventiva quando não cabível sua substituição por outra medida cautelar.

1.3.6. Legalidade e Jurisdicionalidade

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. LIV, dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, dispositivo que é complementado por preceito inscrito no inc. LXI que estabelece 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”.

De ambos os dispositivos se extraem as respectivas regras da legalidade e da jurisdicionalidade, eis que: somente haverá privação da liberdade humana se houver previsão legal expressa, devendo o procedimento seguir as regras estabelecidas em lei (*due processo of law*); somente a autoridade judiciária previamente competente pode ordenar a prisão cautelar de alguém, salvo na hipótese de flagrante delito, em que qualquer pessoa pode – e a Polícia deve – dar voz de prisão a quem se encontre em situação de flagrante.

Com efeito, no Direito brasileiro, além de estarem previstas no Código de Processo Penal, ou em lei extravagante (no caso de prisão temporária), a regra é que todas as modalidades de prisão cautelar, sobretudo a preventiva, devem se submeter a prévio exame judicial.

1.3.7. Provisoriedade

Qualquer medida cautelar tem caráter provisório, pois seus efeitos persistem enquanto não emana do Judiciário a providência jurisdicional que ela procura garantir ou tutelar.

Conforme leciona Rogério Schietti Cruz, citando FOSCHINI ⁵, “uma medida cautelar no âmbito penal jamais se torna definitiva, porquanto é estrutural e funcionalmente caracterizada como instrumental, em relação ao processo de conhecimento ou de execução, e provisória. Assim, sobrevindo a sentença condenatória irrecurável e persistindo a prisão do sentenciado, já não mais se trata de prisão cautelar, mas sim de uma sanção penal”. (CRUZ, 2018 p. 110)

Infere-se, portanto, que a decisão que decreta a prisão cautelar está sempre sujeita à verificação de seu cabimento, quer para eventual revogação, quando cessada a causa ou motivo que a justificou, quer para substituição por medida menos gravosa, na hipótese em que seja esta última tão idônea (adequada) e suficiente para alcançar o mesmo objetivo daquela.

Conforme estabelece o art. 282, §5º, do Código de Processo Penal, o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

1.3.8. Motivação

Conforme art. 93, IX, da Constituição Federal, “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade[...]”. Tal dispositivo expressa a importância ao dever da motivação das decisões judiciais, em clara amostra de que se cuida da garantia da atuação imparcial e *secundum legis* (sentido lato) do órgão julgador.

Com efeito, não mais se abre espaço para decisões judiciais despidas de um mínimo de justificação quanto às razões que levaram o juiz a decidir (*ratio decidendi*).

A motivação dos atos judiciais presta-se a servir de controle das partes sobre a atividade intelectual do julgador, para que verifiquem se, ao decidir,

⁵ FOSCHINI, Gaetano. *Sistema del diritto processuale penale*. V. 1, ^aed. Milano, Giuffrè, 1965,

considerou todos os argumentos e provas produzidas pelas partes e se bem aplicou o direito ao caso concreto.

Portanto, são intoleráveis as decisões judiciais que se limitam a uma vazia repetição de jargões ou de expressões jurídicas abstratas, reprodutoras, muitas vezes, de um comodismo intelectual daqueles a quem a parte confirmou uma prestação jurisdicional mais qualificada.

No caso da decisão que decreta a prisão preventiva, é dever do magistrado explicitar seu convencimento quanto a necessidade da segregação cautelar. A fundamentação somente será possível se forem indicados os motivos pelos quais se decreta a prisão, não sendo satisfatório limitar-se o juiz a dizer, por exemplo, que a liberdade do acusado põe em risco a ordem pública, mas sim indicar os motivos concretos pelos quais se torna absolutamente necessária a prisão cautelar.

Salienta-se que a Lei nº 12.403/11 é clara ao exigir fundamentação tanto para a decisão que impõe medida cautelar ao investigado ou réu, sobretudo a prisão preventiva, quanto para decisão que concede ao investigado ou réu liberdade provisória ou que lhe relaxa a prisão ilegal, consoante arts. 310 e 315 do Código de Processo Penal.

Conforme ensina Rogério Schietti Cruz, “faltando com o dever de motivação suficiente e clara, a magistratura não apenas fere de morte o direito à liberdade do indivíduo, mas também expõe àqueles que postulam redução dos poderes jurisdicionais dos juízes, para outorga-los ao legislador, na linha do aforisma atribuído a Bacon: ‘a melhor lei é a que deixa ao juiz o menor arbítrio’ (*optima est lex quae minimum requilinqvit arbítrio iudicis*)”. (CRUZ, 2018 p. 123)

1.3.9. Proporcionalidade

Embora não presente explicitamente em muitas constituições, o princípio da proporcionalidade se fundamenta apoiando-se no Estado de Direito, nos direitos fundamentais e, sobretudo, no princípio da dignidade da pessoa humana, no qual reside também o núcleo dos direitos fundamentais.

No processo penal, tal princípio assume importância ímpar, dada a ínsita relação conflituosa e permanente entre o Estado e o indivíduo, tendo em vista o exercício, por aquele, do *ius puniendi* e, por este, do *ius libertatis*.

No curso da persecução penal, tal conflito se consubstancia em colisões de interesses estatais e individuais, notadamente no campo das provas e atividades de cunho cautelar, que, para se legitimarem ante os fins do processo criminal, devem se pautar por critérios de proporcionalidade.

A noção da proporcionalidade das medidas cautelares, em especial da prisão preventiva, é de extrema importância para a própria possibilidade de conveniência dessas medidas com a presunção de não culpabilidade. A segregação provisória, revestida de caráter puramente cautelar, sem assumir a função punitiva ou penal, pode coexistir plenamente com a presunção de não culpabilidade.

Com efeito, é de extrema importância a análise do caso concreto em que se decreta a custódia provisória da presença ou não das três máximas parciais que compõem o conceito de proporcionalidade: a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Com a reforma de 2011, os arts. 282 (incs. I e II, e seus §§4º e 6º) e 310, inc. II, do Código de Processo Penal passaram a reconhecer que toda medida cautelar deve sujeitar-se à verificação de sua adequação (idoneidade), de sua necessidade (subsidiariedade) e de sua proporcionalidade em sentido estrito, subprincípios ou máximas em que se decompõe o princípio da proporcionalidade.

1.3.9.1. Adequação ou Idoneidade

Uma medida cautelar qualquer somente se legitima quando seja capaz de produzir o resultado esperado, ou seja, quando se mostra eficaz, adequado, idônea para proteger o direito ou interesse que se encontra ameaçado na situação concreta.

Assim, a adequação ou idoneidade cuida-se de averiguar a relação medida-fim, a “aptidão para” e sua “conformidade com” os fins que justifiquem sua adoção.

Incabível, por exemplo, por falta de idoneidade, a interceptação telefônica de um acusado, ferido durante a prática de um crime, internado em estado de coma profundo. Não porque inexistia uma adequação abstrata, eis que a interceptação telefônica é meio idôneo para obtenção de prova, mas sim porque, concretamente, falta aptidão à medida para alcançar-se o fim pretendido.

Rogério Schietti Cruz, citando STEINMETZ ⁶, leciona que “o juízo de adequação pressupõe que, conceitualmente, saiba o que significam meio e fim e que, empiricamente, identifique-se claramente o meio e o fim que estruturam a restrição do direito fundamental. Porém, o juízo de adequação nada informa acerca de qual dos meios idôneos deve prevalecer, pois não diz qual é o mais ou menos eficaz, mas apenas se um determinado meio é ou não idôneo, útil, apto, apropriado”. (CRUZ, 2018 p. 127)

Assim, a escolha da medida, dentre as igualmente idôneas, apta para o atingimento do fim almejado deverá resultar da análise de qual delas representa menor gravame ao direito sacrificado, o que constitui a faceta da subsidiariedade ou necessidade de tal medida.

1.3.9.2. Necessidade ou Subsidiariedade

Também denominado princípio da intervenção mínima, da indisponibilidade, ou da proibição de excesso, essa máxima indica que, além de ser adequada ou idônea para atingir o fim esperado, a medida cautelar deve ser a alternativa menos onerosa ou gravosa, sob a ótica do sujeito passivo, entre as previstas em lei.

Trata-se de uma escolha comparativa entre as disponíveis, igualmente idôneas, para atingir o objetivo a que se propõe com a proviência cautelar, cumprindo ao juiz identificar e escolher qual delas representa menor lesão ao direito à liberdade do investigado ou acusado, sem prejuízo do resultado concreto e da efetividade da iniciativa.

