

**André Luís Sanches**

**A CAUTELAR PRISÃO PREVENTIVA EM FACE DO  
PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O  
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

**Centro Universitário Toledo  
Araçatuba-SP  
2006**

**André Luís Sanches**

**A CAUTELAR PRISÃO PREVENTIVA EM FACE DO  
PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O  
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Dissertação apresentada no Curso de Mestrado em Direito área de concentração Prestação Jurisdicional no Estado Democrático de Direito a Unioleto de Araçatuba-SP, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação da profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches.

**Centro Universitário Toledo  
Araçatuba-SP  
2006**

## **FOLHA DE APROVAÇÃO**

Membros da Comissão Julgadora da Dissertação de Mestrado de Direito apresentada à UNITOLEDO de Araçatuba, em 22 de setembro de 2006

Comissão Julgadora:

---

Profa. Doutora **Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches**

---

Prof. Doutor **Frederico da Costa Neto**

---

Prof. Doutor **Ednilson Donisette Machado**

## DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho a minha filha que diante da tenra idade foi obrigada a entender as minhas ausências decorrentes das longas horas de estudo. Dedico também a minha Mãe (*in memoriam*) que não pôde, por força da lei da vida, presenciar e participar do término deste trabalho, pessoa que em nenhum momento pensou que não fosse concluído com êxito. Uso as mesmas palavras para referir-se a meu pai e meu irmão.

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar agradeço a Deus, pois nos momentos difíceis e quando a dúvida pairava sobre a conclusão deste trabalho, era Nele que encontrava forças para continuar.

Em segundo lugar agradeço aos grandes mestres que contribuíram para a realização deste trabalho, Professor Doutor Antonio Scarance Fernandes e minha orientadora Professora Doutora Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches por ter tido o privilégio de ser seu orientando, e ainda, diante de tamanho conhecimento jurídico que lhes é peculiar, por terem conduzido com sabedoria e humildade o desenvolvimento do presente trabalho.

Agradeço também às amigas Professoras Beatriz Prates Lippe e Ana Claudia Rodrigues, que nos momentos difíceis souberam dizer as palavras certas, proporcionando ânimo e conforto necessários para continuar a caminhada.

Para não cometer injustiças, não citarei nomes, mas agradeço aos meus amigos, que mesmo indiretamente colaboraram para a realização deste trabalho, sabendo ouvir as lamentações, consequência das longas horas de estudo.

“A inexistência de crime exigiria completa eunomia, isto é, pessoas inteiramente realizadas em todos os níveis psicossociais, e sociedade perfeitamente integrada. Daí a afirmação óbvia de que as normas traçam diretrizes-limite de comportamento socialmente aceitável, estabelecidas a partir de valores, padrões e modelos que definam a natureza e os objetivos de um sistema social.

(CASTRO, 1993 p. 257)

## **RESUMO**

O presente trabalho buscou demonstrar que no confronto entre a necessidade da prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência, deve ser observado o princípio da proporcionalidade a fim de se prestar uma tutela jurisdicional efetiva. Para tanto, buscou-se levantar os aspectos principais da medida cautelar prisão preventiva, com as respectivas circunstâncias autorizadas, ou seja, para garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, assegurar a aplicação da lei penal e para conveniência da instrução criminal. Foi realizado um estudo da presunção de inocência, no qual ninguém pode ser considerado culpado antes de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, confrontando com a prisão preventiva, medida cautelar que retira do convívio da sociedade o acusado de um crime sem uma sentença penal condenatória. O princípio da proporcionalidade com seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, foi apresentado como sendo perfeitamente possível sua aplicação diante do decreto de uma prisão preventiva. Foi apresentado ainda o projeto de lei que prevê mudanças no capítulo que cuida das prisões cautelares, citado neste trabalho o referente à prisão preventiva.

## **RESUMEN**

El presente trabajo buscó demostrar que en el confronto entre la necesidad de la prisión preventiva y el principio de la presunción de inocencia, debe ser observado el principio de la proporcionalidad a fin de que se preste una tutela jurisdiccional efectiva. Para tanto, se buscó la demostración de los aspectos principales de la medida cautelar prisión preventiva, con sus respectivas circunstancias autorizadas, o sea,

para la garantía de la orden pública, la garantía de la orden económica, para asegurar la aplicación de la ley penal y para la conveniencia de la instrucción criminal. Un estudio de la presunción de la inocencia, donde nadie puede ser considerado culpado antes de una sentencia penal condenatoria transitada en juzgado, confrontando con la prisión preventiva, medida cautelar que retira del convivio de la sociedad el acusado de un crimen sin una sentencia penal condenatoria, fue realizado. El principio de proporcionalidad con sus subprincipios de la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, fue presentado como siendo perfectamente posible su aplicación delante el decreto de una prisión preventiva. Fue presentado todavía el proyecto del ley que preve cambios en el capítulo que cuida de las prisiones cautelares, citado en este trabajo el referente a la prisión preventiva.

## **ABSTRACT**

The present work looked for to demonstrate that in the confrontation between the need of the protective custody and the beginning of the innocence presumption, the beginning of the proportionality should be observed in order to if it renders a protection jurisdictional it executes. The present paperwork is about the main aspects of the wariness measure preventive prison, with the respective circumstances that authorize them, so that, to guarantee the public order, and the economic order, to assure the application of the penal law and for the convenience of the criminal instruction. A study about the innocence presumption, that nobody can be considered guilty before a condemnatory penal sentence in having judged, confronting with the preventive prison, wariness measured that excludes from society the accused of a crime without a condemnatory penal sentence, was accomplished. The principle of the proportionality with



its subprinciples of adaptation, need and proportionality in strict sense, was presented as being perfectly possible its application in the decree of a preventive prison. It was even presented the law project that foresees changes in the chapter about the wariness prisons, mentioned in this paperwork about preventive prison.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>I. A PRISÃO CAUTELAR PENAL</b>	
1.1 Breves considerações acerca das medidas cautelares.....	17
1.2. Características das medidas cautelares.....	21
1.2.1. Jurisdicionalidade.....	21
1.2.2. Urgência.....	22
1.2.3. Acessoriedade.....	22
1.2.4. Provisoriedade.....	22
1.2.5. Instrumentalidade.....	23
1.3 Requisitos das medidas cautelares.....	24
1.3.1. Do <i>fumus boni iuris</i> .....	24
1.3.2. Do <i>periculum in mora</i> .....	25
1.4 Prisões cautelares – noções.....	26
1.5 Prisão-pena e prisão processual.....	29
1.6 Aspectos relevantes da prisão preventiva no direito Romano e na idade média.....	31
1.7 Prisão preventiva em Portugal.....	32
1.8 Prisão preventiva no direito brasileiro.....	34
<b>II A PRISÃO PREVENTIVA NO DIREITO PENAL E PROCESSUAL BRASILEIROS</b>	
2.1 Admissibilidade da custódia preventiva.....	42
2.1.1 Crimes dolosos punidos com reclusão.....	43
2.1.2 Crimes punidos com detenção.....	45
2.1.2.1 Vadiagem.....	46
2.1.2.2 Dúvidas sobre a identidade do acusado.....	48
2.1.3 Reincidência.....	50
2.1.4 Violência doméstica e familiar contra a mulher.....	50
2.2 Prisão Preventiva e o art. 366 do CPP.....	52
2.3 Preventiva e inquérito policial.....	54
2.4 A Lei 9.099/95 e a prisão preventiva.....	56

2.5	Proibição legal de decretação da medida cautelar.....	58
2.5.1	Causa excludente de ilicitude.....	58
2.5.2	Presidente da República.....	61
2.5.3	Período Eleitoral.....	61
2.5.4	Contravenções penais.....	61
2.5.5	Crimes culposos e prisão preventiva.....	62
2.5.6	Crimes dolosos punidos com detenção.....	62
2.6	Preventiva e apresentação espontânea do acusado.....	63
2.7	Fundamentação da decisão que decreta ou denega a prisão preventiva	63
2.8	Prazo da prisão preventiva .....	67
2.9	Recurso em caso de prisão preventiva.....	74
2.9.1	Denegação.....	74
2.9.2	Decretação.....	75
2.10	A prisão preventiva na reforma do Código de Processo Penal.....	79
<b>III</b>	<b>PRISÃO PREVENTIVA, PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE</b>	
3.1	Momento e competência para decretar a prisão preventiva	85
3.2	Pressupostos para decretação da prisão preventiva.....	87
3.2.1	Prova da existência do crime.....	87
3.2.2	Indício suficiente de autoria.....	88
3.2.2.1	Indícios – noções gerais.....	88
3.2.2.2	Indícios na prisão preventiva.....	89
3.3	Circunstâncias que autorizam a decretação da prisão preventiva	91
3.3.1	Garantia da ordem pública.....	91
3.3.2	Garantia da ordem econômica.....	104
3.3.3	Conveniência da instrução criminal.....	106
3.3.4	Assegurar a aplicação da lei penal.....	108
3.3.5	Magnitude da lesão causada .....	111
3.4	A resposta social e a presunção de inocência .....	116
3.5	Aspectos do devido processo legal na prisão preventiva.....	123
3.6	Necessidade de solução diante da colisão de direitos pelo princípio da proporcionalidade.....	127
3.6.1	Adequação.....	139
3.6.2	Necessidade.....	142

3.6.3 Proporcionalidade em sentido estrito.....	143
<b>CONCLUSÃO</b> .....	149
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	158

## INTRODUÇÃO

Num Estado de Direito Democrático, a liberdade é a regra, a restrição à liberdade é a exceção.

Para regular a vida em sociedade, viabilizando a harmonia que deve existir entre os povos civilizados, são necessárias normas jurídicas. As normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si, chamado de ‘ordenamento jurídico’.

### **Justificativa**

A fim de se manter a paz entre as pessoas, normas permissivas e proibitivas, são elaboradas pelo Estado. Aquele que pratica uma conduta em desacordo com as regras preestabelecidas num Estado Democrático de Direito, sofre sanções. Entretanto, para que essas sanções sejam aplicadas, o devido processo legal, com todas as suas peculiaridades deve ser observado. Acontece que da data do fato tido como criminoso até a manifestação do judiciário, com a prolação da sentença, seja condenatória ou absolutória, pode haver necessidade de tirar o acusado do convívio da sociedade a fim de protegê-la, seja de forma direta (evitando o cometimento de novos crimes) ou de forma indireta (garantir o bom andamento da *persecutio criminis*). O *jus libertatis*, garantido constitucionalmente a todo cidadão, sendo este considerado inocente até que seja proferida uma sentença penal condenatória, é quebrado quando se retira o acusado do convívio da sociedade, encarcerando-o provisoriamente. O princípio da presunção de inocência previsto na Carta Magna, com o decreto de uma prisão provisória, *a priori*, estaria em descompasso.

Haja vista que a Constituição Federal vigente é de 1988 e o Código de Processo Penal é de 1941, a Constituição expressa os valores da democracia, enquanto que o CPP de um estado ditatorial (fascista) e policialesco que foi o do Governo Vargas. É fácil visualizar um choque entre Princípio de inocência (CF) e o princípio de Culpabilidade (CPP).

A Constituição vigente é extremamente protecionista, porque não falar garantista, pois traz expressamente um rol de dispositivos a fim de garantir à pessoa humana além do óbvio que é o direito a vida, várias garantias individuais-processuais. O legislador constituinte se preocupou com a efetividade de processo, elencando inúmeros direitos chamados “fundamentais”, protegidos inclusive contra o próprio legislador elevando tais direitos a inalterabilidade os considerando “*cláusula pétrea*”.

Em descompasso com a assertiva acima, o que se vê é o uso indiscriminado da prisão cautelar preventiva, e em muitos casos constata-se a preocupação em se dar uma resposta a sociedade, deixando-se de lado o fim primordial da cautelar que é sua instrumentalidade.

## **Objetivos**

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que somente os requisitos constantes no código de processo penal que autorizam a decretação da prisão preventiva não bastam para garantir a tutela jurisdicional efetiva, ou seja, justa. O presente estudo tem por objetivo dar um enfoque constitucional, haja vista que para o decreto da medida extrema “prisão preventiva”, os requisitos do código de processo penal, devem ser analisados à luz do princípio da proporcionalidade.

## Hipóteses

De um lado estaria a pretensão punitiva do Estado e de outro o *jus libertatis* e a presunção de inocência garantidos constitucionalmente ao acusado. Diante da necessidade de restrição dessa liberdade, com a adoção de medida cautelar, o princípio da proporcionalidade vem ao encontro desse conflito aparente de interesses e direitos, devendo ser sopesado se a medida a ser adotada é adequada e necessária para se atingir o fim desejado.

Não havendo outra maneira de se atingir o fim colimado, o decreto da medida restritiva de liberdade deverá ser devidamente fundamentado, sob pena de infringir preceito constitucional, podendo caracterizar constrangimento ilegal.

A prisão provisória deve ser adotada como exceção, uma vez que traz seqüelas de índole individual e social definitivas ao encarcerado.

## Estrutura da Dissertação

O *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* são requisitos para a adoção de uma medida cautelar e conseqüentemente para a prisão cautelar.

Dentre as prisões cautelares ou provisórias previstas no ordenamento jurídico brasileiro, que são a prisão em flagrante, prisão decorrente de pronúncia, prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível, prisão temporária, que não deixam de ser preventivas, no presente estudo dissertativo, buscou-se apresentar um levantamento histórico da medida cautelar *prisão preventiva*, chamada *strictu sensu*, tema central dessa pesquisa.

No primeiro capítulo, a pesquisa abordará a medida cautelar prisão preventiva desde o período romano ao período colonial brasileiro, discorrendo sobre todas as alterações realizadas até a presente data.

Discorreu-se no segundo capítulo sobre o momento e admissibilidade da prisão preventiva diante dos crimes dolosos punidos com reclusão, punidos com detenção, quando o acusado for vadio, diante de dúvidas sobre a identidade do acusado, quando condenado por outro crime doloso em sentença transitada em julgado e em face do agressor que cometa violência doméstica e familiar contra a mulher.

No mesmo Capítulo serão previstos os casos de proibição legal, os quais a medida cautelar prisão preventiva não pode ser decretada.

É tratada da fundamentação da decisão que decreta ou denega a prisão preventiva, com suas conseqüências e, ainda, os recursos cabíveis.

Não há no Código de Processo Penal norma expressa prevendo recurso contra o decreto de prisão preventiva, sendo esse tema tratado em tópico à parte.

Noutro tópico é tratado do *prazo* da prisão preventiva, discorrendo-se a respeito das correntes doutrinárias que se formaram sobre o tema.

É apresentado ainda o Projeto de Lei que cuida da reforma do Código de Processo Penal no que se refere às prisões cautelares, no qual houveram alterações significativas a respeito das circunstâncias que autorizam a medida restritiva de liberdade prisão preventiva.

Após um levantamento histórico da prisão preventiva, com seus requisitos e circunstâncias autorizativas, ou seja, para garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal e a que gera maior discussão por parte da doutrina, para garantia da ordem pública, será tratado da presunção de inocência no terceiro capítulo. Outra circunstância que embora não conste no



artigo 312 do Código Processo Penal, será estudada, a magnitude da lesão causada, como autorizadora da prisão preventiva.

Ainda no terceiro capítulo, o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito serão apresentados como uma forma de decidir sobre a decretação da prisão preventiva, fazendo a justiça esperada, ou melhor, evitando-se a injustiça. A prisão cautelar, depois de cumprida, torna-se uma punição antecipada, não se apaga da memória e da vida do acusado. Por ser medida extrema, este princípio prevê a adoção da medida somente nos casos em que outra medida menos gravosa não possa ser adotada.

## **Metodologia**

A pesquisa procurará acompanhar as normas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas), especialmente no que se refere às notas de rodapé e indicação bibliográfica, visando à padronização. As citações serão feitas quase que exclusivamente de forma direta, com raras exceções em paráfrases e em notas de rodapé. A citação-nota foi a opção para a nota de rodapé.

Os autores escolhidos para fundamentar a pesquisa foram aqueles que mais têm se destacado no cenário jurídico nacional, haja vista o respeito entre os operadores do direito, tendo citações em decisões judiciais nos vários juízos, inclusive nos Tribunais Superiores.

O método utilizado foi o dedutivo e a técnica de pesquisa a bibliográfica, utilizando-se de livros nacionais e estrangeiros, bem como artigos e revistas jurídicas.

As citações de língua estrangeiras foram traduzidas sob responsabilidade do autor.

## I. A PRISÃO CAUTELAR PENAL

### 1.1 Breves considerações acerca das medidas cautelares

Há que se refletir e ponderar quando se pensa em crime, em prisão, em justiça e em legalidade. Quando se pensa que um homem vai para a prisão, logo por dedução, pensa-se que ele fez por merecer. “Foi julgado culpável por um fato punível com pena de prisão e, portanto, se fez justiça ao encarcerá-lo”. O que é um crime, o que é um fato punível e não punível. Look Hulsman e Jaqueline Bernat de Celis na obra “*Penas perdidas. O sistema penal em questão*”, faz questionamentos do que vem a ser considerado um crime. Ser homossexual, se drogar, ser bígamo são fatos puníveis em alguns países e noutros não. Condutas como a blasfêmia, a bruxaria, a tentativa de suicídio eram puníveis. A *relatividade* do conceito de infração varia no tempo e no espaço. O que é considerado crime num local e tempo pode não ser em outro. Mas o ser humano é o mesmo. “De um dia para o outro, o que era delito deixa de sê-lo e aquele que era considerado delinqüente se torna um homem honesto, ou, pelo menos, não tem mais que prestar contas à justiça penal. É a lei que diz onde esta o crime; é a lei que cria o criminoso”<sup>1</sup>.

Decretar uma prisão sem culpa formada, seguindo somente a letra da lei, torna-se um risco do cometimento de uma injustiça, pois nem tudo que está escrito é sinônimo de justiça, ou seja, somente por estar inserido num ordenamento jurídico.