Nesse sentido, destaca Rogério Schietti Cruz:

Por esse subprincípio pretende-se evitar a adoção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que, embora adequadas, não são necessárias para se obterem os fins de proteção visados pela Constituição ou a lei. Uma medida será então exigível ou necessária quando não for possível outro meio igualmente eficaz, mas menos ‘coativo’, relativamente aos direitos restringidos. (CRUZ, 2018 p. 128)

A análise da eficácia da medida, dentre as idôneas, sob a ótica do subprincípio da necessidade ou subsidiariedade, não deve, portanto, se ter em vista o meio “mais” eficaz, mas sim o meio “suficientemente” eficaz para atingir sua finalidade.

⁶ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão dos direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

1.3.9.3. Proporcionalidade em sentido estrito

Esse subprincípio implica no entendimento de que há uma relação justa e adequada entre os benefícios obtidos com a medida e os meios empregados para levá-la a termo.

Com relação à prisão cautelar, estará ela justificada desde que se guarde relação de proporcionalidade entre o bem que se objetiva proteger e o sacrifício da liberdade humana. Em outros termos, somente se mostrará legítima a prisão cautelar quando o sacrifício da liberdade do acusado for razoável (ante os juízos de idoneidade e necessidade da cautela) e proporcional (em termos comparativos) à gravidade do crime e às respectivas sanções que previsivelmente venham a ser impostas ao sujeito passivo da medida.

2. ASPECTOS, PRESSUPOSTOS E ADMISSIBILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA

2.1. A PRISÃO PREVENTIVA E SEUS ASPECTOS (CPP, ART. 311)

2.1.1. Prisão preventiva e prisão temporária: institutos distintos

Inicialmente, adentrando no tema de aplicabilidade da prisão preventiva, importante destacar que a prisão preventiva não se confunde com a temporária, eis que, em suma, esta, diferentemente da primeira, somente pode ser decretada na fase pré-processual (Lei nº 7.960/89, art. 1º, incs. I, II e III); não pode ser decretada de ofício pelo magistrado em nenhuma hipótese (Lei nº 7.960/89, art. 2º); é cabível somente no rol taxativo de delitos listados no art. 1º, inc. III, da Lei nº 7.960/89, e art. 2º, §4º, da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90); possui prazo determinado de 5 dias prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (da Lei nº 7.960/89, art. 2º) ou de 30 dias, também prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, em se tratando de crimes hediondos, de tortura, de tráfico de droga ou de terrorismo, findo o qual o preso será colocado em liberdade, independentemente da expedição de alvará de soltura pelo juiz.

Com o advento da Lei nº 7.960/89, que versa sobre a prisão temporária, pelo menos em relação aos delitos constantes no art. 1º, inc. III, desse diploma legal, bem como em relação aos crimes hediondos e equiparados (Lei nº 8.072/90, art. 2º, §4º), somente será possível a decretação da prisão temporária na fase preliminar das investigações, à qual não poderá se somar a prisão preventiva. Isso porque, em relação a esses delitos, foi criada uma prisão cautelar com o escopo específico de tutelar as investigações, de modo que não faz sentido que a prisão preventiva seja também decretada nesta fase preliminar.

Com efeito, se, por exemplo, for decretada a prisão temporária pelo magistrado por 60 dias para auxiliar as investigações de crime hediondo, findo esse prazo, não será possível que o juiz decrete a prisão preventiva para conceder à autoridade policial mais 10 dias para finalizar o inquérito, de modo que, se o procedimento investigatório

preliminar não for concluído no prazo da prisão temporária, o indivíduo deverá ser posto em liberdade, sem prejuízo da continuidade das investigações.

No entanto, uma vez expirado o prazo da prisão temporária e oferecida a denúncia ou queixa, nada impede que o magistrado, ao receber a peça acusatória, converta a prisão temporária em preventiva, medida esta que deverá perdurar durante o processo enquanto subsistir sua necessidade.

Desse modo, com relação aos delitos constantes no art. 1º, inc. III, da Lei nº 7.960/89, bem como em relação aos crimes hediondos e equiparados (Lei nº 8.072/90, art. 2º, §4º), não será possível a aplicação da temporária seguida da preventiva, exclusivamente na fase de investigação.

Isso não significa que a Lei da prisão temporária tenha afastado a possibilidade de decretação da prisão preventiva na fase investigatória. Em verdade subsiste a possibilidade de prisão preventiva na fase pré-processual em relação aos delitos que não autorizam a decretação da prisão temporária, desde que preenchidos os requisitos do art. 313 do Código de Processo Penal e verificada sua imperiosa necessidade.

2.1.2. Inexistência de prisão preventiva obrigatória

Conforme mencionado no esboço histórico da prisão cautelar no Brasil, na redação original do Código de Processo Penal, era possível se falar em uma prisão preventiva obrigatória e outra facultativa.

Conquanto aquele dispositivo não se utilizasse de tais expressões, segundo a redação original do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderia ser decretada nos crimes a que fosse cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos. Logo, em tal hipótese, tinha-se a prisão preventiva obrigatória.

A expressão prisão preventiva facultativa era usada em contraposição à preventiva compulsória, sendo cabível quando, além da prova da materialidade e indícios de autoria do delito, estivessem presentes outros pressupostos.

No entanto, com o advento da Lei nº 5.349/67, que deu nova redação ao referido dispositivo legal, não há mais que se falar em prisão preventiva obrigatória ou facultativa.

2.1.3. Decretação da prisão preventiva durante a fase preliminar das investigações

De acordo com o dispositivo do art. 311, *caput*, do Código de Processo Penal, a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal.

Deve-se ponderar que, com o advento da Lei nº 7.960/89, foi criada uma prisão cautelar (temporária) com o escopo específico de tutelar as investigações, de modo que nos delitos em que couber a prisão temporária não será possível que, findo o prazo dessa prisão, o magistrado decrete a prisão preventiva do investigado com o escopo de conceder mais tempo à autoridade policial para finalizar o inquérito policial (vide item 1.2 deste trabalho).

Em comentário sobre a possibilidade de decretação da prisão preventiva em crimes não inclusos no rol da Lei nº 7.960/89 durante a fase de investigações, Guilherme de Souza Nucci, utilizando como exemplo o crime de furto, leciona que é possível a decretação da prisão preventiva “somente em caráter excepcional, como poderia ocorrer em se tratando de indiciado com inúmeros antecedentes e imputação da prática de vários furtos, não merecedor da liberdade, pois coloca em risco a ordem pública. Mas essa situação, repita-se, é rara, de modo que a prisão preventiva se tornou escassa durante a fase do inquérito”. (NUCCI, 2015 p. 722)

2.1.4. Decretação da prisão preventiva com base em procedimentos investigatórios diversos do inquérito policial

Sobre o tema deste tópico, Renato Brasileiro de Lima comenta que “sendo o inquérito policial peça dispensável ao oferecimento da peça acusatória, desde que a justa causa necessária à deflagração do processo esteja respaldada por outros elementos de convicção (CPP, art. 39, §5º), não é obrigatória a existência de inquérito policial para a decretação da prisão preventiva, mas sim que haja uma investigação preliminar que demonstre a imprescindibilidade da prisão preventiva para a melhor apuração do fato delituoso”. (Lima, 2016 p. 856)

Nesse mesmo sentido:

admite-se a decretação da preventiva até mesmo sem a instauração do inquérito policial, desde que o atendimento aos requisitos legais sejam demonstrados por outros elementos indiciários, como os extraídos de

procedimento investigatório extrapolicial. (NESTOR TÁVORA e ROSMAR RODRIGUES ALENCAR, 2011 p. 543)

Extrai-se de tais ensinamentos, portanto, que é possível a decretação da prisão preventiva com base em procedimentos investigatórios diversos do inquérito policial, tais como comissões parlamentares de inquérito, inquéritos civis ou procedimentos investigatórios criminais presididos pelo órgão do Ministério Público.

2.1.5. Prorrogação do prazo para conclusão do inquérito policial quando o investigado está preso preventivamente

Outra questão a ser enfrentada, e que divide a doutrina, se refere à possibilidade ou não da decretação da prisão preventiva do investigado em caso de o Ministério Público, após analisar o inquérito policial, deixar de oferecer denúncia, optando por requisitar a autoridade policial diligências complementares.

Parte majoritária da doutrina entende que, se houverem elementos para a segregação cautelar (indícios de autoria e prova de materialidade do crime), haverá da mesma forma elementos para a peça acusatória, sendo, portanto inviável a devolução dos autos de inquérito policial à respectiva autoridade para a realização de diligências complementares.

Em entendimento contrário, ensina Renato Brasileiro de Lima que:

(...) se presentes os requisitos legais do art. 312 do CPP, a prisão preventiva deve ser decretada. Porém, mesmo após a decretação da prisão preventiva, caso subsista a necessidade de realização de diligência imprescindível para a formação da *opinio delicti*, os autos podem retornar à autoridade policial. No entanto, o prazo total para a conclusão do processo, que começa a contar a partir da prisão, estará correndo, o que pode dar ensejo a eventual excesso de prazo, autorizando o relaxamento da prisão. (LIMA, 2016 p. 856)

Fundamentam-se os defensores da posição do sobredito doutrinador, sobretudo no fato de que o Código de Processo Penal admite a prisão preventiva na fase das investigações policiais e, portanto, sob tal entendimento, é incoerente pensar que o investigado pode ser segregado no curso do inquérito, por exemplo, pelo risco de sua fuga do distrito da culpa, mas não pode ter decretada ou mantida sua prisão preventiva na fase

em que se aguarda o resultado de diligências complementares postuladas pelo Ministério Público após o término do procedimento policial.

Sobre o tema, exemplifica o professor Norberto Avena:

“Cremos, em verdade, que a solução a ser aplicada depende da natureza das diligências requeridas pelo Ministério Público ao receber o procedimento policial. Assim:

1.^a hipótese: Considere-se que, ao ter vista do inquérito, promove o Ministério Público argumentação no sentido de que, apesar da existência de indícios suficientes de autoria e de prova da materialidade do fato, há a necessidade de diligências complementares visando à melhor elucidação de fatos ou de circunstâncias relacionadas ao crime apurado. Nesse caso, plenamente possível a decretação da preventiva ou a manutenção da que tiver sido decretada na fase inquisitorial, pois a dúvida que motivou a atitude do promotor não está relacionada a aspectos concernentes à autoria e à materialidade do delito, que são os pressupostos da prisão cautelar.

2.^a hipótese: Imagine-se que, ao receber os autos do procedimento policial, requer ou determina o promotor de justiça a realização de diligências complementares, por reputar inexistentes ou muito frágeis os elementos indicativos da autoria ou da materialidade do crime. Nessa situação, entendemos que não poderá ser decretada ou mantida a prisão preventiva do investigado, pois, se a dedução da inicial acusatória, que requer apenas “indícios de autoria”, não foi possível, com mais razão restará inviabilizada a prisão preventiva do suspeito, a qual, obrigatoriamente, deve assentar-se em “indício suficiente de autoria” (art. 312 do CPP).

No exemplo mencionado, se a contradição existente no laudo possuir natureza tal que coloca em dúvida a própria ocorrência de um fato típico – a vítima morreu em face do homicídio ou de outra causa? –, restaria inviabilizada a prisão preventiva, a nosso ver. Agora, se outra for a natureza desta dúvida – a morte do ofendido decorreu de golpe na região torácica ou abdominal –, não se colocando em xeque a relação de causalidade entre a morte e a conduta do agente, a custódia poderia ser decretada sem que daí decorra constrangimento de qualquer ordem”. (AVENA, 2015)

2.1.6. Legitimação

Consoante dispõe o art. 5º, inc. LXI, da Constituição Federal, “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”.

Torna-se, portanto, evidente que o decreto da prisão preventiva exige necessariamente ordem judicial, sendo vedada a sua determinação por qualquer outra esfera.

Incide, no caso, o princípio da reserva constitucional de jurisdição, que, segundo o celebrado constitucionalista José Joaquim Gomes Canotilho, “importa em submeter à esfera única de decisão dos magistrados a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de verdadeira discriminação material de competência jurisdicional fixada no texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”, como ocorre com as Comissões Parlamentares de Inquérito.

Assim, no que diz respeito à legitimação, resta examinar apenas as formas como poderá o magistrado aplicar a medida cautelar máxima, as quais são previstas no art. 311 do Código de Processo Penal (alterado pela Lei 12.403/2011), que dispõe que “em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”.

2.1.6.1. Decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz

De acordo com a redação do art. 311 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva pode ser decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal.

Conclui-se, portanto, a *contrario sensu*, que o magistrado não poderá decretar a medida cautelar máxima de ofício na fase investigatória. Todavia, se provocada a jurisdição por denúncia do Ministério Público ou mesmo queixa pelo ofendido, o juiz passa a deter poderes da própria jurisdição penal, podendo, assim, decretar a prisão preventiva de ofício, se acaso verificar a necessidade da segregação do denunciado para preservar a prova, o resultado do processo ou a própria segurança da sociedade.

Sobre o tema, comenta Norberto Avena que:

(...) a limitação imposta ao juiz pelos arts. 311 e 282, § 2º, facultando-se a ele decretar a preventiva ex officio, em regra, apenas quando já houver denúncia ou queixa-crime recebidas, decorre do entendimento agasalhado pelo legislador no sentido de que, se o fizesse antes deste momento, estaria violando o sistema acusatório consolidado em nosso sistema processual penal pela Constituição Federal de 1988. Esta orientação, antes da Lei 12.403/2011, era defendida por considerável parcela da doutrina e da jurisprudência. De qualquer forma, com a nova redação dada aos dispositivos citados, desaparece razão para o debate, consolidando-se o tema de uma vez por todas. (AVENA, 2015)

2.1.6.2. Legitimidade para o requerimento de decretação da prisão preventiva

Durante a fase investigatória, a prisão preventiva pode ser decretada a partir de representação da autoridade policial, assim como em face de requerimento do Ministério Público ou do ofendido, neste último caso exclusivamente em crimes de ação penal privada.

Por outro lado, durante o curso do processo penal, a prisão preventiva poderá ser decretada pelo juiz de ofício, conforme tópico anterior, como também a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente.

Conforme Renato Brasileiro de Lima:

(...) com a titularidade privativa da ação penal pública por parte do Ministério Público e a consequente adoção do sistema acusatório pela Constituição Federal de 1988 (art. 129, inc. I), nenhuma outra autoridade detém legitimidade para postular medida cautelar para fins de instrumentalizar futura ação penal pública, de modo que, no caso de representação da autoridade policial para adoção de medida cautelar a fim de assegurar a eficácia de futuro e eventual processo penal, é cogente a manifestação do órgão ministerial, a fim de que seja avaliado se a medida sugerida é (ou não) necessária e adequada aos fins da apuração da infração. (LIMA, 2016 p. 858)

Desse modo, a decretação da prisão preventiva na fase investigatória mediante representação da autoridade policial (que não é parte da relação processual), sem a manifestação do Ministério Público, funciona como verdadeira hipótese de decretação de prisão preventiva de ofício, o que, como visto acima, não pode ser admitida durante a fase preliminar.

No entanto, no curso do processo, como se admite a atuação de ofício do juiz em face do interesse público na justa prestação jurisdicional, nada impede que o magistrado decrete a prisão preventiva a partir da representação da autoridade policial.

2.2. PRESSUPOSTOS (CPP, ART. 312)

Os pressupostos da prisão preventiva são os estabelecidos no art. 312 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 312 - A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência

do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)

Como toda medida cautelar, a prisão preventiva também está condicionada à presença concomitante do *fumus boni juris*, no processo penal denominado *fumus commissi delicti*, e do *periculum in mora* (*periculum libertatis*).

Com o advento da Lei nº 12.403/11, além da demonstração do *fumus commissi delicti*, consubstanciado pela prova da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria ou de participação, e do *periculum libertatis* (garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou garantia de aplicação da lei penal), também passou a ser necessária a demonstração da ineficácia ou da impossibilidade de aplicação de qualquer das medidas cautelares diversas da prisão (vide item 1.3.5 – princípio da excepcionalidade).

Nesse sentido o art. 282, §6º, do Código de Processo Penal dispõe que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar” (art. 319). Na mesma linha, o art. 310, inc. II, do mesmo diploma legal autoriza a conversão da prisão em flagrante em preventiva quando estiverem presentes os requisitos do art. 312 “e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão”.

Assim, a prisão preventiva funciona como a *extrema ratio*, de modo que somente poderá ser determinada quando as demais medidas cautelares alternativas (CPP, arts. 319 e 320) se mostram inadequadas. Com isso, o magistrado só poderá decretar a preventiva quando não existirem outras medidas menos invasivas ao direito de liberdade do acusado por meio das quais também seja possível alcançar os mesmos resultados buscados com a prisão cautelar.