Segundo Hulsman e Celis vários códigos penais incluíram no seu texto que a finalidade da pena é a reinserção social do condenado. Entretanto não passa de uma promessa piedosa, “na prática, o sistema, enquanto tal, se manteve integralmente repressivo. A prisão tem sempre o significado de castigo e o estigma que imprime sobre

aqueles que atinge se manifesta, contrariamente ao princípio proclamado”, sofrendo aqueles que de lá saem uma marginalização social<sup>2</sup>.

Formada a relação jurídica processual, durante o lapso temporal existente do início desta relação até o final com a prestação jurisdicional, podem existir situações nas quais se não forem tomadas medidas urgentes, implicarão conseqüências que poderão influir no resultado esperado com a prestação jurisdicional invocada. A finalidade do processo é prestar uma tutela jurisdicional efetiva.

Por efetividade estamos nos referindo à necessidade de se preservar o adequado funcionamento de um (processo) e outra (jurisdição penal), de maneira a permitir que ambos cumpram as suas importantes missões, tanto como instrumento de garantia do indivíduo quanto de aplicação da lei penal<sup>3</sup>.

Romeu Pires de Campos Barros, discorrendo sobre esse *tempo*, justifica o surgimento das medidas cautelares, pois estas objetivam a

evitar que com o decorrer do tempo seja alterada a matéria do processo, tornando impossível à finalidade neste colimada. Através dela se procura colocar as coisas que interessam ao processo numa situação de letargia, evitando-se que sejam modificadas com o decurso do tempo<sup>4</sup>.

Essas medidas, quando tomadas no decorrer do processo, antecedendo inclusive a sentença, são chamadas de *medidas cautelares*.

Na técnica processual, as providências cautelares constituem os instrumentos através dos quais se obtém a antecipação dos efeitos de um futuro provimento definitivo, exatamente com o objetivo de assegurar os meios para esse mesmo provimento definitivo possa vir a ser conseguido e, principalmente, possa ser eficaz.<sup>5</sup>

No sistema processual penal, essas medidas cautelares podem ser divididas em cautelares pessoais (prisões provisórias, medidas de segurança, interdições de direitos, fiança e outras); cautelares de natureza civil, reais, (arresto, seqüestro, busca e

---

<sup>1</sup> HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas. O sistema penal em questão*. Trad. Maria Lúcia Karan. Rio de Janeiro: Luam, 1993 p. 64

<sup>2</sup> Idem, Ibidem, p. 94

<sup>3</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 407-408

<sup>4</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982 p. 12

<sup>5</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 53

apreensão, cautelares relacionadas à reparação do dano), e as medidas cautelares relativas à prova, ou seja, depoimentos antecipados, exame de corpo de delito, perícia complementar, exame do local do crime e outras.

As medidas cautelares são tomadas em face da lentidão na apreciação do mérito de um processo em andamento. Não tomando determinada providência cautelarmente, pode se chegar ao final de um processo e o fim almejado não ser alcançado.

A medida cautelar “é uma tutela imediata, conquanto preventiva buscando resguardar direitos e bens para assegurar, a final, a eficácia das providências determinadas na decisão final (sentença).”<sup>6</sup>

Assim, a garantia cautelar surge, como que posta a serviço da ulterior atividade jurisdicional, que deverá restabelecer, definitivamente, a observância do direito: é destinada não tanto a fazer justiça, como a dar tempo a que a justiça seja feita.<sup>7</sup>

O desenvolvimento do processo, diante de uma lide<sup>8</sup> processual penal, por mais ágil que seja, exige em determinadas situações, que medidas acauteladoras sejam tomadas. Pode não ser possível esperar a resposta jurisdicional, pois esta depende de todo o desenrolar do processo. É necessário que se tomem medidas com o fim de antecipar certos resultados que, pelo rito normal, só seriam produzidos ao final do processo.

<sup>6</sup> SZNICK, Valdir. *Liberdade, Prisão Cautelar e Temporária*. 2ª ed., São Paulo: Leud, 1995 p. 286

<sup>7</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994 p. 316

<sup>8</sup> O uso do termo *lide penal* não é aceito unanimemente pela doutrina. Também chamada de *controvérsia penal*, se estabelece entre a pretensão punitiva e o direito à liberdade. A situação litigiosa pode não mais existir no curso do processo. Exemplificando essa afirmação, seria quando o órgão da acusação pede a absolvição ou recorre em benefício do acusado. O processo penal continua até a decisão judicial, embora a lide penal, não mais exista. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *ob. cit.*, p. 128). Segundo TOURINHO FILHO, “...com o simples surgimento da pretensão punitiva forma-se a lide penal. Mesmo que o autor da conduta punível não queira resistir à pretensão estatal, deverá fazê-lo, pois o Estado também tutela e ampara a *jus libertatis* do indigitado autor do crime. Revela-se, assim, a lide penal, por meio do binômio: direito de punir versus direito de liberdade. É, pois, *sui generis* litígio penal.” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997 p. 14)

“Na técnica processual, essas providências tomam o nome de *cautelas* e podem ser adotadas pelo juiz, de forma rápida e urgente, após uma sumária cognição dos requisitos que as autorizam, sempre em caráter de excepcionalidade”<sup>9</sup>.

É necessário que se demonstre de forma razoável que a demora na prestação da tutela jurisdicional coloca em risco o desenvolvimento do processo ou a efetivação da possível sentença condenatória.

“A medida cautelar penal não visa reagir ao ilícito, nem exigir o cumprimento de uma obrigação, ou reagir, a um comando inobservado; nem visa à segurança social.”<sup>10</sup>

Visa assegurar que o Estado garanta a tutela jurisdicional de forma efetiva. Haja vista que uma medida cautelar justifica-se pelo seu caráter *instrumental*.

No sistema processual brasileiro vigente, o legislador optou pelo sistema acusatório. Com isso o juiz se mantém numa posição de “garantidor de garantias”. Deve privar pelo interesse de uma tutela jurisdicional efetiva, mas também pelas garantias do acusado, que não pode ser considerado objeto do litígio, e sim sujeito de uma relação jurídica processual. Diferente do sistema inquisitivo onde a “mistura de acusação e juízo compromete, sem dúvida, a imparcialidade do segundo e, por seu turno, frequentemente a publicidade e a oralidade do processo”. À falta de observância dos direitos do acusado no trâmite processual segundo o autor italiano “debilita todas as demais e, em particular, as garantias processuais da presunção de inocência do acusado antes da condenação, do ônus acusatório da prova e do contraditório com a defesa”<sup>11</sup>.

O presente estudo dissertativo será direcionado às medidas cautelares processuais penais, mais especificamente às medidas cautelares pessoais.

---

<sup>9</sup> FERNANDES, Antonio Scarance, GRINOVER, Ada Pellegrini, MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *As nulidades no processo penal*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2000 p. 275-276

<sup>10</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. *ob. cit.*, p. 11

## 1.2 Características das medidas cautelares

Pode-se relacionar algumas características das medidas cautelares, a saber: a *jurisdicionalidade*, a *urgência*, a *acessoriedade*, a *provisoriedade* e a *instrumentalidade*.

### 1.2.1 Jurisdicionalidade

A *jurisdicionalidade* da medida cautelar prisão preventiva vem garantida na Constituição Federal de 1988, na qual expressamente se determina que tal medida somente pode ser decretada por autoridade judiciária competente (art. 5º, inc. LXI). A partir do momento em que o Estado avocou para si a tutela jurisdicional, cabe a ele, representado pelo Juiz, manifestar-se decidindo imperativamente a respeito do que lhe é apresentado. “Para o **Princípio da jurisdicionalidade** não há pena sem processo. Este princípio encontra-se consagrado em diversos incisos do art. 5º da Constituição Federal, tais como o LIII, LIV, LV, LVII<sup>12</sup>, e proíbe que se aplique qualquer sanção penal sem a instauração do devido processo judicial”. À luz do preceito contido no inciso LIII supra citado, onde “ninguém será processado e nem sentenciado senão pela autoridade competente”, finaliza a autora, “se não pode haver pena sem processo, também não pode

---

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002 p. 79

<sup>12</sup> Constituição Federal, artigo 5º, inciso LIII, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”; inciso LIV, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; inciso LV, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”; inciso LVII, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

haver processo sem juiz. O acesso à jurisdição é premissa material e lógica para a efetividade dos direitos fundamentais”<sup>13</sup>.

### **1.2.2 Urgência**

A *urgência* constitui característica importante das medidas cautelares, pois se esta não for tomada em determinado momento, a decisão final pode comprometer-se. Por outro lado, se a urgência não estiver presente ela não deve ser decretada.

### **1.2.3 Acessoriedade**

A *accessoriedade* da providência cautelar auxilia o processo em andamento, fazendo com que possa chegar ao seu término com êxito na apreciação de todas as provas sem obstrução destas.

### **1.2.4 Provisoriedade**

Outra característica das medidas cautelares é a *provisoriedade*, tendo em vista que a medida vigora enquanto se aguarda a tutela definitiva, seus efeitos perduram durante o desenvolver do processo. A provisoriedade da medida vem expressa no art. 316 do Código de Processo Penal quando prevê que o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no decorrer do processo, verificar a falta de motivo para que subsista.

---

<sup>13</sup> SANCHES, Samyra Haydée Dal Farra Napolini. *Estado de Direito, Minimalismo Penal e Garantismo Processual Penal: em busca das garantias perdidas*. Ensaio de artigo científico apresentado pela autora na banca de qualificação de dissertação de mestrado na Unioledo em 09 de julho de 2006.

As medidas cautelares “só podem subsistir enquanto subsistam os motivos que as determinaram.”<sup>14</sup>

Toda medida cautelar é caracterizada pela provisoriedade, no sentido de que a situação preservada ou constituída mediante o provimento cautelar não se reveste de caráter definitivo, e, ao contrário, se destina a durar por um espaço de tempo delimitado.<sup>15</sup>

A prisão cautelar possui somente efeitos provisórios, não obstante lide com o direito à liberdade e o estigma não é provisório, que é um direito material, ao contrário do que acontece com algumas medidas cautelares reais, que acabam tendo efeitos permanentes.<sup>16</sup>

### 1.2.5. Instrumentalidade

As medidas cautelares têm caráter *instrumental*, tendo-se em conta que por meio destas se garante o resultado da tutela jurisdicional. Não têm um fim em si mesmas. São adotadas em função do processo a fim de garantir o seu bom andamento, julgamento e eficácia da sentença proferida.

A característica da *instrumentalidade* é ínsita à prisão cautelar na medida em que, para não se confundir com pena, só se justifica *em função* do bom andamento do processo penal e do resguardo da eficácia de eventual decreto condenatório.<sup>17</sup>

Segundo Gomes Filho a cautelaridade constitui uma técnica processual destinada a superar os riscos inerentes à própria estrutura do processo, ou seja, a medida de urgência se faz necessária, “ao estabelecer dilações para a correta averiguação da situação trazida ao conhecimento do órgão judiciário, assegurando especialmente a participação dos interessados na formação do provimento desejado”, e se não adotadas

<sup>14</sup> DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *ob. cit.*, p. 66.

<sup>15</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 37ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004 p. 353



“traz em si o perigo de que, ao final, o estado das coisas tenha sofrido alterações substanciais capazes de tornar absolutamente ineficaz a intervenção estatal para solução do conflito”<sup>18</sup>.

O caráter instrumental visa assessorar o processo principal, garantindo-se o seu bom desenvolvimento, a fim de que o Estado possa prestar a tutela jurisdicional de maneira efetiva.

### 1.3 Requisitos das medidas cautelares

Quanto aos requisitos das medidas cautelares, devem apresentar-se concomitantemente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, expressões latinas tradicionalmente designadas pela doutrina.

Requisitos inerentes a qualquer medida cautelar, seja no processo civil, seja no processo penal, é condição *sine qua non*.

#### 1.3.1 Do *fumus boni iuris*

O *fumus boni iuris*, chamado no direito civil de fumaça do bom direito é um dos requisitos das medidas cautelares. Liga-se à possibilidade jurídica do pedido, de maneira que abstratamente, seria a previsão de que a medida pleiteada tem base, tem fundamento. É a demonstração de um direito provável, é a possibilidade de procedência da ação principal. Basta um juízo de probabilidade. É necessário que haja probabilidade de que seja verossímil a existência desse direito.

---

<sup>16</sup> DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *ob. cit.*, p. 66.

<sup>17</sup> Idem, *Ibidem*, p. 66.

<sup>18</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *ob. cit.*, p. 55.

É preciso que no caso concreto a existência do direito posto como fundamento da cautela se apresente pelo menos com razoáveis probabilidades; na situação de urgência em que se desenvolve a atividade cautelar, não se pode exigir mais do que isso, até porque se fosse necessária uma cognição completa e aprofundada sobre a existência do direito, melhor seria renunciar ao provimento acautelatório e aguardar o principal.<sup>19</sup>

Para se alcançar uma providência de natureza cautelar se faz necessária a plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretenda segurança, ou seja, *fumus boni iuris*.<sup>20</sup>

Dentro do tema que será melhor estudado mais adiante, ou seja, a prisão preventiva, o *fumus boni iuris* se faz presente, quando o juiz analisa, no inquérito ou no processo, a prova da existência do crime e os indícios suficientes de autoria, ou seja, se traduz no binômio materialidade e autoria. Deve haver uma probabilidade de condenação.

### 1.3.2 Do *periculum in mora*

O segundo requisito das medidas cautelares é o *periculum in mora* ou o perigo na demora, assim tratado no direito civil. Importa levar em conta que diante da demora do pronunciamento jurisdicional, o direito em litígio, quando reconhecido judicialmente com a prolação da sentença, pode não mais ser alcançado. A perda pode ser irreversível, pondo em perigo a eficácia da prestação jurisdicional.

Aqui, entretanto, nem sempre basta uma cognição superficial, tendente à verificação da simples probabilidade, sendo exigível, na maioria dos casos, que a constatação do perigo se faça de forma plena e aprofundada antes da concessão da medida cautelar.<sup>21</sup>

É preciso demonstrar um *dano potencial*, um risco que corre o processo de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do *periculum in mora*, risco esse que deve ser objetivamente apurável.

---

<sup>19</sup> Idem, Ibidem, p. 54.

<sup>20</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *ob cit.*, p. 360

<sup>21</sup> Idem, Ibidem., p. 55.

Roberto Delmanto Junior, fala em lugar de *fumus boni iuris*, *fumus commissi delicti* e em lugar de *periculum in mora*, *periculum libertatis*.

Para que a prisão cautelar possa ser aplicada, o magistrado deverá verificar, concretamente, a ocorrência do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, ou seja, se a prova indica ter o acusado cometido o delito, cuja materialidade deve restar comprovada, bem como se a sua liberdade *realmente* representa *ameaça* ao tranqüilo desenvolvimento e julgamento da ação penal que lhe é movida, ou à futura e eventual execução.<sup>22</sup>

O *periculum in mora* se expressa pela garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, circunstâncias exigidas para a decretação da prisão preventiva, concomitante ou individualmente.

A atividade cautelar foi preordenada a evitar que o dano oriundo da inobservância do direito fosse agravado pelo inevitável retardamento do remédio jurisdicional (*periculum in mora*). O provimento cautelar funda-se antecipadamente na hipótese de um futuro provimento jurisdicional favorável ao autor (*fumus boni iuris*): verificando-se os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o provimento cautelar opera imediatamente, como instrumento provisório e antecipado do futuro provimento definitivo, para que este não seja frustrado em seus efeitos.<sup>23</sup>

Quanto ao requisito do *periculum libertatis*, a decisão que decreta ou mantém o encarceramento provisório deverá sempre demonstrar com fundamentação da decisão, embasada em dados concretos, em que consiste o perigo que a liberdade do acusado acarreta à instrução (inquérito ou processo) ou à aplicação de eventual pena ou para garantia da ordem pública.<sup>24</sup>

#### 1.4 Prisão Cautelar – Noções

Das medidas cautelares nas modalidades de prisão provisória, há que se ressaltar que não existe processo penal cautelar, diferente do que ocorre no processo civil,

<sup>22</sup> DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *ob. cit.*, p. 67.

<sup>23</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *ob. cit.*, p. 316.

onde se inicia um processo cautelar, sendo este finalizado com uma sentença extintiva do feito. No processo penal, na realidade o que se têm são medidas ou providências cautelares ínsitas ao processo de conhecimento ou, inclusive, ao de execução.<sup>25</sup>

*Carcer ad custodiam*, assim os canonistas chamavam a prisão cautelar de natureza processual. Trata-se de uma prisão que antecede à condenação. *Carcer ad poenam*, seria a prisão como pena.

A palavra “*prisão*” tem vários significados, dentre eles: captura, apreensão, carceragem, reclusão, detenção, encarceramento.

A palavra “*cautelar*”, proveniente de cautela, tem vários significados dentre eles: circunspeção, cuidado, precaução, prevenção, prudência, recato, resguardo, tento, cautelamento.

A *prisão cautelar* é uma medida de encarceramento do indivíduo preventivamente ou por precaução. É a restrição da liberdade do cidadão antes de uma sentença penal condenatória.

Na prisão provisória ou cautelar, não se tem por escopo a aplicação da pena. A prisão provisória visa resguardar o processo, com ela busca-se a efetividade da prestação jurisdicional.

A medida cautelar que será tratada no presente trabalho é que implica a restrição do direito de liberdade do acusado. São duas as possibilidades de restrição da liberdade na esfera penal. A prisão cautelar diverge da prisão de natureza penal. A prisão de natureza cautelar não tem a finalidade de punir, mas servir como instrumento para a realização do processo ou para a garantia de seus resultados. A prisão de natureza penal tem legitimidade após o trânsito em julgado de uma sentença condenatória. Visa punir o réu. Aqui não há que se falar em acusado e sim em réu.

---

<sup>24</sup> DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *ob. cit.*, p. 68.

<sup>25</sup> Idem, *Ibidem*, p. 61.

Diferente do que acontece no processo civil, no processo penal o juiz não possui um poder geral de cautela:

não se pode cogitar em matéria criminal de um “poder geral de cautela”, através do qual o juiz possa impor ao acusado restrições não expressamente previstas pelo legislador, como sucede no âmbito da jurisdição civil; tratando-se de limitação da liberdade, é indispensável a expressa permissão legal para tanto, pois o princípio da legalidade dos delitos e das penas não diz respeito apenas ao momento da cominação, mas à “legalidade da inteira repressão”, que põe em jogo a liberdade da pessoa desde os momentos iniciais do processo até a execução da pena imposta.<sup>26</sup>

José Frederico Marques leciona que a prisão cautelar não pode ser entendida como de caráter processual, pois prisão processual seria toda aquela decretada pelo juiz no exercício dos poderes contidos na jurisdição que exerce: ela deriva da *coertitio* ou *potestas coercendi* que a jurisdição confere ao juiz, ou da *executio* que é imanente ao poder jurisdicional. Ainda, segundo o processualista, prisão processual é a que o juiz impõe, como providência compulsória, ao síndico, ao inadimplente em obrigação alimentar, ao depositário infiel, ao falido relapso, prisão que o juiz impõe em sentença condenatória. Cita um exemplo de prisão não processual e sim prisão cautelar de caráter administrativo a decorrente de decreto do Ministro da Justiça contra quem vai ser expulso do território nacional<sup>27</sup>.

A prisão cautelar, um dos objetivos da tutela preventiva, não pode ser considerada um ato de imposição puramente aleatório, senão como uma necessidade para a preservação de uma situação que não se pode esperar pela solução definitiva, sob pena de ver frustrado a própria aplicação do direito, ao respectivo caso.<sup>28</sup>

O grande problema das medidas cautelares consiste em que, se adotadas, criam o perigo de injustiça antecipando a punição e, se não, corre-se o risco da impunidade.

<sup>26</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *ob. cit.*, p. 57.

<sup>27</sup> MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual*. 2ª ed., Campinas: Millennium, 2001 p. 223

<sup>28</sup> SILVA JÚNIOR, Euclides Ferreira da. *Prisão - liberdade provisória - habeas corpus*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000 p. 02

## 1.5 Prisão-pena e prisão processual

Distingue-se a prisão processual da prisão-pena. Esta, o próprio nome já diz, é consequência de uma condenação com trânsito em julgado, enquanto aquela, *a contrario sensu*, não é proveniente de uma sentença penal condenatória.

Diferente da prisão pena, a prisão processual pode ser revogada a qualquer momento, dependendo das circunstâncias que autorizaram sua decretação.

De acordo com Alessandro Baratta, pensar em cárcere é o mesmo que pensar no sentido oposto a “educação”. A prisão tem um caráter repressivo e uniformizante. Uniformizante, pois no cárcere o indivíduo se desfaz de conceitos e experiências vividas e se apropria de uma nova vida, uma nova aprendizagem, ou seja, a carcerária. Esta difere em muito do que se espera da chamada “educação ou reinserção” do preso ao convívio social de forma digna. “Os clássicos testes de personalidade mostraram os efeitos negativos sobre a psique dos condenados e a correlação destes efeitos com a duração”. O autor chama de enfoque idealista, sendo premissa fundamental “o axioma segundo o qual a pena é uma resposta à criminalidade, um meio de luta contra ela”<sup>29</sup>.

A prisão-pena só se torna legítima com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O Estado, a partir daí, tem legitimidade para privar o indivíduo do convívio social, com a execução da pena.

O fundamento da prisão-pena é a condenação e o fundamento da prisão processual são os pressupostos legais para assegurar os interesses sociais e processuais. A prisão-pena se decreta após o julgamento do mérito da ação, enquanto a prisão processual se decreta durante o inquérito ou durante o processo (preventiva).

---

<sup>29</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999 p. 184.

Diversa da prisão penal propriamente dita, a prisão cautelar, que alguns também denominam 'prisão processual', não deve objetivar a punição, constitui apenas instrumento para a realização do processo ou para garantia de seus resultados.<sup>30</sup>

A prisão sem pena é chamada de prisão processual ou prisão provisória, que compreende no direito brasileiro a prisão em flagrante, a prisão resultante de pronúncia, a prisão decorrente de sentença penal condenatória de primeiro grau, a prisão temporária (Lei nº 7.960 de 21.12.1989) e, propositadamente citada por último, a prisão preventiva, objeto do presente estudo.

A prisão preventiva é uma medida cautelar que visa à privação de liberdade do acusado sem uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado.

“A prisão preventiva não é uma pena, porque a pena não pode ser imposta sem a certeza do delito e de quem seja o delinqüente, isto é, sem uma decisão final, que produza a firmeza do juízo.”<sup>31</sup>

Esta medida cautelar incide sobre um dos direitos fundamentais do homem, ou seja, a sua liberdade.

A única fonte legítima para suprimir a liberdade de uma pessoa como prisão-pena é a sentença penal condenatória transitada em julgado.

A prisão preventiva, como medida de privação da liberdade pessoal, reveste-se de excepcional gravidade e importância, em virtude de ser decretada contra uma pessoa apenas *suspeita*, ou melhor, contra quem ainda não foi declarado culpado por uma sentença transitada em julgado. Sendo a liberdade individual um direito fundamental, inerente ao ser humano, amparado pela legislação de todos os países democráticos, representa a medida uma afronta a esse direito, que, somente após o pronunciamento judicial, poderá sofrer qualquer restrição. Daí justificá-la como uma *injustiça necessária*<sup>32</sup>

O legislador constituinte teceu cuidados especiais quando tratou do direito a vida, a liberdade, a integridade física e moral. Não pode agora o operador do direito, representante do Estado, na pessoa o juiz, deixar de respeitar tais direitos ao

<sup>30</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *ob. cit.*, p. 51

<sup>31</sup> ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S. A., 1959 p. 346

<sup>32</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. *ob. cit.*, p. 83

decretar a prisão de um acusado ou suspeito. Uma prisão indevida traz uma mácula irreparável no âmago moral de um ser humano.

### **1.6 Aspectos relevantes da prisão preventiva no direito romano e na idade média**

A prisão preventiva entre os Athenienses aparece para os crimes de peculato e de conspiração contra a pátria e a ordem política. Fora desses casos, o acusado aguardava o julgamento solto, sob caução ou fiança de três cidadãos, que ficavam responsáveis pelo seu comparecimento em juízo.<sup>33</sup>

A prisão surgiu mais como medida cautelar do que como pena. Em Roma, nos primeiros tempos, os meios coercitivos, usados pelo juiz, eram a citação pessoal, a detenção e a prisão preventiva. Desatendendo a citação pessoal, esta era convertida pelo magistrado em citação qualificada. Em face dessa conversão, o citando era detido. Essa detenção poderia ser transformada em prisão preventiva. Existiam cadeias públicas para a execução dessa medida, quando não era admitida fiança ou a guarda por particulares, tudo ficava a critério do juiz. Com a delegação aos tribunais permanentes das funções repressivas (*'quaestiones perpetuae'*), com o advento do processo acusatório, os cidadãos romanos não deveriam apresentar-se coativamente ao órgão julgante, em atenção ao princípio de *completa igualdade* entre a defesa e a acusação. A prisão preventiva, nesse período, era permitida somente para crimes contra a segurança do Estado, em casos de flagrante ou quando existia confissão. No período imperial, com o desaparecimento da justiça leiga, toda a jurisdição voltou para o juiz mediante a *extraordinária cognitio*. Com isso reapareceu a prisão preventiva, que se efetuava de três maneiras: *in carcelum, milite traditio e custodia libera*. Ficando totalmente a critério do magistrado, a prisão preventiva era decretada levando-se em conta os haveres, a reputação,



a dignidade do imputado e a natureza do fato incriminado. Deveria haver indícios graves de culpabilidade, e desde que se tratasse de crimes graves. Seguindo o princípio de que todo “cidadão romano devia ficar em liberdade até o julgamento”, a prisão preventiva era usada moderadamente, passando a ser admitida somente quando houvesse confissão. Sendo exigência para a decretação da preventiva, a confissão e evidência do crime, fica assim demonstrado que o objetivo da medida era assegurar a atuação da pena definitiva.<sup>34</sup>

Na idade média, à cautela penal, era atribuída uma função equivalente à da citação do magistrado. Houve um retrocesso após o aparecimento do *processo inquisitivo*. O réu era preso, para dele dispor durante o processo. Enquanto no segundo período do direito romano a confissão era imprescindível para decretação da prisão preventiva, no período medieval, a prisão era medida preliminar, indispensável para submeter o acusado à tortura e obter a confissão. Também chamadas de *juízos de Deus*, era a época das ordálias.<sup>35</sup>

### 1.7 Prisão preventiva em Portugal

Portugal, a partir do século XIII, começou a dar acolhida às normas do direito romano e ao direito canônico. Produto da fusão dessas duas correntes, consagrou os dois tipos de processo, o inquisitório e o acusatório. Em 1358, D. João I, promulgou uma lei restringindo as prisões preventivas, dando nova forma ao processo criminal das querelas. Dentre outras medidas, determinava, a prisão do quereloso, caso fosse verificado ser maliciosa a querela. Constam nas Ordenações Afonsinas, proibição de prisões por simples querelas ou denúncias, “a menos que seja tanto achado de feito que mereça ser

---

<sup>33</sup> MALTA, Tostes. *Da prisão preventiva*. São Paulo: Saraiva & Comp. Editores, 1935 p. 49

<sup>34</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. *ob. cit.*, p. 66-68

<sup>35</sup> Idem, *Ibidem*, p. 66-68.

preso, salvo se mostrar logo feridas abertas e sangüentas e laidamento do corpo”, só “depois de querela jurada e testemunhas nomeadas”. Com alguma diferença, na Ordenação Manoelina, eram declarados os casos em que podia ser pronunciada a prisão, sem proceder à informação de testemunhas, casos em que a prisão se verifica mediante querela jurada pelos querelosos, sem sumário. Objetivando evitar a opressão, resultante da querela maliciosa, a Ordenação Filipina, assim expressava: “e posto que seja querelado por querela perfeita, os julgadores não prendam por ela, até contra os querelados ser tanto provado, por que mereçam ser presos”, e ainda, “e mostrando-se pelas ditas testemunhas tanto, por que deva ser preso, o prenda com toda diligência”, ficando com isso ao arbítrio do juiz. Segundo as regras da Lei da Reformulação da Justiça de 06 de dezembro de 1612, ninguém podia ser preso antes da culpa formada e sem mandado do juiz, excetuando os casos, que, provados, merecessem pena de morte natural os indiciados nos crimes e os casos de flagrante delito.<sup>36</sup>

João Mendes de Almeida Junior dissertava há muito tempo que:

Fora destes dois casos, o réu só podia ser prêso preventivamente *depois de pronunciado*, prisão que continuava até o julgamento. Esta pronúncia era um decreto pelo qual o juiz declarava o réu indiciado em crime, a qualidade do crime e o modo por que deveria livrar-se da imputação (*livramento*). A pronúncia era *ordinária*, *especial* ou de *réo capiêdo*: *ordinária*, nos crimes em que o réu se livrava sôlto; *especial*, nos crimes em que o réu se livrava seguro, afiançado ou prêso; a de *réo capiêdo* tinha lugar nos crimes mais graves em que a prisão deveria inflexivelmente continuar até o julgamento<sup>37</sup>

Pode-se concluir da legislação portuguesa aplicada no Brasil colonial, que a prisão preventiva constituía uma exceção, sendo somente admitida antes da culpa formada, nos casos graves, e ainda a formação da culpa deveria ser realizada dentro de oito dias, caso não a fizesse, o réu deveria ser posto em liberdade. Em todos os casos a prisão preventiva era *facultativa*. Assim era disciplinada a matéria atinente à prisão preventiva, em Portugal e outros países europeus, quando em 03 de novembro de 1789 com a

---

<sup>36</sup> Idem, Ibidem, p. 69-71.

<sup>37</sup> ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *ob. cit.*, p. 327.

Revolução Francesa, no art. 9º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, expressamente enunciou: “todo homem, sendo presumido inocente até que seja declarado culpado, se for decidido que é indispensável prendê-lo, todo rigor que não seja necessário para a segurança de sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei”.<sup>38</sup>

### 1.8 Prisão preventiva no direito brasileiro

O primeiro ato importante de D. Pedro, o Príncipe Regente, a respeito da prisão preventiva após o período imperial foi em 23 de maio de 1821, quando decretou, em desempenho de sua palavra: ... E sendo o meu primeiro dever e desempenho de minha palavra o promover o mais austero respeito à lei e antecipar quanto ser possa os benefícios de uma Constituição liberal:

Hei por bem excitar pela maneira mais efficaz e rigorosa a observância da sobre-mencionada legislação, ampliando-a e ordenando, como por este decreto ordeno:  
 1º Que desde a sua data em diante nenhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser presa sem ordem por escripto do juiz ou magistrado criminal do território, excepto somente o caso de flagrante delicto, em que qualquer do povo deve prender o delinqüente.  
 2º Que nenhum juiz ou magistrado criminal possa expedir ordem de prisão sem preceder culpa formada por inquirição summaria de tres testemunhas, duas das quaes jurem contestes, assim o facto que em lei expressa seja declarado culposo, com a designação individual do culpado<sup>39</sup>

A independência política brasileira é proclamada em 1822, sendo que em 25 de março de 1824 é decretada a Constituição Imperial. Trouxe no artigo 179, parágrafos 8º e 10, que “ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na Lei: e nestes, dentro de vinte e quatro horas, contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, vilas ou outras povoações próximas aos lugares da residência do juiz: e nos lugares remotos, dentro de um prazo razoável, que a lei marcará, atenda a extensão do território, o juiz por uma nota, por êle assinada, fará constar ao réu o motivo da prisão, os

<sup>38</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. *ob. cit.*, p. 69-71

<sup>39</sup> MALTA, Tostes. *ob. cit.*, p. 121-122.

nomes do seu acusador e os das testemunhas”. “À exceção do flagrante delito, a prisão não pode ser executada senão por ordem escrita da autoridade legítima. Se esta for arbitrária, o juiz que a deu, e quem a tiver requerido, serão punidos com as penas que a lei determinar.”<sup>40</sup>

O primeiro diploma processual, o Código de Processo Criminal do Império, é decretado em 1832. Trouxe no seu artigo 175, relativo às prisões, que: “poderão também ser presos sem culpa formada os que forem indiciados em crimes, em que não tem lugar fiança; porém nestes, e em todos os mais casos, à exceção do flagrante delito, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escrita da autoridade legítima.”

Discorrendo sobre o artigo acima, o Conselheiro Vicente Alves de Paula Pessoa, explica que: “Declara o aviso, de 2 de janeiro de 1865, que sendo a disposição deste artigo facultativa e dependente de critério da autoridade competente, para ordenar a prisão, aquela só a deve decretar, quando pelas provas ou indícios, que colher, se convencer de que o indivíduo praticou um crime inafiançável; não bastando para isso, a simples apresentação de queixa ou denúncia por crime inafiançável.” Embasado no Regulamento nº 120 de 1842, explica que a prisão excepcionalmente permitida, representa uma medida de precaução, “que tende a evitar que a futura pena da lei venha a ser ilidida, em sua execução, pela fuga do provável réu”.<sup>41</sup>

Assim era regulada a matéria da prisão preventiva, quando em 1891, instalada a República, com a outorga da Constituição de 1891 (art. 34, inciso 23), os Estados-Membros passaram a ter competência para legislar sobre matéria processual. Cada Estado deveria elaborar seu Código de Processo, deixando assim de existir uma uniformidade processual nacional.

---

<sup>40</sup> ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *ob. cit.*, p. 285-286.

<sup>41</sup> PAULA PESSOA, Vicente Alves de, *apud* BARROS, Romeu Pires de Campos. *ob. cit.*, p. 72.

No tocante à prisão preventiva, o legislador gaúcho trouxe em seu Código de Processo Penal no artigo 194 que “a ordem de prisão preventiva **deve ser** expedida: a) no caso de homicídio ou lesão corporal gravíssima, salvo se estes fatos são justificáveis ou cometidos casualmente; b) nos atentados à propriedade, quando as penas excedam de quatro anos de prisão celular; c) se o indiciado, durante a formação de culpa, pratica novo delito, ameaça à parte ofendida ou tenta corromper ou intimidar as testemunhas” (grifo nosso).

Estabeleceu-se aqui a chamada *prisão preventiva obrigatória*. Foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal inconstitucional, por não se conciliar com a legislação federal, a respeito das restrições à liberdade individual.<sup>42</sup>

Nenhum outro Estado-Membro adotou tal medida.

Em 1909 com o Decreto nº 2.110 de 30 de setembro, houve alteração em alguns dispositivos da Lei nº 2.083 de 1871 e do Decreto nº 4.824 de 1871. Assim dispôs o Decreto:

Art. 27 A prisão preventiva é autorizada de acordo com a legislação vigente.

§ 1º Nos crimes afiançáveis quando se apurar no processo que o indiciado:

- a) é vagabundo, sem profissão lícita e domicílio certo;
- b) já cumpriu pena de prisão por efeito de sentença

proferida por tribunal competente.

§ 2º Nos crimes inafiançáveis enquanto não prescreverem, qualquer que seja a época em que se verifiquem indícios veementes de autoria ou culpabilidade, revogado o § 4º do art. 13 da Lei nº 2.083 de 1871 e § 3º do art. 29 do Dec. nº 4.824 de 29 de novembro do mesmo ano.

Art. 28 - A requisição e a concessão de mandado de prisão preventiva serão sempre fundamentadas.

A Constituição brasileira de 1934 tirou a competência dos Estados-Membros de legislarem a respeito de matéria processual.

O texto legal da Constituição de 1934, que dispunha a respeito da prisão, expressava no art. 113, nº 21, que “ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei. A prisão ou a detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e promoverá, sempre que de direito, a responsabilidade da autoridade coatora” e nº 22 “ninguém ficará preso, se prestar fiança idônea, nos casos por lei estatuídos”.