Ressalta-se, contudo, que a prisão preventiva poderá ser decretada pelo magistrado, ainda que as condições pessoais do agente sejam favoráveis (bons antecedentes, primariedade, profissão definida e residência fixa) se demonstrada sua periculosidade com base em dados concretos, ou ainda na eventualidade da presença de outras hipóteses que autorize a prisão preventiva (garantia da ordem econômica, garantia da aplicação penal ou conveniência da instrução criminal).

Nesse sentido:

“(…) Consoante o pacífico magistério jurisprudencial, eventuais condições favoráveis ao Recorrente – tais como primariedade, bons antecedentes, endereço certo, família constituída ou profissão lícita – não garantem o direito à revogação da custódia cautelar, quando presentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo penal. Recurso ordinário a que se NEGA PROVIMENTO. (STJ, 6ª Turma, RHC 21.989/CE, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, j. 06/12/2007, DJ 19/12/2007).”

Por outro lado, Renato Brasileiro de Lima ensina que:

Em síntese, pode-se dizer que, no caminho para a decretação de uma prisão preventiva, cabe ao magistrado, inicialmente, verificar o tipo penal cuja prática é atribuída ao agente, aferindo, a partir do art. 313 do CPP, se o crime em questão admite a decretação da prisão preventiva. Num segundo momento, incumbe ao magistrado analisar se há elementos que apontem no sentido da presença simultânea de prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*). O último é aferir a presença do *periculum libertatis*, compreendido como perigo concreto que a permanência do suspeito em liberdade acarreta para a investigação criminal, para o processo penal, para a efetividade do direito penal ou para a segurança social. (LIMA, 2016 p. 859)

2.2.1. Fumus comissi delicti

O pressuposto do *fumus comissi delicti* é indispensável para a decretação da prisão preventiva e está previsto na parte final do art. 312 do Código de Processo Penal: “quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

Indispensável, portanto, que o magistrado verifique que a conduta supostamente praticada pelo agente é típica, ilícita e culpável, apontando as provas em que se apoia sua convicção.

2.2.2. Periculum libertatis

Indispensável para a segregação cautelar, o *periculum libertatis* está consubstanciado em um dos fundamentos do art. 312 do Código de Processo Penal: “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal”. Por força do parágrafo único de tal dispositivo legal, incluído pela Lei 12.403/2011, “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)”.

Para a decretação da preventiva, não é necessária a presença concomitante de todos esses fundamentos, bastando a presença de um único destes.

2.2.3. Garantia da ordem pública

A garantia da ordem pública pode ser entendida como um dos requisitos mais polêmicos da prisão preventiva, uma vez que se trata de expressão vaga e indeterminada, gerando controvérsias na doutrina e na jurisprudência quanto ao seu real significado.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, “trata-se da hipótese de interpretação mais extensa na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito”. (NUCCI, 2015 p. 725)

Em relação ao conceito e da possibilidade de se decretar a prisão preventiva, são 03 as correntes existentes na doutrina e na jurisprudência: a inconstitucionalidade da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, a garantia da ordem pública como sinônimo de risco de reiteração delituosa e, por fim, a garantia da ordem pública como sinônimo de risco de reiteração delituosa e nas hipóteses de clamor social provocado pelo delito.

2.2.3.1. A inconstitucionalidade da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, a garantia da ordem pública como sinônimo de risco de reiteração delituosa

Para a corrente minoritária da doutrina, a prisão preventiva decretada com fundamento na garantia da ordem pública não é dotada de fundamentação cautelar, de modo que figura como inequívoca modalidade de cumprimento antecipado de pena.

Os adeptos dessa corrente defendem que as medidas cautelares de natureza pessoal só podem ser aplicadas para garantir a realização do processo ou de seus efeitos (finalidade endoprocessual), e nunca para proteger outros interesses, como a de evitar a prática de novas infrações (finalidade extraprocessual).

2.2.3.2. A garantia da ordem pública como sinônimo de risco de reiteração delituosa, ou baseada na gravidade abstrata do delito

Para uma segunda corrente, de caráter restritivo, que empresta natureza cautelar à prisão preventiva decretada com base na “garantia da ordem pública”, esse termo é entendido como o risco considerável de reiteração delituosa por parte do agente que, em liberdade, teria os mesmos estímulos relacionados com o delito cometido, inclusive pela possibilidade de voltar ao convívio com os parceiros de crime.

Comenta Renato Brasileiro de Lima, que “acertadamente, essa corrente, que é majoritária, sustenta que a prisão preventiva poderá ser decretada com o objetivo de se resguardar a sociedade da reiteração de crimes em virtude da periculosidade do agente. O caráter cautelar é preservado, pois a prisão tem o objetivo de assegurar o resultado útil do processo, de modo a impedir que o réu possa continuar a cometer delitos, resguardando o princípio da prevenção geral”. (LIMA, 2016 p. 861)

Tal corrente é a que prevalece nos Tribunais Superiores:

“EMENTA Recurso ordinário em habeas corpus. Crimes de estelionato, formação de quadrilha, falsa identidade e falsidade ideológica. Prisão preventiva. Requisitos autorizadores elencados no art. 312 do CPP. Presença. Fundamentação válida. Recurso não provido. 1. A decisão impugnada está em perfeita sintonia com a manifestação do Supremo Tribunal no sentido da inadmissibilidade do habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário. Precedentes. 2. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça não dissente do magistério jurisprudencial deste Supremo Tribunal, preconizado no sentido de que “a possibilidade de reiteração criminosa e a participação em organização criminosa são motivos idôneos para a manutenção da custódia cautelar, a fim de garantir a ordem pública” (HC nº 104.669/SP, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 24/11/10). 3. Esta Suprema Corte já se manifestou no sentido de que, “quando da maneira de execução do delito sobressair a extrema periculosidade do agente, abre-se ao decreto de prisão a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o modus operandi do suposto crime e a garantia da ordem pública” (HC nº 97.688/MG, Primeira Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 27/11/09) e de que “a evasão após a prática delitiva é fundamento idôneo para a segregação cautelar para resguardar a aplicação da lei penal” (HC nº 90.162/RJ, Primeira Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 29/6/07), não se podendo desqualificar como tal a alegada “mudança para local desconhecido”. 4. Recurso não provido. (RHC 116946, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 10/09/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-196 DIVULG 03-10-2013 PUBLIC 04-10-2013)”

Contudo, compreendendo-se a garantia da ordem pública como expressão sinônima de periculosidade do agente, não é possível a decretação da prisão

preventiva em virtude da gravidade em abstrato do delito, uma vez que a gravidade da infração por sua natureza, por si só, é uma característica inerente ao próprio delito.

Assim, a simples afirmação, por exemplo, de que o autor de homicídio cometido com arma de fogo não é, *per se*, suficiente para justificar a custódia cautelar. No entanto, se demonstrada gravidade em concreto do delito, seja pelo modo de agir, seja pela condição subjetiva do agente, afigura-se possível a decretação da prisão preventiva, já que demonstrada a periculosidade do agente, apta a colocar em risco a ordem pública.

O Supremo Tribunal Federal vem censurando decisões que fundamentam a prisão cautelar no reconhecimento de fatos que se subsumam à própria descrição abstrata dos elementos que compõem o tipo penal. Os elementos próprios à tipologia e as circunstâncias da prática delituosa, como acima explanado, não são suficientes para respaldar a prisão preventiva, de modo que decisões nesse sentido afiguram a hipótese de antecipação de pena ainda não imposta, o que afronta o princípio da não culpabilidade.

Também não é possível a decretação da prisão preventiva em virtude da repercussão da infração ou do clamor social provocado pelo crime, isoladamente considerados. Nas hipóteses de clamor público e repercussão social do fato delituoso, não se vislumbra *periculum libertatis*, considerando que a prisão preventiva não seria decretada em virtude da necessidade do processo, mas simplesmente em virtude da gravidade abstrata do delito, satisfazendo aos anseios da população e da mídia.

Salienta-se que o Poder Judiciário está sujeito à lei e, em especial, ao direito, e não à opinião da maioria, facilmente manipulada pela mídia.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que não constituem fundamentos idôneos, por si só, à prisão preventiva: (a) o clamor público provocado pelo fato atribuído ao acusado, mormente quando é confundido com sua repercussão nos veículos de comunicação em massa; (b) a consideração de que, interrogado, o acusado não haja demonstrado interesse em colaborar com a Justiça, uma vez que o acusado não têm o dever de colaborar com a apuração dos fatos que o possam incriminar; (c) a afirmação de ser o acusado capaz de interferir nas provas e influir em testemunhas, quando despidas de qualquer base empírica; (d) subtrair-se o acusado, escondendo-se, ao cumprimento de decreto anterior ilegal de prisão processual.

Nesse sentido:

“A jurisprudência do Supremo Tribunal está sedimentada no sentido de que a alusão à comoção social não consubstancia base empírica idônea para a decretação da prisão preventiva. (...). Ordem concedida. (STF, HC 92.368/MG – 2ª Turma – Rel. Min. Eros Grau – DJE 70 – 18/04/2008)”

Vale lembrar que somente a prisão penal pode ter finalidade de prevenção geral – positiva ou negativa (intimidação e integração do ordenamento jurídico) ou prevenção especial – positiva ou negativa (ressocialização e inocuização), sendo vedado que a medida cautelar de prisão preventiva assuma esses encargos.

2.2.3.3. A prisão preventiva com base na garantia da ordem pública para assegurar a credibilidade da Justiça nos crimes que provocam clamor público

Por fim, para uma terceira corrente, já com caráter ampliativo, a garantia da ordem pública pode ser decretada com a finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, e também nos casos em que o cárcere cautelar for necessário para acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça em crimes que provoquem o clamor público.

Renato Brasileiro de Lima (Lima, 2016), cita entre os adeptos a essa corrente, Fernando Capez⁷: “a brutalidade do delito provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, de tal forma que, havendo o *fumus boni iuris*, não convém aguardar-se até o trânsito em julgado para só então prender o indivíduo”.

Nesse sentido:

“(...) a garantia da ordem pública não se restringe às medidas preventivas para evitar conflitos e tumultos, mas abrange também a promoção daquelas providências de resguardo à integridade das instituições, à sua credibilidade social e ao aumento da confiança da população nos mecanismos oficiais de repressão às diversas formas de delinquência. (STJ - HC 120.167- PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 4/6/2009 - informativo nº 397).”

2.2.4. Garantia da ordem econômica

Trata-se de uma espécie do gênero anterior (garantia da ordem pública), mas, neste caso se relaciona a crimes contra a ordem econômica, ou seja, possibilita a prisão do agente caso haja risco de reiteração delituosa em relação a infrações

⁷ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 279

penais que perturbem o livre exercício de qualquer atividade econômica, com abuso de poder econômico, objetivando a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros.

2.2.5. Conveniência da instrução criminal

A prisão preventiva decretada com base na conveniência da instrução criminal visa a impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de provas, bem assim comprometa de qualquer maneira a busca da verdade.

Desse modo, havendo indícios de intimidação ou aliciamento de testemunhas ou peritos, de supressão ou alteração de provas ou documentos, ou de qualquer tentativa de turbar a apuração dos fatos e o andamento da persecução criminal, será legítima a decretação da prisão preventiva com base na conveniência da instrução criminal.

Contudo, embora tenha o legislador usado a expressão “conveniência da instrução criminal”, sua decretação não está condicionada à “mera conveniência”, mas sim à necessidade ou indispensabilidade da medida a fim de possibilitar o bom andamento da instrução criminal.

A ausência do acusado ao interrogatório não justifica a prisão preventiva com base na conveniência da instrução criminal, uma vez que o interrogatório é considerado meio de defesa e, portanto, renunciável, o que significa que o réu pode abrir mão do direito de formar a convicção do juiz quanto a sua versão sobre os fatos, sem que isso importe em risco à aplicação penal e/ou conveniência da instrução criminal.

Com efeito, ao decretar a prisão preventiva na hipótese em questão, o juiz deve sempre ter em mente o princípio da proporcionalidade, em especial o subprincípio da necessidade, analisando de não há outra medida cautelar menos gravosa que a prisão preventiva, como por exemplo, no caso de necessidade de reconhecimento pessoal, a condução coercitiva.

Finalmente, é importante ainda destacar que a prisão preventiva com base na conveniência da instrução criminal deve ser revogada assim que encerrada a instrução processual, nos termos do art. 316, caput, c.c. art. 282, §5º, ambos do Código de Processo Penal. No caso de processo criminal de competência do Júri, a prisão preventiva

poderá perdurar até o julgamento em plenário, já que as testemunhas, eventualmente ameaçadas pelo acusado, poderão vir a ser chamadas para depor.

2.2.6. Garantia da aplicação da lei penal

A prisão preventiva com base na garantia da aplicação da lei penal visa a evitar a fuga do agente que, concretamente demonstra a intenção de eximir-se de eventual cumprimento de sanção penal.

Deve haver demonstração fundada quanto à possibilidade de fuga, de modo que a meras ilações ou conjecturas desprovidas de base empírica concreta não autorizam a prisão preventiva do agente com base nesse pressuposto.

Com efeito, o juiz só está autorizado a decretar a prisão preventiva com base em elementos concretos constantes dos autos que indiquem que o agente pretende se subtrair à ação da justiça. Ressalta-se que não é do acusado o ônus de provar que não pretende fugir, mas sim da acusação e do juízo o de demonstrar, à vista dos fatos concretos (mesmo que indiciários) e não de vagas suposições, haver motivos para temer a fuga do agente às consequências da eventual condenação.

2.2.7. Prova da existência do crime e suficiente indício de autoria

Quanto à expressão do art. 312 do Código de Processo Penal “prova da existência do crime”, exige-se um juízo de certeza quando da decretação da prisão preventiva.

Desse modo, quanto à materialidade delitiva, é necessário que haja prova, ou seja, certeza de que o fato existiu, não bastando a mera probabilidade.

Por outro lado, a respeito da autoria, exige o sobredito dispositivo a presença de “indício suficiente de autoria”. A palavra “indício” possui dois significados: ora no sentido de prova indireta (CPP, art. 239); ora no sentido de uma prova semiplena, ou seja, aquela com menor valor persuasivo.

O sentido adotado no art. 312 do Código de Processo Penal é o último, ou seja, cuida-se de prognóstico de um julgamento positivo sobre a autoria.

Renato Brasileiro de Lima destaca que “diversamente do que ocorre em relação à existência do crime, sobre a qual deve haver um juízo de certeza, basta um juízo de probabilidade de autoria (ou de participação) para a caracterização do *fumus comissi delicti*”. (LIMA, 2016 p. 873)

No entanto, não se pode confundir o indício, que é sempre um dado objetivo em qualquer de suas acepções (prova indireta ou semiplena), com a simples suspeita, que não passa de um estado de ânimo.

2.2.8. Descumprimento injustificado de medida cautelar diversa da prisão

Verificado o descumprimento injustificado das medidas cautelares diversas da prisão, o que demonstra que o acusado não soube fazer por merecer o benefício da medida menos gravosa, é possível, consoante art. 282, §4º, e 312, par. único, ambos do Código de Processo Penal, que o juiz determine a substituição da medida, imposição de outra em cumulação ou, em último caso, a prisão preventiva.

O magistrado não está obrigado a seguir a ordem indicada no art. 282, §4º, do Código de Processo Penal, mas deve analisar qual das medidas é mais adequada para a situação concreta.

Com efeito, a decisão judicial que determina a substituição da medida cautelar descumprida, imposição de outra em cumulação ou até mesmo a prisão preventiva, deve ser devidamente fundamentada, bem como lastreada em critérios de legalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

2.3. ADMISSIBILIDADE (CPP, ART. 313)

Presentes os pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva pode ser decretada em relação aos crimes listados no art. 313 do mesmo diploma legal, *in verbis*:

Art. 313 - Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-

Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

2.3.1. Crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos (CPP, art. 313, inc. I)

Admite-se a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos (CPP, art. 313, inc. I).

Tal dispositivo guarda relação com o *quantum* de pena fixado como limite para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e para o início do cumprimento em regime aberto.

Com isso, em atenção ao princípio da proporcionalidade, o dispositivo visa a evitar que o mal causado durante o processo seja desproporcional àquele que, possivelmente, seja imposto ao acusado ao final do processo. Em outras palavras, ao decretar a prisão preventiva o juiz deve fazer um prognóstico, atento aos dispositivos do art. 44, inc. I, e art. 33, §2º, ambos do Código Penal, se, ao término do processo, ao réu será aplicada pena privativa de liberdade.