Na Constituição de 1937, assim era disposto sobre a prisão no art. 122, nº 11: “à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois da pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, assegurada antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa.”

Há que se ressaltar que na vigência desta Constituição a comunicação da prisão e a fiança deixaram de ser *garantias constitucionais*. Estas garantias foram restabelecidas com o advento da Constituição de 1946, expressamente no art. 141, parágrafos 20, 21 e 22.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Penal em 1941, disciplinando a matéria de maneira unitária para todos os Estados, aquilo que fora

---

<sup>42</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. *ob. cit.*, p. 176.

repudiado, era reintegrado ao ordenamento jurídico pátrio, ou seja, a *prisão preventiva obrigatória*.

Após uma exegese da exposição de motivos do Código de Processo Penal que passou a ter vigência a partir de 03 de outubro de 1941 por meio do Decreto Lei nº 3.689, no tópico intitulado “A prisão em flagrante e a prisão preventiva” no inciso VIII, tentou-se justificar a reincorporação no ordenamento jurídico brasileiro a prisão obrigatória, nestes termos:

A prisão preventiva, por sua vez, desprende-se dos limites estreitos até agora traçados à sua admissibilidade. Pressupostos a existência de suficientes indícios para imputação da autoria do crime, a prisão preventiva poderá ser decretada toda vez que o reclame o interesse da ordem pública, ou da instrução criminal, ou da efetiva aplicação da lei penal. Tratando-se de crime a que seja cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 (dez) anos, a decretação da prisão preventiva será obrigatória, dispensando outro requisito além da prova indiciária contra o acusado<sup>43</sup>.

Era obrigatória a restrição da liberdade do acusado se, além dos requisitos genéricos, ou seja, prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a pena cominada à infração fosse igual ou superior a dez anos. O juiz era obrigado a decretar a prisão preventiva. Estava acolhido aqui a presunção de necessidade da prisão.

Assim vinha disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal de 1941 – “a prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo igual ou superior a dez anos.”

O pressuposto específico para a decretação da custódia compulsória vinha expresso no art. 312, ou seja, pena de reclusão cominada ao crime por tempo igual ou superior a dez anos.<sup>44</sup>

A prisão preventiva compulsória era um dos exemplos desse autoritarismo processual que devemos à política direitista do *Estado Novo*. Transladada do

---

<sup>43</sup> BRASIL. *Constituição federal, código penal, código de processo penal*. Organizador Luiz Flávio Gomes. 3ª ed., São Paulo: RT, 2001 p. 334

<sup>44</sup> Na *Holanda* dentre as circunstâncias que autorizam a decretação da prisão preventiva, é prevista a possibilidade de decretação da medida quando a lei prescrever para o crime uma pena de prisão superior a doze anos. (GÓMEZ, Ramón Maciá. *Sistemas de Proceso Penal en Europa*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1998 p. 199)

processo penal italiano da era de *Mussolini*, essa medida de coação é de profunda iniqüidade e pode dar margem à prática de irreparáveis injustiças<sup>45</sup>.

Com a Lei nº 5.349 de 03 de novembro de 1967, a prisão preventiva obrigatória deixou de existir no ordenamento jurídico pátrio. Os artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal, foram alterados.

É necessário transcrever o art. 313, alterado pela lei supra citada, pois em 1977, sofre nova modificação pela Lei 6.416.

Art. 313<sup>46</sup>. A prisão preventiva poderá ser decretada:

- I- nos crimes inafiançáveis;
- II- nos crimes afiançáveis, quando se apurar no processo que o indiciado é vadio ou quando, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou indicar elementos suficientes para esclarecê-la;
- III- nos crimes dolosos, embora afiançáveis, quando o réu tiver sido condenado por crime da mesma natureza, em sentença transitada em julgado.

Com o advento da Lei n. 6.416 de 1977 o dispositivo sofre nova alteração, nestes termos:

Art. 313<sup>47</sup>. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:

- I- punidos com reclusão;

---

<sup>45</sup> MARQUES, José Frederico. *ob. cit.*, p. 231

<sup>46</sup> Redação dada pela Lei nº 5.349, de 3 de novembro de 1967

<sup>47</sup> Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977



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

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

IV- se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência<sup>48</sup>.

Artigo este que atualmente vigora no ordenamento jurídico pátrio.

A Lei nº 5.349/67 eliminou a prisão obrigatória, deixando-a facultativa, eliminou também o critério da gravidade do crime, ou seja, quando a pena cominada fosse por tempo máximo, igual ou superior a dez anos. Estabeleceu o critério da inafiançabilidade dos crimes, para justificar a decretação da prisão preventiva, além da garantia da ordem pública, assegurar as provas e a punição do acusado. A Lei nº 6.416/77, conserva a configuração do *periculum in mora*, elimina o critério da afiançabilidade dos crimes e parte para o aspecto da gravidade do crime cometido.

A terminologia *prisão preventiva facultativa* era usada quando existia no ordenamento jurídico pátrio a *obrigatória*. A doutrina fazia a distinção justamente para diferenciar uma e outra. No entanto, fala-se hoje somente em *prisão preventiva*, pois, usar a expressão facultativa, dá a impressão que fica subordinada à vontade do juiz.

A Constituição de 1967, dispôs que: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade competente. A lei disporá sobre a

---

<sup>48</sup> O inciso IV foi inserido por força da Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006. A referida Lei cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal.”

A Constituição vigente, de 1988, dispõe em seu art. 5º, inciso LXI, 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.”

Da redação de 1967, ou seja, decorridos vinte e sete anos, em 1994, com a Lei nº 8.884 de 11 de junho, o art. 312 do Código de Processo Penal, é alterado, sendo acrescentada à circunstância “*ordem econômica*”, como justificativa autorizadora da decretação da medida cautelar ‘prisão preventiva’. Assim vige atualmente:

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.

Com esta nova redação, o artigo sofreu duas alterações: a inclusão da decretação da prisão preventiva como *garantia da ordem econômica*; e a expressão de 1967, ‘indícios suficientes de autoria’, passando a expressão para o singular, ‘*indício suficiente de autoria*’.

Guilherme de Souza Nucci assim conceitua a prisão preventiva: “é uma medida cautelar de constrição da liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei”.<sup>49</sup>

A prisão preventiva é admitida em regra diante do cometimento de crimes dolosos punidos com reclusão como se verá no capítulo infra citado.

## II. A PRISÃO PREVENTIVA NO DIREITO PENAL E PROCESSUAL BRASILEIROS

### 2.1 Admissibilidade da custódia preventiva

O problema da admissibilidade da prisão preventiva será tratado de forma ampla, abrangendo não só as condições de admissibilidades previstas no artigo 313 do Código de Processo Penal, mas também sua admissibilidade diante do artigo 366 do mesmo estatuto e sua admissibilidade sem a instauração do inquérito policial.

Não é admissível a decretação de prisão preventiva em caso de contravenção penal, afiançável ou não. O Código de Processo Penal sempre se refere a crime e nunca contravenção.

A prisão preventiva pode ser decretada em regra nos crimes dolosos punidos com reclusão, ficando excluídos, portanto, os crimes culposos. Crimes punidos com detenção, quanto a estes, todavia a prisão será possível quando o indiciado for vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la. Pode ser decretada ainda a prisão preventiva quando o réu tiver condenação por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no art. 64, inciso I do Código Penal.<sup>50</sup> Pode ainda ser decretada a prisão preventiva contra o agressor quando o crime envolver violência doméstica e familiar contra mulher.

---

<sup>49</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: RT, 2002 p. 541

<sup>50</sup> Assim vem disposto no Código de Processo Penal artigo 313 – Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos: **I-** punidos com reclusão; **II-** punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; **III-** se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal. **IV-** se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. A ressalva contida no inciso III supra mencionado se refere ao artigo 64, I da nova parte geral do Código Penal, *in verbs*: “Para efeito de reincidência: não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.”

No Brasil não é levada em conta a quantidade da pena a ser aplicada como condição para a decretação da prisão preventiva.

Na *Itália*, a medida cautelar restritiva de liberdade, prisão provisória, pode ser decretada somente diante de indícios graves de culpabilidade (art. 273 c. 1 CPP), o juiz deve analisar a gravidade dos fatos e a sanção prevista e ainda a medida somente pode ser decretada para crimes com pena de prisão perpétua ou com o mínimo de três anos.<sup>51</sup>

Na *Alemanha* não cabe o decreto de prisão provisória quando se tratar de crimes menores (§ 113 I StPO). A prisão deve ser decretada diante de crimes graves (§ 112 III StPO), como a prática de homicídio, lesões que tenham causado morte, genocídio, delitos cometidos por meio de explosivos e que ponham em perigo a vida ou a integridade corporal e outros.<sup>52</sup>

Na *Espanha*, quanto ao critério quantitativo da pena, exige para a decretação da medida cautelar, que a pena cominada seja superior a três anos. Caso seja inferior ou igual a três anos, poderá ser decretada desde que os antecedentes do acusado, as circunstâncias do fato, a perturbação social causada pela conduta ou a frequência com que ocorrem delitos análogos, justifique a medida adotada.<sup>53</sup>

### **2.1.1. Crimes dolosos punidos com reclusão**

A regra é permitir a decretação da prisão anterior a uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado somente para acusados de crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade, na modalidade de *reclusão*.

---

<sup>51</sup> MARTY, Mireille Delmas. *ob. cit.*, p. 399.

<sup>52</sup> Idem, *Ibidem*, p. 142-143.

<sup>53</sup> HENDLER, Edmundo S. *ob. cit.*, p. 83.

Nos *crimes dolosos punidos com reclusão*, o legislador autorizou a preventiva por entender que nestes crimes a gravidade é maior e o agente cometeu o crime intencionalmente.

Todavia sob o fundamento da “*aplicação da lei penal*” a prisão preventiva não deve ser decretada para crimes de pequena lesividade, mesmo que apenado com *reclusão*. Com a sistemática do Código Penal vigente nos crimes com pena máxima de quatro anos, o acusado tem direito de cumpri-la em regime aberto<sup>54</sup>. Por conseguinte, não faz sentido encarcerá-lo preventivamente se com a condenação ficará em liberdade. Da mesma maneira não se justifica a adoção da medida preventiva sob o fundamento acima referido se o acusado poder faz jus às chamadas “*penas alternativas*” previstas no Código Penal nos artigos 43 a 48<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> Art. 33, § 2º, alínea c, do CP. “o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.”

<sup>55</sup> **Penas restritivas de direitos. Art. 43.** As penas restritivas de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998) I – prestação pecuniária; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998) II – perda de bens e valores; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998) III – (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998) IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984 , renumerado com alteração pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998) V – interdição temporária de direitos; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984 , renumerado com alteração pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998) VI – limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984 , renumerado com alteração pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998) **Art. 44.** As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998) I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998 ) II – o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998) III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998) § 1º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998) § 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998) § 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998) § 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998) § 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998) **Conversão das penas restritivas de direitos Art. 45.** Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998) § 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se

O legislador espanhol não fez distinção entre delitos culposos e dolosos no que se refere à decretação de prisão provisória.<sup>56</sup>

### 2.1.2 Crimes punidos com detenção

A regra é a previsão legal permitindo a decretação da prisão preventiva para os acusados de crimes *dolosos* punidos com *reclusão*. A exceção vem prevista no artigo 313, incisos II e III do Código de Processo Penal, permitindo a decretação da medida preventiva para os acusados de crimes *dolosos* punidos com *detenção*, somente em casos de *vadiagem, dúvida sobre a identidade do acusado e reincidência*. Conforme disposição do artigo 33 do Código Penal o cumprimento da pena de reclusão deve ser em

---

coincidentes os beneficiários. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998) § 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998) § 3º A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998) § 4º **(VETADO)** (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998) **Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas Art. 46.** A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998) § 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998) § 2º A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998) § 3º As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998) § 4º Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998) **Interdição temporária de direitos** (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) **Art. 47** - As penas de interdição temporária de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) IV – proibição de freqüentar determinados lugares. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998) **Limitação de fim de semana Art. 48** - A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) Parágrafo único - Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

<sup>56</sup> HENDLER, Edmundo S. *ob. cit.*, p. 83

regime fechado, semi-aberto, ou aberto. A pena de detenção deve ser cumprida em regime semi-aberto ou aberto<sup>57</sup>.

### 2.1.2.1 Vadiagem

Em caso de *crimes punidos com detenção*, é possível a cautelar preventiva, se estiverem presentes além dos pressupostos e requisitos autorizadores da

---

<sup>57</sup> Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal artigos 32 ao 36. **TÍTULO V DAS PENAS. CAPÍTULO I. DAS ESPÉCIES DE PENA Art. 32** - As penas são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa. **DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE . Reclusão e detenção. Art. 33** - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) § 1º - Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado. § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. § 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) § 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais. (Incluído pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003) **Regras do regime fechado. Art. 34** - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) § 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) § 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) § 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) **Regras do regime semi-aberto Art. 35** - Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) § 1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) § 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) **Regras do regime aberto. Art. 36** - O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) § 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) § 2º - O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

medida, provas de que o *acusado é vadio*, conforme dispõe o artigo 313, II do Código de Processo Penal, não bastando somente mera suspeita.

O sujeito vadio é aquele que vive voluntariamente ocioso, não trabalha porque não quer, tendo condições para isso.

O conceito de vadiagem é o previsto no Decreto-Lei nº 3.688 de 3 outubro de 1942, chamado de *Lei das Contravenções Penais*, em seu art. 59, assim vem expresso: “entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita.”

Contudo tal dispositivo não tem mais sentido por ser infração de menor potencial ofensivo, é o que salienta Sérgio Marcos de Moraes Pitombo: “a afirmação de que, nos crimes apenados com detenção, a prisão preventiva, em senso estrito, pode decretar-se, tanto que vadio o acusado, hoje não guarda mor sentido. A contravenção penal de vadiagem considera-se de menor potencial ofensivo (art. 61 da Lei 9.099/95).”<sup>58</sup>

No mesmo sentido Paulo Roberto da Silva Passos salienta que “em dias atuais, quando o desemprego é uma constante, não há que falar em prisão preventiva ocasionada pela ‘vadiagem’”.<sup>59</sup>

Fernando da Costa Tourinho Filho ressalta que a restrição de liberdade por meio da cautelar prisão preventiva nos casos de vadiagem do acusado, encontra respaldo na circunstância autorizadora para *garantir a execução da pena*.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Prisão preventiva, em sentido estrito*. In Justiça Penal 7 - Críticas e sugestões - justiça criminal moderna. Coordenador Jaques de Camargo Penteado. São Paulo: RT, 2000 p. 121-137

<sup>59</sup> PASSOS, Paulo Roberto da Silva. *Da prisão e da liberdade provisória – aspectos polêmicos*. Bauru: Edipro, 2000 p. 135

<sup>60</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *ob. cit.*, p. 481.



Levando-se em conta que nos crimes apenados até quatro anos o regime inicial de cumprimento de pena é o aberto, não pode alguém ser preso provisoriamente, sob o fundamento de garantir a execução da pena, para depois com a condenação, soltá-lo.

### **2.1.2.2 Dúvidas sobre a identidade do acusado**

Outra exceção a regra, também contida no artigo 313, II do Código de Processo Penal, ainda que o crime seja punido com detenção, é possível a restrição da liberdade cautelarmente decretando-se a prisão preventiva do acusado de um crime se houver *dúvidas sobre sua identidade*, ou se este não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la. Basta imaginar o acusado não-identificado por não possuir documentos, se solto, dificilmente seria encontrado para prosseguimento da instrução criminal.

A simples *dúvida sobre a identidade* do acusado não basta para a imposição da medida coercitiva preventiva. Além da presença dos pressupostos e requisitos para a decretação da prisão preventiva, ou seja, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, é necessário indicar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* proporcionadores do encarceramento cautelar.

Como já afirmado neste trabalho, a prisão preventiva não tem cabimento diante de uma contravenção penal ou um crime culposo, cabendo, apenas, em crime doloso. Via de regra, tem cabimento somente diante de crimes apenados com reclusão.

Caberá, entretanto, a decretação da prisão preventiva, mesmo que o crime seja apenado com detenção, desde que presente além dos pressupostos e requisitos do artigo 312, a condição prevista no artigo 313, inciso II, do Código de Processo Penal.

A restrição de liberdade por meio da cautelar prisão preventiva nos casos de dúvida sobre a identidade do acusado, encontra respaldo nas circunstâncias autorizadoras para garantir a execução da pena e pela conveniência da instrução criminal.

Como salienta Fernando da Costa Tourinho Filho a respeito da dúvida sobre a identidade do acusado, “se o indiciado permanecer em liberdade, dificilmente poderá ser encontrado para cumprir eventual pena”.<sup>61</sup>

Prender o acusado sobre o qual recaiam dúvidas sobre sua identidade baseada na circunstância autorizadora da conveniência da instrução criminal, servirá para dar início a persecução penal. Embora seja possível iniciar a investigação criminal sem a identificação do acusado de um delito, difícil imaginar um processo criminal com um acusado não identificado. A prisão se faz necessária até que sejam colhidos elementos que identifiquem o acusado.

### **2.1.3 Reincidência**

Ainda é possível a cautelar preventiva se o acusado tiver sido *condenado por outro crime doloso em sentença transitada em julgado*. Este crime pode ser da mesma natureza ou não, apenado com detenção ou reclusão. Há apenas uma ressalva prevista no inciso I do art. 64 do Código Penal. Segundo esse dispositivo para efeitos de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido lapso temporal superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer a revogação.

Não tem sentido apoiar a prisão preventiva em uma condenação antiga, se esta não produz efeitos na órbita penal, deixando de gerar reincidência.

---

<sup>61</sup> Idem, Ibidem, p. 481

Portanto, o inciso III do artigo 313 do Código de Processo Penal trouxe outra ressalva, permitindo a decretação da prisão preventiva para crimes apenados com detenção, quando reincidente.

O permissivo legal não traz a instrumentalidade necessária para legitimar a segregação do indivíduo cautelarmente. O fato de existir um crime preexistente não pode justificar a prisão preventiva. A instrumentalidade processual perde a razão de ser.

#### **2.1.4 Violência doméstica e familiar contra a mulher**

Com a inclusão do inciso IV do artigo 313 do Código de Processo Penal inserido no ordenamento jurídico por força da Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006, a prisão preventiva pode ser decretada contra o agressor que cometa violência doméstica e familiar contra a mulher. Poderá ser decretada de ofício ou mediante representação do Ministério Público ou da autoridade policial.

Configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

No âmbito da “*unidade doméstica*” o legislador delimitou o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive esporadicamente agregadas. Como “*âmbito familiar*” o legislador definiu a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa. O legislador protegeu também a mulher vítima de violência em razão de qualquer “*relação íntima de afeto*”, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independente de coabitação.

No parágrafo único do artigo 5º da Lei supra mencionada traz de forma expressa a possibilidade da adoção de medidas protetivas inclusive contra outra mulher, ou seja, a agressora. Assim se expressou o legislador: “As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”. Aqui o legislador lidou com uma realidade da atual sociedade brasileira, que é a convivência de pessoas do mesmo sexo, neste caso protegendo as do sexo feminino.

Dentre as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, o legislador caracterizou a “*violência física*” como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal. A “*violência psicológica*”, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação. A “*violência sexual*”, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos. A “*violência patrimonial*”, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades. A “*violência moral*”, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

O artigo 20 da Lei supra mencionada autoriza que o juiz decrete a prisão preventiva do agressor em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal. Pode ser decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Cabe ressaltar a necessidade de notificação da ofendida dos atos relativos ao agressor especialmente os pertinentes ao ingresso e saída da prisão em caso de revogação da prisão preventiva.

## **2.2 Prisão Preventiva e o artigo 366 do Código de Processo Penal**

Com a Lei 9.271 de 1996, o art. 366 do Código de Processo Penal teve nova redação, *in verbis*: “se o acusado, citado por edital, não comparecer nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e, se for o caso, **decretar prisão preventiva**, nos termos do disposto no art. 312”. (grifo nosso).

Surgiram questionamentos quanto ao restabelecimento da prisão preventiva obrigatória.

Para Damásio E. de Jesus<sup>62</sup> não foi restaurada a prisão preventiva obrigatória, justificando que o legislador previu sua decretação “*se for o caso*”. O encarceramento do acusado só pode ser decretado em casos especiais, como para a garantia da ordem pública ou econômica, garantir a produção de provas urgentes ou da aplicação da lei penal. Desta maneira não havendo os fundamentos para a decretação da custódia cautelar, a só ausência do citado por edital e a não constituição de advogado, não têm suporte para justificar a prisão preventiva.

---

<sup>62</sup> DAMÁSIO, E. de Jesus. *Notas ao art. 366 do Código de Processo Penal, com redação da Lei Nº 9271/96*. In Boletim IBCCRIM nº 42, jun. 1996 p. 03

Entendimento diverso é de Maximilianus Roberto Ernesto Fuhrer<sup>63</sup>, no sentido de que suspenso o processo e a prescrição, a prisão advém como medida natural e necessária para assegurar a continuação do feito e sua efetividade. A lei pretende trazer o réu a juízo para comunicá-lo da real acusação que lhe é feita. Realizados tais atos, não estando presentes outros requisitos para a manutenção da custódia cautelar, é perfeitamente possível sua revogação.

No mesmo sentido vem Jeferson Moreira de Carvalho: “Com a ausência do réu por tempo indefinido, o que se tem é certeza de que a lei não será aplicada, portanto, somente a prisão preventiva para que ele compareça em juízo dará a certeza da aplicação da lei penal. Não havendo outros motivos, é possível a revogação da medida após as providências necessárias”<sup>64</sup>.

Realmente não se verifica no artigo 366 do Código de Processo Penal a intenção de retorno a prisão preventiva obrigatória. Haveria uma ofensa ao princípio da presunção de inocência como acentua Antonio Magalhães Gomes Filho. Para ele a “suspensão do processo pela ausência do réu não torna automática a decretação da medida cautelar prisão preventiva”. Semelhante entendimento “viria a colidir, inclusive, com o preceito constitucional da *presunção de inocência* (art. 5º, inc. LVII), que embora não vede as prisões anteriores à condenação torna, certamente, inadmissíveis a prisão processual obrigatória, banida de nossa legislação pela Lei nº 5.349 de 1967.”<sup>65</sup>

Há que se ressaltar que a prisão provisória em discussão pode ser decretada a fim de se garantir efetividade processual sob o fundamento de *se “garantir a aplicação da pena”*. Entretanto deve ser analisada, além das limitações previstas na

---

<sup>63</sup> FUHRER, Maximilianus Roberto Ernesto. *O art. 366 do Código de Processo Penal e a Revolta da Doutrina*. In Boletim do IBCCRIM n. 50, jan., São Paulo, 1997 p. 03

<sup>64</sup> CARVALHO, Jeferson Moreira de. *Prisão e liberdade provisória*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999 p. 27

<sup>65</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Medidas cautelares da Lei 9.271/96: produção antecipada de provas e prisão preventiva*. In Boletim IBCCRIM, nº 42, junho, São Paulo, 1996 p. 5

própria lei processual penal (os requisitos inseridos no art. 312, mais aqueles impeditivos do art. 313, ambos do CPP), hoje, diante da conscientização da gravidade da prisão e suas malélicas seqüelas ao indivíduo, se examina e analisa não só a *necessidade* como, também, sua *utilidade*, ou seja:

Em princípio, somente se decreta a preventiva se houver prognóstico de cumprimento efetivo de pena privativa de liberdade. Os requisitos dos benefícios penais, como **a suspensão condicional da pena ou a prisão albergue**, podem não coincidir com a necessidade da prisão processual, mas, em princípio, **se há prognóstico fundado da concessão de um desses benefícios** e não há outro motivo legal autônomo (como por exemplo ofensa à ordem pública por ameaça à testemunhas), **a preventiva não deve ser decretada**. Isto porque, salvo motivo independente, não há razão de prisão processual se, condenado definitivamente, esta não se efetivará<sup>66</sup> (grifos nosso).

No mesmo sentido Gomes Filho, analisando a questão surgida com a nova redação do art. 366, do CPP, dada pela Lei n. 9.271/96 leciona:

Quanto à decretação da prisão preventiva do acusado ausente, é preciso ressaltar, inicialmente, o seu caráter de excepcional antecipação de um resultado possível do processo; por isso, não será admissível nos casos em que a restrição da liberdade não é normalmente esperada; essa a razão, aliás, da vedação da medida nos crimes culposos ou simplesmente apenados com detenção (art. 313, CPP), que também se aplica, evidentemente, à situação disciplinada pela nova lei.<sup>67</sup>

Há que se analisar cada caso concreto para se decretar a prisão preventiva sob tal circunstância.

### 2.3 Preventiva e inquérito policial

É possível a decretação da prisão preventiva sem inquérito policial? Embora não seja a praxe, é possível. Pode acontecer de o Ministério Público estar com informações e documentos que demonstrem tanto a materialidade como a autoria do crime.

---

<sup>66</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 4ª ed., Saraiva, 1997, p. 243

<sup>67</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. ob cit. p. 6

Neste caso pode o Ministério Público oferecer a denúncia e requerer a prisão preventiva do acusado.

Fernando da Costa Tourinho Filho entende ser possível a decretação da prisão preventiva sem instaurar inquérito policial e finaliza sua exposição dizendo que “normalmente, não se admite a prisão preventiva, sem que haja sido instaurado o inquérito policial.”<sup>68</sup>

O inquérito policial não é necessariamente indispensável à propositura da ação penal. Se o Ministério Público tiver em mãos informações suficientes, por meio de documentos e outros elementos de prova que demonstrem a materialidade delitiva e a autoria, poderá instaurar a ação penal contra o indiciado e, se for o caso, requerer ao juiz o decreto da prisão preventiva, ensejando o encarceramento provisório do denunciado.<sup>69</sup>

No mesmo sentido Julio Fabbrini Mirabete leciona em sua obra que “já se admitiu inclusive a decretação da prisão na inexistência de inquérito policial, uma vez fundada em peças informativas que demonstram a existência do crime e indícios de autoria”.<sup>70</sup>

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “a falta de inquérito policial não impede a decretação da custódia cautelar, desde que fundamentada em peças informativas da existência do crime e indícios de autoria apresentados pelo órgão acusatório” (RSTJ 67/253).

No mesmo sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nestes termos: “a ausência de inquérito policial não constitui óbice ao decreto de prisão preventiva requerido no corpo de denúncia e apoiado nas peças informativas que a instruem, demonstrando a existência do crime, de indícios suficientes de autoria e a necessidade de prisão cautelar” (RT 651/313-4)

---

<sup>68</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *ob. cit.*, p. 473.

<sup>69</sup> FRANCO, Paulo Alves. *ob. cit.*, p. 255.

<sup>70</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *ob. cit.*, p. 682-683.



Em sentido contrário, Jeferson Moreira de Carvalho afirma que é “cabível a prisão preventiva somente após a instauração do inquérito policial porque o texto legal expressa *em qualquer fase do inquérito*.”<sup>71</sup>

Decretada a prisão preventiva, não há que se falar em voltar os autos para a autoridade policial para investigação sem o oferecimento da denúncia, pois, se existem elementos suficientes para a decretação da prisão preventiva, os mesmos devem servir de base para o oferecimento da denúncia. Nada obsta que sejam requeridas diligências em separado à autoridade policial.

#### **2.4 A Lei 9.099/95 e a prisão preventiva**

Pode-se afirmar que o inciso II do artigo 313 do Código de Processo Penal supra mencionado no que se refere ao acusado *vadio* é letra morta. Pois, com o advento da Lei 9.099/95, instituidora dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais onde a princípio considerou “*crimes de menor potencial ofensivo*” os apenados até um ano, e posteriormente com o advento da Lei 10.259/01 que regulamentou os Juizados Especiais Federais, onde passou a considerar “*crimes de menor potencial ofensivo*”, os apenados até dois anos, e por força da Lei nº 11.313 de 28 de junho de 2006 que alterou o artigo 61 da Lei nº 9.099 de 1995 trazendo de forma expressa nestes termos: art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Portanto não se justifica aceitar a adoção de medida tão drástica como é a prisão preventiva por ser o réu *vadio* (contravenção).

---

<sup>71</sup> CARVALHO, Jeferson Moreira de. *ob. cit.*, p. 68.

No que diz respeito aos crimes de menor potencial ofensivo via de regra não deve ser decretada a prisão preventiva para *assegurar a aplicação da lei penal*. Entretanto para *garantia da ordem pública* e para *conveniência da instrução criminal* há a possibilidade de decretação da medida. Diante da reiteração de crimes, obstrução de provas, ameaça a testemunhas a medida pode ser plenamente justificada.

O acusado de um crime considerado de menor potencial ofensivo, tem o direito público subjetivo de responder ao processo em liberdade, após a lavratura do termo circunstanciado, desde que assuma o compromisso de comparecer ao Juizado Criminal. “Descumprido o ônus pelo autuado, haverá a correspondente perda de sua posição de vantagem, com a possibilidade, em casos muito excepcionais, de decretação da prisão preventiva, desde que presentes os requisitos dos arts. 312 e 313, CPP”<sup>72</sup>.

Roberto Delmanto Junior prevê a possibilidade do decreto de prisão preventiva para os “*crimes de menor potencial ofensivo*”, devendo seguir as mesmas regras dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, entretanto adverte que o juiz ao decidir sobre o decreto ou não da medida, deve estar atento a “*desproporcionalidade*” da prisão diante da pena prevista. Esclarece ainda que o próprio legislador classificou certos crimes como de *menor potencial ofensivo*, prevendo a possibilidade de *composição* (crimes de ação penal privada ou condicionada) e *transação* (crimes de ação penal condicionada ou incondicionada). Considerando ainda que nestes crimes sequer *prisão em flagrante* caberia, desde que o acusado assuma o compromisso de comparecer ao Juizado Especial Criminal, maior atenção o juiz há de ter ao analisar medida tão extrema que é a prisão preventiva.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 3ª ed., São Paulo: RT, 2000 p. 112

<sup>73</sup> DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *ob. cit.*, p. 142.

A “persistência do réu em praticar delitos apenados com detenção: autoriza a decretação da preventiva, pois a garantia da ordem pública fica seriamente comprometida”<sup>74</sup>, entenda-se reiteração de crimes de menor potencial ofensivo.

## 2.5 Proibição legal de decretação da prisão preventiva

A lei prevê em algumas situações a proibição da restrição da liberdade do acusado cautelarmente diante do cometimento de um crime, como veremos a seguir:

### 2.5.1 Causa excludente de ilicitude

A prisão preventiva não deve ser decretada diante de uma causa excludente de ilicitude. Em nenhum caso poderá ser decretada se o juiz verificar nos autos do inquérito ou do processo que o agente praticou o crime em *legítima defesa* própria ou de terceiro, em *estado de necessidade* ou em *estrito cumprimento do dever legal* e ainda no *exercício regular de um direito*.

Essa proibição está prevista no artigo 314 do Código de Processo Penal, que faz referência ao art. 19, I, II e III do Código Penal, (atual art. 23, I, II e III).<sup>75</sup>

Entende-se que age em “*legítima defesa*” quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem (artigo 25 do Código Penal).

<sup>74</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *ob. cit.*, p. 551

<sup>75</sup> Assim vem disposto o art. 314 do CPP- A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições do art. 19, I, II ou III do Código Penal. *O art. 19 do* corresponde ao atual artigo 23, I, II e III da nova parte geral do Código Penal. “Não há crime quando o agente pratica o fato: em estado de necessidade; em legítima defesa; em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito”.

Percebe-se de plano que no “*estado de necessidade*” infra citado, o perigo é *atual*, na legítima defesa é *atual ou iminente*. A agressão *atual* é a que está acontecendo e agressão *iminente* é a que está prestes a acontecer.

Dois requisitos são exigidos para a caracterização da legítima defesa, ou seja, a *existência de uma agressão* e que *a agressão seja injusta*.

Para que configure a legítima defesa somente podem ser utilizados os *meios necessários e moderados* a evitar a agressão.

O agente que excede na legítima defesa é responsabilizado. Pratica um ato acobertado pela excludente de ilicitude e extrapola os meios para evitar a agressão, será responsabilizado criminalmente.

Considera-se em “*estado de necessidade*” quem pratica o fato para salvar de perigo *atual*, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se (artigo 24 do Código Penal).

O *estado de necessidade*, ou para melhor entender, o *estado de perigo*, é um instituto de Direito Penal o qual isenta de pena o agente causador do dano ou lesão, se este assim agir.

Quando o agente causa uma lesão a um bem (pessoa ou coisa), desde que seu sacrifício seja imprescindível para a sobrevivência de outro bem protegido pelo ordenamento jurídico, quem age em *estado de necessidade* não é punido pelo sistema penal.

“Estado de necessidade é uma situação de perigo atual de interesses protegidos pelo Direito, em que o agente, para salvar um bem próprio ou de terceiro, não tem outro meio senão o de lesar o interesse de outrem”<sup>76</sup>.

---

<sup>76</sup> JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995 p. 322

Age em *estado de necessidade* aquele que pratica fato criminoso para salvar de perigo atual direito próprio ou alheio. A situação de perigo não pode ser causada pelo autor do fato, em tese, criminoso.

“Para aqueles que têm o dever legal de enfrentar o perigo, a conduta lesiva só é inevitável quando ficar comprovado que nem mesmo enfrentando o perigo o bem poderia ser salvo”.<sup>77</sup>

Agindo o autor da conduta no “*estrito cumprimento do dever legal*”, não haverá crime. O termo “dever legal”, significa que o agente causador do dano estará autorizado por lei, decreto, regulamento ou ato administrativo fundado em lei e que seja de caráter geral. Aqui também não pode haver o excesso.

Não há crime quando o agente pratica um ato no “*exercício regular de direito*”. Algumas condutas do ponto de vista penal, são consideradas crimes. Numa cirurgia, com as incisões ocorrem lesões corporais, entretanto se não forem realizadas tais lesões o paciente pode vir a morrer. Esse procedimento somente pode ser realizado por profissional habilitado, e nesse sentido estará agindo no *exercício regular de direito*.

Embora o fato possa ser típico, o agente pode estar amparado por uma excludente de antijuridicidade, não legitimando a decretação da medida cautelar.

Não é necessário que constem nos autos prova inequívoca da causa de exclusão de crime, pois o juiz não vai proferir neste momento uma decisão de mérito, basta que, diante do que lhe for apresentado, se convença da probabilidade de que o acusado não tenha praticado ato ilícito.

Esta decisão não vincula o Juiz, por ser uma decisão *rebus sic stantibus*, não o impede de futuramente decretar a medida cautelar ou ainda de proferir uma sentença condenatória.

---

<sup>77</sup> GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal: parte geral*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002 p. 76

### **2.5.2 Presidente da República**

Por força da Constituição Federal de 1988, é incabível a decretação da prisão preventiva contra o Presidente da República, conforme expressa o seu artigo 86, § 3º : “enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão”.

A razão deste preceito é meramente política.

### **2.5.3 Período eleitoral e prisão preventiva**

Cabe ressaltar que, nos termos do art. 236, da Lei nº 4.737 de 15 de julho de 1965, ou seja, o Código Eleitoral, a prisão preventiva, embora decretada, não pode ser executada cinco dias antes e até quarenta e oito horas depois do encerramento das eleições.<sup>78</sup>

O objetivo é assegurar a lisura dos pleitos eleitorais e o livre exercício do sufrágio.