Desse modo, se o juiz de início verificar a possibilidade de o agente ter sua pena privativa de liberdade convertida em restritiva de direitos, não faz sentido que decrete a prisão preventiva, sob pena de afronta ao princípio da proporcionalidade, porquanto não se pode admitir que a utilização da tutela cautelar quando a medida instrumental apresentar risco de ultrapassar os resultados finais e possíveis do processo.

2.3.2. Reincidente em outro crime doloso (CPP, art. 313, inc. II)

Admite-se, ainda, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, e tiver o acusado sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Código Penal (CPP, art. 313, inc. II).

Independentemente de o crime ser punido com detenção ou reclusão, a prisão preventiva poderá ser decretada se o acusado for reincidente em outro crime doloso, salvo se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação (CP, art. 64, inc. I) ou, ainda, se na condenação anterior o réu tiver sido beneficiado pelo instituto do perdão judicial, hipótese em que a sentença não pode ser considerada para fins de reincidência (CP, art. 120).

Com efeito, não basta que o acusado seja reincidente, mas sim que a reincidência seja específica em crime doloso, hipótese em que a prisão preventiva poderá ser decretada independentemente da quantidade de pena cominada ao delito, não havendo que se falar em inconstitucionalidade do art. 313, inc. II, do Código Penal, consoante recentemente julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (Plenário, RE 453.000/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 04/04/2013).

2.3.3. Crime envolvendo violência doméstica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (CPP, art. 313, inc. III)

A vítima desse crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar que autoriza a decretação da prisão preventiva não é apenas a mulher, mas também a criança, o adolescente, o idoso, o enfermo ou a pessoa com deficiência.

Embora o dispositivo em questão não estabeleça distinção entre crimes dolosos ou culposos, diversamente dos dois incisos anteriores, pressupondo apenas a prática de crime envolvendo violência doméstica contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, é evidente que o crime só poderá ser praticado dolosamente. O que se protege é a vítima de violência de gênero, devendo ficar evidenciada, para a decretação da prisão

preventiva com base no dispositivo em questão, a consciência e vontade do agente de atingir uma das vítimas vulneráveis ali enumeradas, assim como sua intenção dolosa em violar as medidas protetivas de urgência, o que não resta caracterizado nos crimes culposos.

Como a redação do inc. III do art. 313 não distingue quanto à natureza da pena do crime doloso, deve-se entender que independentemente do *quantum* da pena cominada ao delito, a prisão preventiva pode ser adotada como medida de *ultima ratio* no sentido de compelir o agente à observância das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, desde que presentes um dos fundamentos que autorizam a prisão preventiva (CPP, art. 312).

Assim, mesmo nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, a decretação da prisão preventiva também está condicionada aos pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal.

2.3.4. Dúvidas sobre a identidade civil da pessoa (CPP, art. 313, par. ún.)

Para que o Estado possa deflagrar a persecução penal, é indispensável que saiba contra quem será instaurado o processo.

Assim, havendo dúvida sobre a identidade civil da pessoa, a prisão preventiva poderá ser decretada para assegurar a aplicação da lei penal ou a conveniência da instrução criminal, evitando-se, ademais, possíveis erros judiciários por conta da instauração de processos criminais contra eventuais homônimos do autor do delito.

No entanto, a custódia cautelar com base no conhecimento da identidade do indiciado só poderá ser decretada no caso de fracasso das diligências policiais que devem ocorrer previamente e, mesmo assim, somente pelo tempo suficiente para a identificação.

É o que dispõe o art. 313, par. ún., do Código de Processo Penal, que estabelece que o preso deve ser imediatamente colocado em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

3. O DRAMA DA PRISÃO CAUTELAR: DO AUTORITARISMO À CONSTRUÇÃO DE UM PROCESSO PENAL GARANTISTA E EFICIENTE

3.1. O DRAMA DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL

Toda medida cautelar, incluindo a prisão preventiva, tem por objetivo imediato a proteção dos meios e dos resultados do processo, o que, conforme Rogério Schietti Cruz, citando CALAMANDREI⁸, lhe confere a qualificação de “instrumento do instrumento”.

No entanto, ao se buscar assegurar a proteção ao processo penal por meio das medidas cautelares, interesses e direitos podem vir a ser sacrificados, em maior ou menor grau.

Embora, conforme já explanado no presente trabalho, a medida cautelar da prisão preventiva deva ser utilizada em *ultima ratio*, ou seja, de maneira excepcional, quando os demais mecanismos para a proteção de bens, direitos e interesses perseguidos pelo processo se mostrarem insuficientes, verifica-se no Brasil um uso excessivo das medidas cautelares pessoais, sobretudo a da prisão preventiva.

Segundo levantamento do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, publicado na data de 22 de fevereiro de 2018, no site “globo.com”⁹, o percentual de presos provisórios no Brasil, 34%, alcança mais de um terço do total da população carcerária brasileira. No Estado de Sergipe, esse percentual é de 82,34%, conforme gráfico publicado em 06 de maio de 2017 na página eletrônica da “Folha de São Paulo”¹⁰:

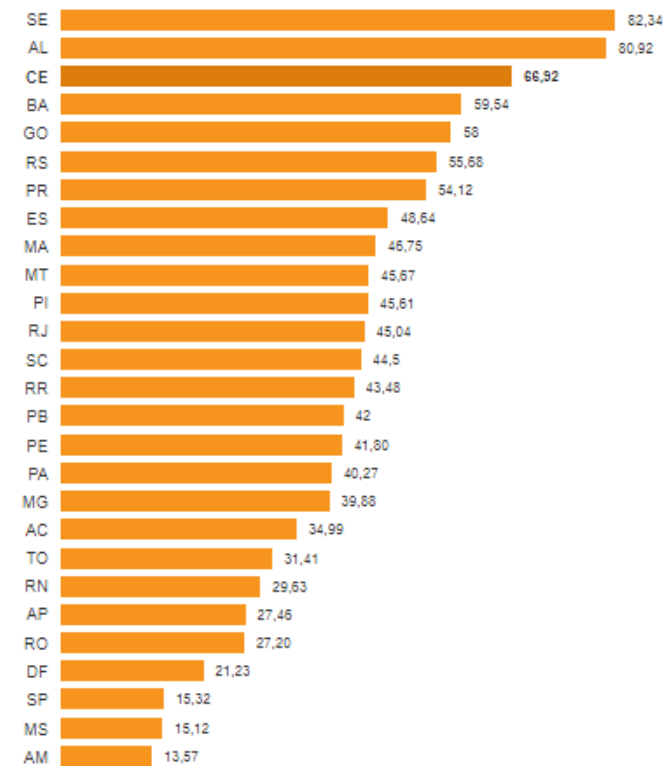
⁸ CALAMANDREI, Pierro. *Proceso y democracia* (Trad. Hector Zamudio), Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998.

⁹ Fonte: <https://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2018/raio-x-do-sistema-prisional/>. Acessado em: 23/07/2018.

¹⁰ Fonte: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/05/1881581-presos-provisorios-somam-34-nas-cadeias-e-custam-r-64-bi-por-ano.shtml>. Acessado em: 23/07/2018.

PRESOS PROVISÓRIOS NOS ESTADOS

Em %



654.372 é o total de presos no país*

Desses, 34% (221.054) são provisórios

*Em casos de homicídio, sequestro, roubo, estupro, tráfico de drogas ou crimes contra o sistema financeiro Fonte: Conselho Nacional de Justiça (levantamento feito com Tribunais de Justiça em jan.2017)

A pergunta que se faz é: por que se realizam tantas prisões cautelares no Brasil?

Alguns pontos podem ser enumerados para explicar tal fenômeno, entre eles o fato de a maioria delas decorrer da prisão em flagrante e não de uma investigação criminal.

Consoante Guilherme de Souza Nucci, em artigo publicado no site “Conjur”¹¹:

Quer-se, com isso, evidenciar a pouca eficiência prática do Estado-investigação, não por culpa de seus agentes, mas porque o Poder Executivo insiste em não aparelhar convenientemente a polícia judiciária. Não há peritos; inexistem laudos com tecnologia avançada; vive-se, no processo penal, ainda o reino dos depoimentos testemunhais (“sem testemunha, não há crime”); não há um programa eficiente de proteção da testemunha e/ou

¹¹ Fonte: <https://www.conjur.com.br/2015-out-13/guilherme-nucci-tantas-prisoas-cautelares-brasil>. Acessado em: 24/07/2018.

vítima ameaçada; faltam treinamento, material básico e até combustível. Enfim, o caos começa cedo na persecução penal.