### **2.5.4 Contravenções penais**

Não cabe prisão preventiva quando se tratar de crimes em que o réu se livra solto, ou seja, no caso de infração, a que não for, isolada, cumulativa ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade ou ainda que cominada não exceda a três meses. Da mesma maneira não há que se falar em prisão preventiva para

---

<sup>78</sup> Lei nº 4.737/65 artigo 236 - “nenhuma autoridade poderá, desde 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto.”

contravenção penal. O Código de Processo Penal, quando trata da prisão preventiva, nunca usa a expressão *contravenção* e sim *crime*. Não podendo de forma alguma, incluir contravenção no conceito de crime.

Embora não haja norma expressa, nos processos em que o réu se livra solto, não pode a medida cautelar ‘prisão preventiva’ ser decretada. A lei autoriza o decreto da medida preventiva para os crimes punidos com reclusão e, excepcionalmente, para os crimes punidos com detenção, quando o réu é vadio, quando houver dúvidas sobre sua identidade ou já fora condenado por crime doloso.

### **2.5.5 Crimes culposos e prisão preventiva**

Tratando-se de crimes culposos (sem intenção), não pode ser decretada a prisão preventiva, pois o art. 313 do Código de Processo Penal expressamente refere-se a crimes *dolosos* (o agente comete o crime por sua vontade e com consciência do ato).

### **2.5.6 Crimes dolosos punidos com detenção**

A prisão preventiva como regra, somente pode ser decretada diante de crimes apenados com reclusão. O art. 313, inc. II e III do Código de Processo Penal, excepciona possibilitando que em crimes apenados com detenção, poderá ser decretada a prisão preventiva quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la e quando o acusado for reincidente conforme analisado anteriormente. Fora estes casos a prisão preventiva somente pode ser decretada para crimes punidos com pena privativa de liberdade, na modalidade *reclusão*.

## 2.6 Preventiva e apresentação espontânea do acusado

A apresentação espontânea do acusado à autoridade não impede a decretação da prisão preventiva nos casos permitidos por lei. Se assim não dispusesse o art. 317 do Código de Processo Penal, o criminoso astuto, sempre que se visse na iminência de ser preso, se apresentaria perante à autoridade para livrar-se do cárcere provisório.<sup>79</sup>

## 2.7 Fundamentação da decisão que decreta ou denega a prisão preventiva

A prestação jurisdicional vai além de somente “dar a cada um o que é seu”. “O direito é um fenômeno decisional, implicando em raciocínios que se caracterizam pela controvérsia, pelo desacordo e por escolhas, onde se acentua a necessidade de definição de critérios racionais”. O direito representa valores que a sociedade os aceita e assim os legitima. Cabe ao Direito “não só a resolução dos conflitos jurídicos, mas também o convencimento social por meio da fundamentação da decisão judicial, alicerçada em critérios racionais, que permitam a justificação da escolha de valores para a busca de sua legitimação<sup>80</sup>”.

Romeu Pires de Campos Barros justificando a fundamentação da decisão que decreta a prisão preventiva, afirma que esta deve conter o relatório, a dedução e a conclusão.

o provimento jurisdicional relativo à prisão preventiva, como autêntico ato de julgamento, com todas as características da sentença penal de natureza processual, uma vez que seu objetivo é assegurar o êxito do processo de conhecimento condenatório com o qual está relacionada, e nele exaure todos os seus efeitos. Nessa conformidade, deverá revelar-se com todos os elementos de

<sup>79</sup> Assim dispõe o art. 317 do CPP – “A apresentação espontânea do acusado à autoridade não impedirá a decretação da prisão preventiva nos casos em que a lei a autoriza.”

<sup>80</sup> PADILHA, Norma Sueli. *Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris ed, 2006. p. 173



uma verdadeira sentença, começando com o *relatório*, a *dedução* e a *conclusão*.<sup>81</sup>

Imprescindível é a fundamentação da decisão que denega ou decreta a prisão preventiva. A prova da existência ou não do crime, os indícios suficientes ou insuficientes de autoria, devem ser realçados pelo Juiz em sua decisão.

É necessário que o juiz realize uma efetiva cognição, ainda que sumária, superficial ou não exauriente sobre o direito afirmado pelo interessado no provimento, e, ao mesmo tempo, também constata a efetiva existência de um perigo para a incolumidade desse mesmo direito, em face da natural demora para a obtenção do provimento definitivo.<sup>82</sup>

O magistrado deve demonstrar com os elementos constantes no processo ou no inquérito policial a necessidade de decretação da medida cautelar para garantia da ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Não basta a simples citação do texto legal, é preciso justificar com elementos concretos constantes dos autos.

No despacho que decreta a prisão preventiva, o magistrado, como corolário lógico da necessidade de fundamentação (art. 315, CPP), deve demonstrar quais elementos informativos ou instrutórios descartaram os indícios suficientes da autoria e prova da existência do crime, bem como quais elementos de convicção e quais fatos trouxeram a vislumbre a necessidade da custódia provisória, pela ocorrência de um de seus três<sup>83</sup> motivos permissivos.<sup>84</sup>

Para a decretação da prisão preventiva, não bastam somente prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, é preciso indicar os elementos dos quais se possam deduzir legitimamente a necessidade da medida, ou seja, a garantia da

<sup>81</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. *ob. cit.*, p. 211

<sup>82</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: RT, 2001 p. 219

<sup>83</sup> O autor cita a “*ordem econômica*” dentro da “*ordem pública*”, assim discorrendo “o tríplice fim, em que – de forma alternativa ou cumulada – deita raízes a prisão preventiva, resulta emergente na garantia da ordem pública (aí incluída a ordem econômica – Lei 8.884, de 11.06.1994), na conveniência da instrução criminal e em assegurar-se a eventual aplicação da lei penal.” p. 96

<sup>84</sup> PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo Penal; o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1994 p. 106

ordem pública ou econômica, a conveniência da instrução criminal ou para assegurar aplicação da lei penal.

Não são suficientes à motivação das decisões sobre a prisão as referências à “ordem pública”, à gravidade do delito ou aos antecedentes do acusado, sendo indispensável que se demonstre cabalmente a ocorrência de fatos concretos que indiquem a necessidade da medida por exigências cautelares de tipo instrumental ou final.<sup>85</sup>

Na obra *As nulidades no processo penal*, Scarance, Grinover e Magalhães, discorrem sobre a fundamentação, dizendo que “é indispensável, quanto ao *fumus boni juris*, que o juiz demonstre a tipicidade do fato e sua real existência, apontando as provas em que se apóia sua convicção, sendo imprescindível o laudo de exame de corpo de delito quando a infração deixar vestígios (art. 158, CPP)” e finalizam “por outro lado, deve igualmente o magistrado sopesar os indícios de autoria, esclarecendo as razões de seu convencimento.”<sup>86</sup>

A falta de fundamentação terá como conseqüência uma nulidade absoluta do decreto de prisão preventiva, violando-se preceito constitucional, como pode ser constatado no art. 5º, LXI da Constituição Federal de 1988 “ninguém será preso senão em flagrante delito ou **por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente...**” e ainda art. 93, IX “todos os julgamentos dos órgãos serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;” (grifos nossos).

O Código de Processo Penal também traz a obrigatoriedade de fundamentação da decisão que decretar a prisão preventiva em seu art. 315: “o despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será **sempre fundamentado**” (grifo nosso).

---

<sup>85</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *ob. cit.*, p. 81.

Conforme leciona Antonio Scarance Fernandes “os destinatários da motivação não são mais somente as partes e os juízes de segundo grau, mas também a comunidade” e enfatiza que, “com a motivação, tem condições de verificar se o juiz, e por conseqüência a própria Justiça, decide com imparcialidade e com conhecimento de causa. É através da motivação que se avalia o exercício da atividade jurisdicional.”<sup>87</sup>

Para Romeu Pires de Campos Barros “tudo isso compreende a ‘fundamentação’ da sentença que impõe a prisão preventiva, sendo indispensável para que esta tenha eficácia jurídica.”<sup>88</sup>

A garantia de motivação de decisão que decreta a medida cautelar preventiva deve vir devidamente justificada, “segundo as características da cognição realizada: com relação ao direito que fundamenta a cautela, trata-se de apresentar argumentos que mostrem a sua *probabilidade*, ao passo que em relação ao *periculum in mora* deve ser convenientemente demonstrada a sua efetiva ocorrência.”<sup>89</sup>

O despacho não necessita ser longo e atilado tal qual a análise de mérito em sentença condenatória. Pode ser sintético. Desde que traga, em seu âmbito, a exposição sumária dos pressupostos em que se assenta o decreto de enclausuramento preventivo, deixando expressa a conveniência da custódia, atendida estará a exigência legal.<sup>90</sup>

No direito português a fundamentação também é imprescindível na decisão que decreta a prisão preventiva.

A fundamentação do despacho permite o controle da actividade jurisdicional, por uma parte, e serve para convencer da sua correcção e justiça, por outra. A exigência de fundamentação actua também como meio de autocontrole do próprio juiz, pela necessidade de justificar a ocorrência das condições legais de aplicação da medida.<sup>91</sup>

<sup>86</sup> FERNANDES, Antonio Scarance, GRINOVER, Ada Pellegrini, MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *As nulidades no processo penal*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2000 p. 290

<sup>87</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2000 p. 119

<sup>88</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. *ob. cit.*, p. 213.

<sup>89</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: RT, 2001 p. 219

<sup>90</sup> PEDROSO, Fernando de Almeida. *ob. cit.*, p.108.

<sup>91</sup> SILVA, Germano Marques da. *ob. cit.*, p. 255-256

Haja vista que autores chamam de despacho, sentença e decisão, a atividade do juiz que decreta a prisão preventiva, se faz necessária uma breve análise do tema.

São “despachos” os “atos em que o juiz simplesmente determina o seguimento do feito, dando cumprimento ao curso das fases procedimentais, sem se deter no exame de qualquer questão controvertida”. Para os atos que envolvam controvérsia então se teriam as “decisões judiciais”<sup>92</sup>.

Chamam-se “decisões interlocutórias” aquelas que envolvam questões processuais.

A concepção de “sentença” no processo civil é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo com ou sem julgamento de mérito. Tirando o tecnicismo do Código, sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao procedimento de primeiro grau de jurisdição. Havendo recurso, significa dizer que o processo não chegou a seu termo final.

O decreto de uma prisão preventiva não põe termo ao processo, nem julga o mérito do processo principal. Não pode ser aceito que tal decisão serve para movimentar o processo. Portanto, trata-se de uma “*decisão interlocutória*”, com carga de decisão, passível de *habeas corpus* em caso de deferimento e *recurso em sentido estrito* em caso de indeferimento. A decisão de defere ou indefere ou ainda que decretada de ofício a prisão preventiva deve ser fundamentada.

## **2.8 Prazo da prisão preventiva.**

Na exposição de motivos do Código de Processo Penal que passou a ter vigência a partir de 03 de outubro de 1941 por meio do Decreto Lei nº 3689, no tópico

---

<sup>92</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 485

intitulado “A prisão em flagrante e a prisão preventiva” no inciso VIII, abordou-se a problemática do prazo em que o encarcerado poderia permanecer preso provisoriamente. Assim constou: “A duração da prisão provisória continua a ser condicionada, até o encerramento da instrução criminal, à efetividade dos atos processuais dentro dos respectivos prazos; mas estes são razoavelmente dilatados”, com isso não delimitou de maneira expressa o limite máximo da prisão provisória.

Em decorrência de uma prisão preventiva, o acusado não pode ficar encarcerado por um tempo indefinido, a mercê da morosidade da justiça. O acusado deve ter um julgamento rápido, tendo em vista a gravidade da restrição de liberdade com caráter cautelar. Com essa preocupação as Constituições da Espanha, Portugal e Itália dispuseram que a Lei ordinária defina o prazo máximo de duração da prisão cautelar.<sup>93</sup>

Como não há excesso de prazo nessa espera do acusado para o julgamento? Não tem ele o direito a ser julgado sem demora pelo Estado-Juiz, no máximo dentro de um prazo razoável? O que é um ”prazo razoável”?

A Constituição Federal vigente não afastou e tanto a doutrina predominante no País quanto a jurisprudência atualizada do Supremo Tribunal Federal asseguram a equivalência dos Tratados ou Convenções a leis federais. Tratados ou Convenções só não têm essa força quando conflitam com a Constituição; aí vale o que está escrito na Constituição. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que nos termos do Decreto n. 678/92 está em vigor no Direito Interno Brasileiro desde 9 de novembro de 1992.

Nestes termos: Artigo 7 - Direito à liberdade pessoal.

---

<sup>93</sup> DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *ob. cit.*, p. 210.

Item 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um Juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Item 6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção ou ordene sua soltura se a prisão ou detenção forem ilegais (...).

É que considerando que a privação da liberdade por um período de tempo não razoável, a título de prisão provisória, fere o direito de todo ser humano a ser julgado por Tribunal estatal num prazo razoável, consignado na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, artigo 7, item 5, a qual, adotada pelo Brasil vigora no direito interno com força de Lei Federal<sup>94</sup>.

Antes de 1995, não havia no direito pátrio (Constituição ou Lei Ordinária) norma disciplinando o prazo da prisão cautelar.

Com a Lei 9.034/95<sup>95</sup>, que dispõe sobre o crime organizado, no seu art. 8º, pela primeira vez expressamente foi tratado do prazo da prisão cautelar, fixando-se um

---

<sup>94</sup> O Pacto de San Jose da Costa Rica ratificado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n. 27 de 26 de maio de 1992 e promulgado pelo Presidente da República através do Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992 (“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, CF, artigo 5º, § 2). Os tratados e convenções internacionais ratificados passam a ter força de Lei Ordinária. Houve uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, foi acrescido ao artigo 5º da Constituição Federal o parágrafo 3º, nestes termos “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Com isso os tratados ou convenções internacionais quando dispuserem sobre direitos e garantias fundamentais (direitos humanos), em sendo ratificados pelo Congresso Nacional a partir da Emenda Constitucional nº 45 passam a ter força de norma constitucional e não mais de Lei ordinária.

<sup>95</sup> Lei 9.034/95, art. 8º - “o prazo máximo da prisão processual, nos crimes previstos nesta Lei, será de 180 (cento e oitenta) dias.”

prazo de cento e oitenta dias, que posteriormente com a Lei 9.303/96<sup>96</sup> foi alterado dando nova redação ao artigo para oitenta e um dias<sup>97</sup>.

O excesso de prazo para o fim da instrução criminal, ou seja, caso a instrução não termine dentro do lapso temporal de oitenta e um dias, estará caracterizado constrangimento ilegal, sanável por *habeas corpus*.

Ressalte-se, aliás, que os prazos previstos em lei referem-se à prisão provisória em seu *gênero*. Assim, uma vez reconhecido haver constrangimento ilegal por injustificado *excesso de prazo*, não cabe, por exemplo, relaxar a prisão em flagrante e decretar-se a prisão preventiva.<sup>98</sup>

Antonio Scarance Fernandes traz as duas correntes que se formaram a respeito dos prazos. Uma corrente entende que o prazo de oitenta e um dias deveria correr isoladamente para o inquérito e para as diversas fases do processo. A outra corrente entende que o prazo deve ser comum, ou seja, do inquérito até o processo, sendo um único prazo a partir da prisão. Acabou prevalecendo a segunda orientação nos tribunais para os crimes apenados com reclusão<sup>99</sup>.

Pode-se citar quatro posições que a jurisprudência tem adotado quanto à contagem de tempo de oitenta e um dias para a prisão cautelar.

De acordo com a *primeira posição*, o lapso temporal de oitenta e um dias é exigível para o término da instrução, não para a prolação da sentença.

A *segunda orientação*, aceita o excesso de prazo diante de um processo com grande número de acusados, complexidade da causa, necessidade de expedição de

<sup>96</sup> Lei 9.303/96, nova redação do art. 8º acima transcrito – “o prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos por crime de que trata esta Lei, será de 81 (oitenta e um) dias, quando o réu estiver preso, e de 120 (cento e vinte) dias, quando o réu estiver solto.”

<sup>97</sup> “O prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos por crime de que trata esta Lei, será de 81 (oitenta e um) dias, quando o réu estiver preso, e de 120 (cento e vinte) dias, quando o réu estiver solto” Assim é contado o prazo de 81 dias: dez dias para conclusão do inquérito policial; cinco dias para oferecimento da denúncia; três dias para defesa prévia; vinte dias para oitiva das testemunhas de acusação; dois dias para pedidos de diligências e juntada de documentos; dez dias para o despacho do art. 499; seis dias para as razões finais de ambas as partes; cinco dias para as diligências de ofício e dez dias para a prolação da sentença, prorrogáveis por mais dez. (DELMANTO JUNIOR, Roberto. *ob. cit.*, p. 253)

<sup>98</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. *ob. cit.*, p. 220

<sup>99</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *ob. cit.*, p. 109-110.

carta precatória, instauração de incidentes (insanidade mental, dependência toxicológica, falsidade documental).

*A terceira*, aceita o excesso de prazo mantendo a prisão cautelar quando o excesso tenha sido proveniente de diligências do interesse da defesa.

*A quarta orientação* jurisprudencial é no sentido de verificar o excesso de prazo dentro do caso concreto, analisando à luz de um critério de razoabilidade, mantendo ou não a medida restritiva de liberdade.

Fernando de Almeida Pedroso adverte “que o termo de 81 dias, fixado para o encerramento da instrução criminal de processo que tem réu preso, se ultrapassado, não lhe confere pronto à soltura, ainda que não tenha periculosidade, desde que exista justificativa para o excesso”. E finaliza dizendo que “somente quando este se adjective de injustificado é que ganhará contornos e silhueta o constrangimento ilegal.”<sup>100</sup>

O Superior Tribunal de Justiça por meio de súmula acabou regulando o assunto nestes termos: pronunciado o réu, fica superada a alegação de constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução (Súmula 21); encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo (Súmula 52) e ainda não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa (Súmula 64).

Embora a norma expressa disciplinando o prazo de oitenta e um dias conste da Lei que trata do crime organizado, este prazo deve ser estendido para todos os crimes apenados com reclusão, prazo este até o término da instrução criminal, entendendo-se prova de defesa e de acusação.

---

<sup>100</sup> PEDROSO, Fernando de Almeida. *ob. cit.*, p. 117.



Nos processos de competência do Tribunal do Júri, este prazo deve ser entendido até o encerramento da instrução para a pronúncia, desconsiderando a segunda fase, ou seja, a do julgamento em plenário.

Antonio Magalhães Gomes Filho, quanto ao excesso de prazo da prisão preventiva leciona que “partindo de critérios que levam em conta a soma dos prazos previstos para os diversos procedimentos, tem-se chegado ao reconhecimento da ilegalidade de prisões que superem os oitenta e um dias, quando se trata do procedimento ordinário do Código de Processo Penal, ou trinta e oito dias, relativamente ao rito especial fixado pela Lei n. 6.368/76 para os delitos relacionados ao tráfico e uso de entorpecentes.”<sup>101</sup>

Assim se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

Prisão preventiva, ou cautelar. Excesso de prazo. Caracterização. Instrução não encerrada em 1 (um) ano e 10 (dez) meses, sem culpa da defesa. Irrazoabilidade. Privação arbitrária da liberdade do réu. Imputação de crime hediondo. Gravidade. Irrelevância. Precedentes em que se reconheceu abuso no excesso com prazos menores. HC concedido. Precedentes. A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar do réu, sem julgamento da causa, ofende o postulado da dignidade da pessoa humana e, como tal, consubstancia constrangimento ilegal, ainda que se trate da imputação de crime grave. (HC 87241 julg. 21.03.2006).

Pode ser constatado que nem o fato de o crime ser hediondo justifica o encarceramento por tempo indefinido.

Na *Alemanha*, a prisão provisória pode ser prorrogada de três em três meses pelo Tribunal Regional Superior de acordo com a necessidade da investigação (§ 122<sup>a</sup> StPO). Esse prazo não pode exceder a um ano. Em sendo condenado, o prazo de prisão provisória é descontado.<sup>102</sup>

---

<sup>101</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *ob. cit.*, p. 74.

<sup>102</sup> MARTY, Mireille Delmas. *ob. cit.*, p. 132.

Na *Inglaterra*<sup>103</sup> em regra, “estabeleceu-se que a prisão provisória não pode exceder *setenta dias* da prisão até o dia em que a *Magistrates’ Court* julga sumariamente o caso (*summary trial*) ou o envia para a *Crown Court*; nesta última hipótese, a detenção provisória não poderá exceder outros *cento e doze dias* até o começo do julgamento”.<sup>104</sup> Totalizando um máximo de seis meses.

Na *Espanha*, o acusado preso cautelarmente pode permanecer em cárcere até três meses, quando a pena cominada for de sete a quinze fins de semana; até um ano, quando a pena cominada for de seis meses a três anos e até dois anos, quando a pena cominada for superior a três anos.<sup>105</sup>

Na *Itália* o tempo máximo de prisão provisória é de dois anos, quando o acusado é preso por crime apenado com o máximo de seis anos; quatro anos, quando preso por crime apenado com prisão perpétua ou pena superior a seis anos.<sup>106</sup>

Na *França* o prazo máximo de duração de uma prisão preventiva, via de regra, é de quatro meses. Se a pena *in abstracto* a ser aplicada for até cinco anos, então a esse prazo pode ser acrescido dois meses, passando a seis. Para crimes com pena superior a cinco anos a prisão cautelar não pode ultrapassar dois anos. Para os crimes com pena superior a dez anos o prazo de prisão preventiva pode ser prorrogado a cada quatro meses, sendo que nestes casos a lei não limita o número de renovações.<sup>107</sup>

---

<sup>103</sup> Em se tratando de crimes terroristas, na Inglaterra o acusado pode ser detido pela polícia, sem ordem judicial por 48 horas (para outras infrações o prazo é de 36 horas). Esta detenção pode ser prorrogada em até 5 dias mediante ordem do Ministério do Interior. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem condenado esse procedimento por parte da Inglaterra. (MARTY, Mireille Delmas. *ob.cit.*, p. 200)

<sup>104</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. *ob. cit.*, p. 365

<sup>105</sup> HENDLER, Edmundo S. *ob. cit.*, p. 84

<sup>106</sup> Idem, *Ibidem*, p. 162

<sup>107</sup> GÓMEZ, Ramón Maciá. ***Sistemas de Proceso Penal en Europa***. Barcelona: Cedecs Editorial, 1998 p. 159

Na *Holanda* a duração de uma prisão preventiva é trinta dias, prorrogável por duas vezes, chegando a um máximo de noventa dias.<sup>108</sup>

Em *Portugal* o prazo máximo de duração da custódia cautelar varia, de acordo com a gravidade do crime, pode chegar a dois anos, trinta e cinco meses ou, ainda, quatro anos. Em qualquer dos prazos acima pode haver prorrogação até seis meses, se for interposto recurso ao Tribunal Constitucional ou se houver suspensão do seu curso em função de julgamento, em outro tribunal, de questão prejudicial<sup>109</sup>.

## 2.9 Recurso em caso de prisão preventiva.

Para o inconformismo diante de uma decisão que decreta a prisão preventiva não há recurso previsto expressamente.

Romeu Pires de Campos Barros usa a expressão impugnação, em lugar de recurso, “para expressar a inconformidade da parte sucumbente com a decisão proferida no procedimento em que se postula a prisão preventiva, é justamente para demonstrar a amplitude com que o nosso direito atende à crítica da decisão, no caso em exame, que está em jogo bem jurídico de suma relevância, qual seja, o direito de liberdade.”<sup>110</sup>

### 2.9.1 Denegação

Diante do indeferimento do pedido de prisão preventiva cabe recurso em *sentido estrito*, nos termos do art. 581, inciso V, do Código de Processo Penal<sup>111</sup>.

<sup>108</sup> Idem, *Ibidem*, p. 199

<sup>109</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. *ob. cit.*, p. 353.

<sup>110</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. *ob. cit.*, p. 213

<sup>111</sup> Da decisão do juiz que revoga uma prisão preventiva cabe recurso em sentido estrito segundo o artigo 581, inciso V, do Código de Processo Penal: “caberá recurso, sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: que... indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la...”

Se o representante do Ministério Público requerer ao juiz a decretação da medida cautelar e este indeferi-la caberá recurso em sentido estrito. No entanto se a autoridade policial representar ao juiz, e este não decretar a preventiva, não poderá a autoridade policial recorrer da decisão. Não há previsão legal dando poderes à autoridade policial para utilizar da via recursal. Entretanto, quando o juiz recebe uma representação da autoridade policial, *incontinenti*, ouve o Ministério Público e se este for favorável ou não, caberá recurso em caso de denegação, pois este é parte legítima.

Pode acontecer de o juiz decretar a prisão do réu e depois os motivos ensejadores da medida cessarem, o juiz pode revogá-la. Por ser uma medida excepcional, não pode o acusado permanecer em cárcere, se não mais presentes os motivos que o levaram à prisão.

“Revogado o decreto, pode o juiz aplicar a medida se ocorrerem razões que, agora, a aconselham. Disso, também, se infere que, denegado o pedido de custódia preventiva, lhe é facultado modificar seu ponto de vista, seja por provas supervenientes, seja por nova consideração do assunto.”<sup>112</sup>

Mesmo após a revogação da prisão preventiva, esta pode ser redetretada se sobrevierem motivos que a fundamentem.

## **2.9.2 Decretação.**

Em contrapartida, não há recurso previsto contra decisão interlocutória que decreta a prisão preventiva, cabendo somente a impetração de ordem de *habeas*

---

<sup>112</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Prisão preventiva*. In Enciclopédia Saraiva do Direito. Coordenador Rubens Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977 p. 164

*corpus*<sup>113</sup>, com fundamento no constrangimento ilegal, nos termos do artigo 648, inciso I, do Código de Processo Penal.

O *habeas corpus* trata-se de um direito subjetivo reconhecido para tutelar outro direito fundamental, dos mais importantes, o direito à liberdade pessoal. “É, pois, um remédio destinado a tutelar o direito de liberdade de locomoção, liberdade de ir, vir, parar e ficar.”<sup>114</sup>

Em razão do seu fim, o *habeas corpus* há-de ser de utilização simples, isto é, sem grandes formalismos, rápido na actuação, pois a violação do direito de liberdade não se compadece com demoras escusadas, abrange todos os casos de privação ilegal da liberdade e sem excepções em atenção ao agente ou à vítima.<sup>115</sup>

Desde os tempos mais remotos o *habeas corpus* esteve ligado a prisão preventiva.

Segundo Germano Marques da Silva, o *habeas corpus* é um instituto jurídico que na sua feição moderna tem origem no direito anglo-saxónico, e remonta ao *Habeas Corpus Amendment Act*, promulgado em 1679 como reacção perante os abusos do absolutismo monárquico. Constituía num mandado imperativo dirigido à pessoa ou autoridade que tivesse detido um cidadão, privando-o da sua liberdade, ordenando-lhe que o apresentasse imediatamente à autoridade judicial. Do direito inglês o instituto passou para a Declaração de Direitos do Congresso de Filadélfia, de 1774. Em seguida o instituto é também consagrado na Declaração de Direitos proclamada pela Assembléia Legislativa Francesa, em 1789, sendo recepcionado por várias constituições posteriormente.<sup>116</sup>

Para Julio Fabbrini Mirabeti, o *habeas corpus* tem sua origem no Direito Romano, onde todo o cidadão podia reclamar a exibição do homem livre detido

<sup>113</sup> O art. 647 do Código de Processo Penal assim vem disposto: “dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coacção ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.”

<sup>114</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1995 p. 424

<sup>115</sup> SILVA, Germano Marques da. *ob. cit.*, p. 296.

<sup>116</sup> Idem, *Ibidem*, p. 297-298.

ilegalmente por meio de uma ação privilegiada, o *interdictum de libero homine exhibendo*. Parte da doutrina porém, aponta sua origem no Capítulo XXIX da Magna Carta outorgada pelo rei João sem Terra em 19 de junho de 1215 nos campos de Runnymed. Em sentido contrário, há quem afirme que o instituto surgiu em 1679, na Espanha, no reinado de Carlos II.<sup>117</sup>

José Afonso da Silva explica que o *habeas corpus* foi o primeiro remédio a integrar as conquistas liberais. Tal remédio já existia na Inglaterra antes da Carta Magna de 1215, entretanto, nesta Carta tomou forma escrita. O *habeas corpus* sofre uma evolução, pois no início era vinculado ao conceito do *due process of law*, usado em matéria civil e, posteriormente, ligado à idéia de locomoção. Ainda na Inglaterra, adquiriu várias modalidades, a saber: *habeas corpus ad prosequendum*; *habeas corpus ad satisfaciendum*; *habeas corpus ad deliberandum*; *habeas corpus ad faciendum et recipiendum*; *habeas corpus ad subjiciendum*. Em 1679, o *Habeas Corpus Amendment Act* caracterizou a medida como um remédio destinado a assegurar a liberdade dos súditos e prevenir os encarceramentos em ultramar. Expressamente, no Brasil, vem previsto em 1832 no Código de Processo Criminal<sup>118</sup>, constitucionalizando-se em 1891, por meio do artigo 72, § 22, em termos amplos, dando margem a doutrina que o concebia como remédio tutelar dos direitos subjetivos de qualquer natureza. Por meio da emenda constitucional de 1926, o *habeas corpus* ficou limitado à proteção da liberdade de locomoção.<sup>119</sup>

A expressão *habeas corpus*, significa literalmente “*tome o corpo*”. Tem por finalidade evitar ou fazer cessar a violência ou a coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder. É uma garantia individual, ou seja, um

---

<sup>117</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 1997 p. 698

<sup>118</sup> Código de Processo Criminal de 1832, artigo 340 - “todo cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem direito de pedir uma ordem de *habeas corpus* em seu favor.”

<sup>119</sup> SILVA, José Afonso da. *ob. cit.*, p. 423

remédio jurídico destinado a tutelar a liberdade física do indivíduo, a liberdade de ir, ficar e vir.<sup>120</sup>

José Afonso da Silva, discorrendo sobre a liberdade da pessoa física, assinala que:

a liberdade da pessoa física, para ter efetividade, precisa de *garantias* contra a prisão, a detenção e a penalização arbitrárias, mediante mecanismos constitucionais denominados, em conjunto, *direito de segurança*. Essas regras de segurança pessoal exigem que as medidas tomadas contra os indivíduos sejam conformes com o direito, isto é, anterior e regularmente estabelecidas, vale dizer, atendam ao *princípio da legalidade*, ao *devido processo legal*.<sup>121</sup>

Portanto mesmo não havendo previsão legal expressa para recorrer da decisão que decreta a prisão preventiva, o *habeas corpus*, vem como medida reparadora de uma eventual ilegalidade prevista tanto no artigo 647 do Código de Processo Penal como também no artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal de 1988.

“Na verdade, cuida-se de uma ação que tem por objeto uma prestação estatal consistente no restabelecimento da liberdade de ir, vir e ficar ou, ainda, na remoção de ameaça que possa pairar sobre esse direito fundamental da pessoa”. A prestação jurisdicional se manifesta na ordem de *habeas corpus*, “através da qual o órgão judiciário competente reconhece a ilegalidade da restrição atual da liberdade e determina providência destinada à sua cessação (alvará de soltura) ou, então, declara antecipadamente a ilegitimidade de uma possível prisão”<sup>122</sup>.

A medida restritiva de liberdade antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória somente pode ser atacada mediante uma ordem de *habeas corpus*.

---

<sup>120</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *ob. cit.*, p. 699

<sup>121</sup> SILVA, José Afonso da. *ob. cit.*, p. 234.

## 2.10 A prisão preventiva na reforma do Código de Processo Penal.

No Projeto de Lei nº 4.208/01 que prevê mudanças no Código de Processo Penal no capítulo que cuida das prisões, admite a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão preventiva e a prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, sendo as três primeiras de caráter cautelar e a última definitiva. A prisão temporária continua regulada pela Lei 7.960/89.

De acordo com o Projeto de Lei ficam revogadas as disposições que permitiam a prisão em decorrência de decisão de pronúncia ou de sentença penal condenatória, objeto de duras críticas da doutrina, por entender que se trata de uma antecipação da pena, ferindo assim o princípio constitucional da presunção de inocência. Nesses casos, com motivos concretos, presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, pode o juiz decretá-la.<sup>123</sup>

Segundo a Exposição de Motivos do Projeto de Lei que trata da reforma do Código de Processo Penal no que se refere às Prisões Cautelares, tenta superar as distorções existentes no Código vigente. No tocante à prisão preventiva<sup>124</sup>, mantém-na de forma genérica para a garantia da instrução do processo e para a execução da pena, e, de maneira especial, prevê-a para acusados que possam vir a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à proibidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira considerada grave, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa.

---

<sup>122</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2001 p. 345

<sup>123</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Prisão e medidas cautelares na reforma penal*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>, Acesso em: 23.08.2002.

<sup>124</sup> **Projeto de Lei nº 4.208/01 Art. 312** - A prisão preventiva poderá ser decretada quando verificados a existência de crime e indícios suficientes de autoria e ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à proibidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa. **Parágrafo único**. A prisão



Foram suprimidas as expressões “garantia da ordem pública e garantia da ordem econômica”, por serem de conteúdo indeterminado.

No artigo 312, parágrafo único, vem prevista nova possibilidade autorizadora da prisão preventiva, decorrente de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força das medidas cautelares (art. 319). O artigo 319<sup>125</sup> traz as hipóteses em que o Juiz terá à sua disposição oito medidas cautelares, e poderá aplicá-las para impedir o encarceramento cautelar ou substituí-lo. Diante do descumprimento das condições relativas a medida cautelar imposta, o juiz pode convertê-la em prisão preventiva.

O novo Código de Processo abre a possibilidade de o juiz substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar<sup>126</sup> em situações restritas, indicadoras da inconveniência e da desnecessidade de se manter o acusado recolhido em cárcere preventivamente.

---

preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (artigo 282, § 4º).

<sup>125</sup> Assim vem disposto no Projeto: Das Outras Medidas Cautelares. **Art. 319** - As medidas cautelares diversas da prisão serão aplicadas nas seguintes hipóteses: **I.** comparecimento periódico em juízo, quando necessário para informar e justificar atividades; **II.** proibição de acesso ou frequência a determinados lugares em qualquer crime, 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 do país em qualquer infração penal para evitar fuga, ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução; **V.** recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga nos crimes punidos com pena mínima superior a dois anos, quando o acusado tenha residência e trabalho fixos; **VI.** suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando haja justo receio de sua utilização para a prática de novas infrações penais; **VII.** internação provisória do acusado em crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (artigo 26 e parágrafo único do Código Penal) e houver risco de reiteração; **VIII.** fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada a ordem judicial. Parágrafo único. A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI, deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

<sup>126</sup> Assim consta no Projeto: Da Prisão Domiciliar. **Art. 317.** A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial. **Art. 318.** Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar nas seguintes hipóteses: **I.** pessoa maior de 70 (setenta) anos; **II.** pessoa sujeita a severas conseqüências de doença grave; **III.** pessoa necessária aos cuidados especiais de menor de 7 (sete) anos de idade, ou de deficiente físico ou mental; **IV.** gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. **Parágrafo único.** Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

As condições que autorizam essa substituição vêm previstas no art. 318 do Projeto. São elas: pessoa maior de 70 anos; pessoa sujeita a severas conseqüências de doença grave; pessoa necessária aos cuidados especiais de menor de sete anos de idade, ou de deficiente físico ou mental; gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo de alto risco. Para a substituição da prisão preventiva em prisão domiciliar, depende de prova idônea dos requisitos citados acima conforme parágrafo único do art. 318.

Cabe salientar ainda que, no artigo 313 do Projeto, vem prevista a admissibilidade de decretação da prisão preventiva somente para crimes dolosos punidos com pena máxima superior a quatro anos, ou se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no art. 41, do Código Penal.