Ainda conforme Nucci:

Seguem os autos da prisão em flagrante ao magistrado, que, muitas vezes, limita-se a convertê-lo em prisão preventiva, segundo as novas regras do artigo 310 do CPP, sem nem mesmo refletir um pouco mais, proporcionando a liberdade provisória, ainda que acompanhadas de medidas alternativas (artigo 319, CPP). Há, sim, uma cultura prisional espalhada dentre vários magistrados, que precisa ser rompida. Uma das soluções — fraquíssima, na realidade — aventadas foi a implantação da audiência de custódia. Depois de preso em flagrante, o indivíduo é apresentado ao juiz pessoalmente. Pergunta-se: e daí? O magistrado acostumado a converter o flagrante em prisão preventiva continuará fazendo exatamente a mesma coisa. Quem realmente acha que, vendo o preso, com seu “chinelo de dedo”, o magistrado, quase vertendo uma lágrima, vai soltá-lo? Os projetos-piloto, com a devida vênia, acompanhados por altas autoridades e filmados pela mídia não servem de base para a simples realidade. Escolhidos os juízes a dedo para tais eventos, eles concederam mais liberdades provisórias do que estavam habituados. Hoje, chegam-me notícias que, em certos locais, o magistrado nem entra na sala da audiência de custódia. O preso limita-se a assinar o termo na frente do escrevente. Esse é o Brasil real.

As duras críticas feitas pelo respeitado professor Nucci, desembargador em São Paulo, Livre-docente em Direito Penal, doutor e mestre em Processo Penal, às várias decisões judiciais que decretam prisões preventivas como regra - e não como medida excepcional em consonância com o que estabelece a Constituição Federal, fato que, sem dúvida, causa a superlotação de cadeias e presídios pelo país afora -, se dão em razão de muitas delas carecerem de fundamentação idônea, baseando-se argumentos batidos ou mesmo padronizados, deixando de considerar os princípios fundamentais que cercam o tema ou mesmo os dispositivos do Código de Processo Penal.

Não se olvida que está havendo cada vez mais o deslocamento da resposta penal, da sentença condenatória – que seria a mais natural - para as prisões cautelares.

As medidas cautelares, como já se destacou, tem natureza instrumental, ou seja, estão a serviço do processo e da eficácia da justiça criminal. Elas não possuem um fim em si, não podem ser usadas para antecipação da pena. Existem para assegurar a aplicação da lei penal, a eficácia do processo ou da investigação, ou ainda para evitar novas infrações penais.

Assim, nenhuma medida cautelar, em especial a prisão preventiva, pode cumprir o papel de pena.

Rogério Schietti Cruz, citando ILUMINATTI (1999, p. 92)¹², destaca que:

(...) garantir o procedimento cautelar como se fosse o juízo de mérito significa que o processo não alcança o seu objetivo senão através das medidas provisórias”. E segue: “todo o drama da custódia cautelar reside ainda na excessiva duração dos processos, que não conseguem chegar a uma sentença em tempo razoável. Por esse motivo toda a tensão se transfere sobre o sistema das cautelares, transformando no ponto de maior relevância prática. (CRUZ, 2018 p. 22/23)

Diante desse quadro, de impossibilidade de se findar o processo penal em um tempo razoável apto a dar à população uma mínima sensação de segurança e de credibilidade nas instituições, sobretudo no Poder Judiciário, é que se prende cautelarmente o indivíduo, deixando a mensagem ao público de que o “suspeito está preso pelo crime”, “a população está segura”.

O que é recorrente, de fato, é o abuso pelos magistrados do apelo à garantia da ordem pública para fundamentar os decretos de prisão preventiva, disfarçando o intuito de emprestar-lhe o sentido, que Rogério Schietti Cruz denomina “penalização de um instrumento eminentemente processual” (Cruz, 2018 p. 23), de antecipar a aplicação da pena, para satisfazer um público que, instigado pela mídia - sobretudo pelos programas sensacionalistas dos finais de tarde da televisão -, está sedento de justiça sumária.

3.2. A SELETIVIDADE E VULNERABILIDADE DO SISTEMA PENAL

“A justiça é como as serpentes: só morde os descalços”. Tal frase é atribuída ao arcebispo de San Salvador, Óscar Arnulfo Romero, e define a seletividade do sistema punitivo.

A atividade de criminalização, desempenhada pelo Estado, desenvolve-se em duas etapas: a primária e a secundária.

Consoante define Cleber Masson (MASSON, 2012):

Criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar de uma lei primária material, que incrimina ou permite a punição de determinadas pessoas. Trata-se de ato formal, fundamentalmente programático, pois, quando se estabelece que uma conduta deve ser punida, enuncia-se um programa, o

¹² ILUMINATTI, Giulio. *Tutela da liberdade pessoal e exigências processuais na jurisprudência da Corte Constitucional italiana*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 7, nº 25, janeiro-março-1999, RT.

qual deve ser cumprido pelos entes estatais (polícias, Ministério Público, Poder Judiciário, etc.).

É nesse processo de criminalização primária que são definidas as condutas que serão tipificadas como crime e suas respectivas penas, de modo que, nesta fase, é dado o início à seleção do sistema penal, conforme interesse do legislador, que, em geral, é membro das classes dominantes.

A conclusão lógica disso, é que o legislador, ao criar leis, beneficia certos grupos sociais em detrimento de outros, estes selecionados pelo Direito Penal mediante a tipificação de determinados atos e escolha das sanções que serão a eles atribuídas.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, publicado em 06 de maio de 2017 na página eletrônica da “Folha de São Paulo”¹³, 29% dos presos provisórios são acusados de tráfico de drogas, 7% são suspeitos de furto e 4% de receptação. Desses dados, é possível verificar que o percentual referente a crimes contra a ordem tributária ou de “colarinho branco” é tão ínfimo que sequer são mencionados na pesquisa, demonstrando a seletividade do sistema punitivo.

Um exemplo de benefícios criados para favorecer determinados tipos de criminalidade e, por via indireta, seus autores, é o caso da extinção da punibilidade prevista no art. 34 da Lei n. 9.249/95¹⁴, para crimes de sonegação tributária.

Com relação à criminalização secundária, define Cleber Masson (MASSON, 2012):

De seu turno, criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas. Verifica-se quando os órgãos estatais detectam um indivíduo, a quem se atribui a prática de um ato primariamente criminalizado, sobre ele recaindo a persecução penal.

Ainda segundo o sobredito autor, citando ZAFFARONI¹⁵, a criminalização secundária possui duas características: seletividade e vulnerabilidade, pois há forte tendência de ser o poder punitivo exercido precipuamente sobre pessoas

¹³ Fonte: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/05/1881581-presos-provisorios-somam-34-nas-cadeias-e-custam-r-64-bi-por-ano.shtml>. Acessado em: 24/07/2018.

¹⁴ Art. 34: Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Derecho Penal. Parte General*. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 08

previamente escolhidas em face de suas fraquezas, a exemplo de moradores de rua, prostitutas e usuários de drogas. (MASSON, 2012)

3.3. A PONDERAÇÃO SOBRE OS MALEFÍCIOS DA PRISÃO

Os profissionais do Direito, em especial os que representam o Estado na persecução penal, seja na fase investigativa (Delegado de Polícia), na coleta de provas ou promoção da ação penal (Ministério Público), ou ainda assegurando as liberdades públicas do acusado e julgando o mérito da pretensão punitiva (Magistrados), devem estar cientes dos males que qualquer encarceramento, sobretudo o provisório, produzem no sujeito passivo da medida.

Deve-se repudiar o operador jurídico que age como um autômato aplicador da lei penal, como um operário de uma linha de produção: A polícia investiga, colhe informações e apresenta um amontoado de papéis ao Ministério Público, que, por sua vez, promove a ação penal, com o oferecimento da denúncia. O juiz, aguardando sua vez para agir na fabricação do produto, decide se o acusado deve ou não se tornar o produto final de todo processo penal: o condenado.

Cada um desses atores do processo penal, por meio de quem o poder punitivo do Estado atua, jamais pode tratar a liberdade humana como um mero assunto cotidiano. Quando se requerer uma prisão preventiva ou manifestar acerca da liberdade provisória ou ainda decidir sobre se alguém deve ser preso, o operador jurídico não pode deixar de ponderar sobre os malefícios gerados ao acusado pela prisão - pois lhe afeta, além da liberdade, a honra, a imagem, o patrimônio -, procurando, também, por outro lado, não deixar desprotegidos os legítimos interesses da sociedade e, em especial, os da vítima.

A prisão despersonaliza e dessocializa o indivíduo, que se isola do mundo externo, passando a conviver em outro grupo social, formado por pessoas portadoras de rancor, ódio, angústia, melancolia, e tantos outros sentimentos presentes em quem se vê privado de liberdade. Também no universo dos carcereiros, quase sempre se encontrarão personalidades com sinais de desgaste emocional, agressivas, dominadoras e inibidoras de qualquer manifestação que não se ajuste aos padrões de comportamento determinados pelas regras do cárcere. (CRUZ, 2018 p. 32)

A pessoa presa cautelarmente ainda sofre a angústia de não saber por quanto tempo permanecerá encarcerado, uma vez que, enquanto não houver nova decisão judicial, a sua custódia provisória se protraí até o momento da definição do seu caso.

É certo que os presos provisórios muitas vezes se veem em situação ainda pior que a do preso definitivo, eis que estes são detentores de alguns benefícios da Lei de Execuções Penais - trabalho, estudo, lazer (banho de sol, atividades esportivas), saídas temporárias -, enquanto aqueles são mantidos em locais absolutamente impróprios, não separados - como exigido por lei - dos demais presos que cumprem penas, muitos dos quais extremamente agressivos.

Conforme Rogério Schiatti Cruz, citando TORNAGHI ¹⁶, “a prisão preventiva põe todos os homens em promiscuidade, bons e maus, inocentes e culpados; (...) Esse contato com gente má pode terminar, e frequentemente termina, por amolecer o preso, por fazê-lo tolerar mazelas que antes lhe pareciam repulsivas, por encará-las com naturalidade. (...); mas ainda quando alguém consiga passar incólume, ou mesmo vacinado contra o vício, pelo horror do que viu, a prisão provisória não o deixa sem mácula; a mancha da infâmia o acompanha (...)”. (CRUZ, 2018 p. 34)

Assim, os operadores jurídicos devem ter uma visão mais ampla sobre todo o problema ao decidir sobre a liberdade humana, considerando, além dos dispositivos legais, os malefícios que a prisão trará ao acusado e, em consequência, a toda a sociedade.

3.4. OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO

A Lei nº 12.403/11, em consonância com uma tendência na doutrina e na legislação de vários países, veio conferir maior racionalidade ao processo penal cautelar brasileiro, alterando dispositivos do Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares, ampliando de maneira significativa o rol de medidas cautelares pessoais, proporcionando ao juiz a escolha da providência mais ajustada ao caso concreto, dentro de critérios de legalidade e proporcionalidade.

¹⁶ TORNAGHI, Helio. Curso de processo penal. Vol. 2, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988

Assim é que na busca de alternativas para a prisão cautelar, de forma a causar menor dano para a pessoa humana, porém com similar garantia da eficácia do processo, o art. 319 do Código de Processo Penal passou a elencar 09 medidas cautelares, tendo o art. 320 do mesmo diploma legal passado a autorizar expressamente a possibilidade de retenção do passaporte:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

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

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

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

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

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

(...)

§ 4º. A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

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

Conforme já tratado no presente trabalho, a prisão preventiva é medida excepcional, aplicável quando as demais medidas cautelares, mais brandas, além de outras previstas em legislação especial, não são suficientes para assegurar as exigências cautelares.

Em outras palavras, verificando o magistrado que tanto a prisão preventiva quanto uma das medidas cautelares diversas da prisão são idôneas para atingir o fim proposto, deverá optar pela medida menos gravosa, preservando, assim, a liberdade de locomoção do agente.

Assim como a prisão preventiva, as medidas cautelares diversas da prisão também estão condicionadas à presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.

Portanto, nos casos em que a liberdade plena do agente não colocar em risco a eficácia das investigações, o processo criminal, a efetividade do direito penal ou a própria segurança da coletividade, não haverá motivo para a imposição nem da prisão preventiva nem de qualquer outra medida cautelar.

CONCLUSÃO

A prisão preventiva, espécie de prisão cautelar, é uma ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, que visa a garantir a eficácia do processo, bem como a evitar que o agente não volte a delinquir.

No entanto, conforme destacado no presente trabalho, esse importante instituto não deve ser aplicado de forma banal, com a finalidade de antecipação da pena. Tal medida, como já explanado, é medida excepcional.

As medidas cautelares não têm um fim em si mesmas. Não podem cumprir o papel da pena.

É fato que aproximadamente 1/3 da população carcerária no Brasil é composta por presos preventivos, culpados ou inocentes, que aguardam encarcerados o resultado final do processo. Conforme dados publicados em 06 de maio de 2017, no site da “Folha de São Paulo”¹⁷, desses presos preventivos, 29% estão sendo acusados por tráfico de drogas, vários por terem sido apreendidos na posse de ínfima quantidade de droga. Muitos deles, réus primários.

O site do “Estadão”¹⁸, em matéria publicada em 27 de novembro de 2014, noticiou um levantamento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e do Ministério da Justiça que apontou que 37,2% dos casos de prisão preventiva no Brasil terminam com a soltura dos encarcerados, ainda que condenados. Esse dado, de plano, indica inobservância do princípio da proporcionalidade (vide 1.3.9).

Em geral, a população brasileira vive em contínua sensação de terror e de insegurança, muito em razão da influência sensacionalista de políticos de plantão e da mídia sensacionalista, sempre pronta para explorar o medo do crime que assola a população.

¹⁷Fonte: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/05/1881581-presos-provisorios-somam-34-nas-cadeias-e-custam-r-64-bi-por-ano.shtml>. Acessado em: 26/07/2018.

¹⁸ Fonte: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,no-brasil-37-dos-presos-provisorios-acabam-soltos-diz-ipea,1599101>. Acessado em: 26/07/2018.

Quando se coloca alguém na cadeia ou presídio, pouco importa para a população se o agente está preso cautelarmente ou se foi condenado.

Com isso, tendo em vista as dificuldades que o sistema judicial enfrenta para alcançar com rapidez um definitivo julgamento de mérito, dando a proporcional e justa resposta estatal às condutas que constituem infração penal, a resposta rápida que o Estado pode oferecer à população é o encarceramento do agente, sem considerar que a prisão preventiva se trata de medida cautelar e não de antecipação da pena.

O drama se acentua pela excessiva duração dos processos e essa realidade contribui para aumentar a aflição de quem lida com a liberdade humana.

No entanto, o papel do sistema judicial não é oferecer uma solução simplória para satisfazer os desejos de vingança da população, trancafiando o investigado ou acusado cautelarmente, sem considerar os dispositivos legais e princípios constitucionais incidentes. Isso não significa defender a impunidade.

A supressão ou manutenção da liberdade humana precede de criteriosa e responsável avaliação pelos profissionais de Direito (juízes, promotores de justiça, advogados, delegados de polícia).

Concluimos o presente trabalho, citando o Excelentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso, no posfácio do livro “Prisão Cautelar Drama, Princípios e Alternativas” que inspirou o presente trabalho:

Precisamos de um direito penal moderado, sério e igualitário, capaz de proteger os direitos fundamentais dos cidadãos e dos acusados. O Saudoso Professor Heleno Fragoso gostava de dizer que não queria um direito penal melhor, mas sim, ‘algo mais que o direito penal’. A frase é boa, assim como a aspiração de que um dia possa ser assim. Por ora, todavia, a jornada a ser empreendida envolve uma dupla transformação: a superação da cultura judicial autoritária, de um lado, e de outro, a cultura da impunidade em relação à criminalidade de gente abastada. (CRUZ, 2018 p. 318)

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 7ª ed. Rio de Janeiro : Método, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão - Causas e Alternativas**. 5ª ed. São Paulo : Saraiva, 2017.

CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar Dramas, Princípios e Alternativas**. 4ª ed. Brasília : JusPODIVM, 2018.

FARIAS, Michele Cristina. **Evolução histórica da prisão preventiva e prisão em flagrante no Brasil**. Uberaba/MG. Disponível em <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3294/evolucao-historica-prisao-preventiva-prisao-flagrante-brasil>> Acesso em: 16 mai 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. 2ªed. Salvador : JusPODIVM, 2016.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**. 6ª ed. Rio de Janeiro : Método, 2012.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 5ª ed. Salvador : JusPODIVM, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 14ª ed. São Paulo : Forense, 2015.