O Código vigente não faz referência à quantidade de pena a ser imposta como condição de admissibilidade da prisão preventiva. O legislador, buscando atualizar a norma processual, expressa essa condição, pois nos termos do artigo 33, § 2º, alínea c, do Código Penal vigente, vem disposto que para os crimes com pena não superior a quatro anos, o regime inicial de cumprimento será o aberto. Por lógica, se o réu condenado por sentença penal transitada em julgado, não será encarcerado, inadmissível, então, encarcerá-lo preventivamente. Esta forma de prisão só é aceitável como último recurso. É necessário realizar um juízo de proporcionalidade da pena a ser aplicada e a prisão preventiva, permitindo esta somente para crimes com pena superior a quatro anos.

Na *França* a prisão preventiva é permitida somente para crimes com pena superior dois anos de prisão.<sup>127</sup>

Na *Holanda* há previsão legal para decretação da prisão preventiva para crimes com pena superior a quatro anos. Para alguns crimes específicos a medida preventiva pode ser decretada, mesmo que apenada com menos de quatro anos.<sup>128</sup>

Na *Itália* o acusado pode ser preso preventivamente quando tenha cometido um crime consumado ou tentado, punido com pena de reclusão superior a quatro anos. Entretanto há possibilidade de decretação da medida restritiva de liberdade preventiva quando o crime for punido com pena de reclusão superior a dois anos se o acusado fugir ou diante de indícios que pretenda fugir.<sup>129</sup>

Na *Noruega* para que o acusado possa ser preso preventivamente além dos pressupostos e circunstâncias (são os mesmos exigidos no direito brasileiro) que autorizam a medida, é necessário que o crime seja punido com pena superior a seis meses.<sup>130</sup>

Em *Portugal* a prisão preventiva “solo está permitida para delitos castigados con pena de prisión de duración superior a 3 años”.<sup>131</sup>

A reforma do Código de Processo Penal brasileiro mantém, no artigo 315, a necessidade de fundamentação<sup>132</sup> da decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva. Não traz novidade, porém reforça o mandamento constitucional previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988.

O princípio da proporcionalidade que até então, não era tratado de forma expressa no ordenamento jurídico brasileiro, no Projeto vem disposto no artigo **319** nestes termos:

**Art. 319** - As medidas cautelares diversas da prisão serão aplicadas nas seguintes hipóteses:

I. comparecimento periódico em juízo, quando **necessário** para informar e justificar atividades;

---

<sup>127</sup> GÓMEZ, Ramón Maciá. *ob. cit.*, p. 159.

<sup>128</sup> Idem, *Ibidem*, p. 199

<sup>129</sup> Idem, *Ibidem*, p. 247-248

<sup>130</sup> Idem, *Ibidem*, p. 299

<sup>131</sup> Idem, *Ibidem*, p. 321

<sup>132</sup> Assim dispõe o artigo 315 do Projeto de reforma do Código de Processo Penal “a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”.

II. proibição de ausentar-se do país em qualquer infração penal para evitar fuga, ou quando a permanência seja **necessária** para a investigação ou instrução; (grifos nosso).

Nas palavras de Luiz Flávio Gomes, “amplia-se o leque das medidas cautelares diversas da prisão provisória, proporcionando ao juiz a escolha, dentro de critérios de legalidade e de proporcionalidade, da providência mais ajustada ao caso concreto (art. 319). De modo explícito, o princípio da proporcionalidade, ou seja, adequação e necessidade da medida, resulta introduzido no sistema jurídico-penal.”<sup>133</sup>

Seja diante dos dispositivos constantes no projeto em estudo, seja diante dos dispositivos em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, há que se fazer uma análise no momento de decretar a uma prisão provisória, dos pressupostos, das circunstâncias que autorizam a decretação da prisão preventiva, não se perdendo de vista o princípio constitucional da presunção de inocência.

[...] a intervenção do decidir não é mecânica nem arbitrária, devendo ser capaz de apreciar a importância dos valores em jogo, pesando os argumentos pró e contra, para chegar a uma decisão bem motivada, que leve em conta, de forma equilibrada, as exigências da equidade e da segurança jurídica, o juiz deverá recorrer a todos os recursos da argumentação que lhe forneçam os meios e os instrumentos intelectuais indispensáveis ao cumprimento de sua tarefa<sup>134</sup>.

Com a finalidade de se prestar uma tutela jurisdicional de maneira efetiva, portanto justa, o princípio da proporcionalidade deve se fazer presente no momento da cognição do juiz ao decidir pela decretação ou não da prisão do acusado.

Como bem coloca Norma Sueli Padilha, diante de um caso difícil, o juiz ao decidir, o que esta em jogo não é o sentido da linha de texto, e sim o questionamento quanto aos valores que se pretende proteger e os valores que se contrapõem, cabe ao juiz

---

<sup>133</sup> GOMES, Luiz Flávio. *ob. cit.*, Disponível em <http://www.ibccrim.org.br>, Acesso em 28.08.2002

<sup>134</sup> PADILHA, Norma Sueli. *Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris ed, 2006. p. 89

decidir qual é o mais importante. O juiz não é mero calculador, ou simplesmente um homologador da letra da lei. Ao contrário, deve sopesar e enfrentar valores<sup>135</sup>.

É o que será abordado em seguida.

---

<sup>135</sup> Idem, ibidem, p. 89-90

### III. PRISÃO PREVENTIVA, PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

#### 3.1 Momento e competência para decretar a prisão preventiva.

A prisão preventiva pode ser decretada tanto na fase do inquérito como na instrução criminal e, a qualquer tempo, tanto nos casos de ação penal pública quanto privada, podendo ser decretada *de ofício* pelo Juiz, ou em virtude de requerimento do membro do Ministério Público, ou do querelante, ou ainda em face de representação da autoridade policial.

A prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, tanto nos casos de ação pública quanto de ação privada, desde que preenchidos os pressupostos legais, mas nunca em caso de contravenção.<sup>136</sup>

Assim vem disposto no CPP art. 311: “Em qualquer fase do **inquérito policial** ou da **instrução criminal**, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial” (grifo nosso).<sup>137</sup>

Como pode ser observado no texto legal, o juiz pode decretar de “*ofício*” a prisão preventiva, o Ministério Público pode “*requerer*” para o juiz e a autoridade policial pode “*representar*” para o juiz com o fim de demonstrar a necessidade da prisão do acusado por meio do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Cabe aqui uma observação no que tange a possibilidade de o juiz decretar “*de ofício*” a prisão preventiva, a saber o momento. Não é a melhor orientação admitir que o juiz na fase da investigação criminal, ou seja, na fase do inquérito, decreta uma medida

<sup>136</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2001 p. 682

restritiva de um direito fundamental do cidadão. No sistema acusatório vigente, o juiz deve manter-se numa posição de salvaguarda dos direitos do homem. A fase pré-processual cabe a polícia judiciária, ao ministério público, e estes sim podem requerer ou representar ao Juiz. Permitir ao juiz nessa fase decretar a prisão de ofício, representa um resgate a figura do juiz inquisidor, que mantém sob seu crivo o poder de investigar e decidir o mesmo assunto, com isso a imparcialidade do magistrado fica comprometida.

“Não é suscetível de ser pensado que uma mesma pessoa se transforme em um investigador eficiente e, ao mesmo tempo, em um guardião zeloso da segurança individual; o bom inquisidor mata o bom juiz ou, ao contrário, o bom juiz desterra o inquisidor”.<sup>138</sup>

Dentro do sistema garantista o juiz deve na fase do inquérito ser necessariamente um garantidor dos direitos fundamentais do acusado, pois nesse momento tais direitos ficam vulneráveis. Devem ser garantidos a integridade física do acusado, a intimidade, inviolabilidade de domicílio, e outros direitos.

Permitir ao juiz o poder de decretar a prisão preventiva de “*ofício*”, independente de requerimento do ministério público ou de representação de autoridade policial em sede de ação penal, ou seja, na fase processual ou ainda durante o inquérito policial seria um retrocesso ao sistema inquisitivo.

Diante da prova da existência de um crime (materialidade delitiva) e indícios suficientes de autoria, a qualquer momento pode ser decretada a cautelar em estudo.

---

<sup>137</sup> A diferença entre a *representação* da autoridade policial e o *requerimento* do Ministério Público é que este pede a prisão do acusado na qualidade de titular da ação, de parte no processo, enquanto a autoridade policial apenas mostra na representação para o juiz a conveniência da restrição da liberdade do acusado.

<sup>138</sup> Exposição de motivos do Código Processual Modelo para a Ibero-América

Não há impedimento para a decretação de preventiva, após a anulação do auto de prisão em flagrante por vício formal. Só não seria possível se o relaxamento do flagrante fosse por excesso de prazo na instrução.

### **3.2 Pressupostos para a decretação da prisão preventiva.**

Os pressupostos probatórios (ou *fumus commisi delicti*) para a decretação da prisão preventiva são *a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria*, sendo necessários que estejam presentes os dois requisitos, não bastando um só deles.

#### **3.2.1 Prova da existência do crime.**

“A lei exige prova da existência do crime. Não basta, pois, mera suspeita. É preciso que haja prova da materialidade delitiva.”<sup>139</sup>

Vicente Greco Filho usa a expressão *prova do fato*, que “significa convicção da existência da materialidade da infração”<sup>140</sup>.

Assim se manifestou o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo quando a admissibilidade de decretação da preventiva embasada em indícios da materialidade do crime: “À decretação da prisão preventiva, a lei exige prova da existência do crime, não bastando, portando, mera suspeita ou indícios”. (JTACRESP) 50/99)

A materialidade do delito é imprescindível, ou seja, deve existir o corpo de delito que prova a existência do crime. Nos crimes que deixam vestígios essa materialidade é demonstrada por meio de exames médico-legal, datiloscópicos, periciais.

---

<sup>139</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 3º V. 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997 p. 472

<sup>140</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997 p. 276



### 3.2.2 Indício suficiente de autoria.

A lei expressamente exige que haja “indício suficiente de autoria”, não bastando meras suspeitas do autor do crime.

#### 3.2.2.1 Indícios – noções gerais

Segundo Maria Thereza Rocha de Assis Moura, “indício é todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-detutivo.”<sup>141</sup>

Deve existir uma relação do *indício* com o *fato* que se quer provar. É necessário que exista uma conexão lógica entre os dois fatos e uma relação de causalidade, permitindo assim o conhecimento do fato ignorado. Por meio das regras da experiência e da lógica faz-se o raciocínio, resultando no conhecimento provável acerca da existência de um outro fato.<sup>142</sup>

O legislador de 1941, conceituando *indício*, dispôs no art. 239 do Código de Processo Penal, que “considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

---

<sup>141</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994 p. 38

### 3.2.2.2 Indícios na prisão preventiva

*Indícios suficientes de autoria* “significa a convicção razoável, em termos de probabilidade, de que o acusado tenha sido o autor da infração ou de que tenha dela participado”<sup>143</sup>.

Para a decretação da prisão preventiva deve existir prova da existência do crime e *indício suficiente* de autoria nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

O artigo 312 do Código de Processo Penal sofreu alteração em seu texto, a nova redação dada pela Lei nº 8.884 de 11.06.1994, substituiu a expressão “*indícios suficientes*” (redação original do Código de Processo Penal), por “*indício suficiente*”, terminologia singular.

Segundo Delmanto<sup>144</sup>, não pode essa alteração ser interpretada que o legislador tenha passado a exigir *menos* em decisão de tal gravidade, num Estado Democrático de Direito, sob a égide de uma Constituição como é a brasileira.

Quanto ao *indício suficiente* de autoria, não é exigida a certeza da autoria, mas uma probabilidade de que o acusado seja autor do crime. O juiz deve se convencer, diante dos indícios, que o acusado seja autor do delito. Os indícios “devem ser suficientes para tranquilizar a consciência do Juiz, decretando a prisão preventiva do indiciado.”<sup>145</sup>

Não há que se falar em *in dubio pro reo*, pois o juiz não estará absolvendo ou condenando o acusado, e sim decidindo se decreta ou denega a custódia preventiva.

---

<sup>142</sup> Idem, Ibidem, p. 38.

<sup>143</sup> GRECO FILHO, Vicente. *ob. cit.*, p. 276

<sup>144</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. *ob. cit.*, p. 144

Não se pode exigir do Juiz, ao decretar a prisão preventiva, a mesma certeza que se exige para a condenação. A verificação de suficientes indícios de autoria fica confiada ao prudente arbítrio do juiz, não existindo um padrão definido. *Meras suspeitas* não satisfazem a lei para o decreto de prisão preventiva.

Assim como no Brasil, nos países europeus também se exige para a decretação da prisão preventiva *indícios de autoria*.

Em *Portugal*, a prisão preventiva pode ser decretada quando haja fortes indícios do cometimento de um crime doloso com pena máxima superior a 3 anos.<sup>146</sup>

Na *Itália*, a medida cautelar restritiva de liberdade, prisão provisória, pode ser decretada somente diante de indícios graves de culpabilidade (art. 273 c. 1 CPP).<sup>147</sup>

Na *Alemanha*, a prisão provisória pode ser decretada pelo Juiz de Instrução, quando existir contra o acusado indícios graves de ser o autor do crime. Para a decretação da prisão provisória, exige-se uma presunção de culpabilidade mais forte do que para a iniciação da persecução penal (§ 203 StPO). Os fatos que caracterizarem os indícios graves devem estar relatados no decreto de prisão (§114 II StPO).<sup>148</sup>

Na *Espanha*, os requisitos para a decretação da prisão provisória são “la constancia de la existencia de un hecho con caracteres de delito, y la aparición de causas bastantes para creer responsable por la comisión del mismo a quien se lo coloca en estado de detención provisional.”<sup>149</sup>

Na *Costa Rica*, dentre os requisitos exigidos para a decretação da prisão preventiva, de acordo com Código de Procedimientos Penales, é necessária a existência de

---

<sup>145</sup> ROSA, Inocêncio Borges da. *Comentários ao Código de Processo Penal*. 3ª ed., São Paulo: RT, 1982 p.281

<sup>146</sup> HENDLER, Edmundo S. *Sistemas Procesales Penales Comparados*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1999 p. 354

<sup>147</sup> MARTY, Mireille Delmas. ob. cit., p. 399.

<sup>148</sup> Idem, Ibidem, p. 142-143.

<sup>149</sup> ROMERO, Cecilia Sánchez. ob. cit., p. 60-62

suficientes elementos de convicção, com razoável probabilidade de que o autor ou partícipe tenha cometido um fato punível.<sup>150</sup>

### **3.3 Circunstâncias que autorizam a decretação da prisão preventiva.**

Presentes *prova da materialidade e indício suficiente de autoria (fumus boni iuris)*, diante de determinadas circunstâncias a prisão preventiva pode ser decretada. A medida pode ser decretada (*periculun in mora*) para garantir a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e ainda para assegurar eventual pena a ser imposta ao acusado.

Na Lei nº 7.492/86 que trata dos crimes contra o sistema financeiro foi introduzida outra circunstância autorizadora do decreto de prisão preventiva, ou seja, diante da “*magnitude da lesão causada*”.

A medida preventiva pode ser decretada fundada em uma, algumas ou todas as circunstâncias supra mencionadas.

#### **3.3.1 Garantia da ordem pública.**

A prisão preventiva decretada com base na circunstância da “*garantia da ordem pública*” tem recebido críticas por parte da doutrina, pois sua amplitude conceitual abrange as demais circunstâncias legais, a conveniência da instrução criminal, asseguramento da aplicação da lei penal e a garantia da ordem econômica, porque em todos os casos busca-se garantir a ordem pública.<sup>151</sup>

---

<sup>150</sup> Idem, Ibidem, p. 60-62

<sup>151</sup> No Projeto de Lei nº 4.208/01 que trata das Prisões Cautelares, atualmente em discussão, a expressão “*ordem pública*” foi suprimida da nova redação dada ao art. 312 do Código de Processo Penal. (O assunto foi tratado no capítulo supra mencionado).

Segundo Pacelli Oliveira a jurisprudência no Brasil tem optado pelo entendimento “da noção de ordem pública *como risco ponderável da repetição da ação delituosa objeto do processo*”<sup>152</sup>.

O Código de Processo Penal não definiu o alcance da terminologia “*ordem pública*”, embora tenha feito menção à terminologia em alguns dos seus dispositivos como no artigo 312, tratando especificamente da prisão preventiva, no artigo 424, que regula o desaforamento do julgamento pelo Tribunal do Júri, motivado por interesse de ordem pública, no artigo 781, que regula a homologação de sentenças estrangeiras e o cumprimento de cartas rogatórias, proibindo-os, quando contrários à ordem pública. Da mesma maneira o legislador constitucional se utilizou da terminologia “ordem pública” nos artigos 34, inciso III, “a União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: III – pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; também no artigo 136 nestes termos “o Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social...”; no artigo 144 “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio...” e ainda no parágrafo 5º do mesmo artigo “às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública”.

Algumas interpretações à expressão legal “*ordem pública*” surgiram como justificativas para o decreto de prisão preventiva. São elas: para garantir a credibilidade da justiça, diante da periculosidade do acusado; diante da repercussão e do clamor público do crime, esta última utilizada no artigo 323, inciso V, do Código de

---

<sup>152</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 412

Processo Penal, que preceitua “a denegação da liberdade provisória com fiança, quando o crime provocar situação de clamor”<sup>153</sup>

No acórdão abaixo não é possível vislumbrar o caráter instrumental da prisão processual:

PRISÃO PREVENTIVA - Revogação - Inadmissibilidade - Clamor público e intensa revolta provocados pelas circunstâncias e motivação dos crimes - Irrelevância da primariedade, bons antecedentes, domicílio no distrito da culpa e ocupação lícita dos acusados - Ameaça à ordem pública caracterizada - Ordem denegada. **No conceito de ordem pública, não se visa apenas prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face de gravidade do crime e de sua repercussão.** (Relator: Dante Busana - Habeas Corpus n. 161.763-3 - Jacupiranga - 17.03.94) (grifos nosso).

Decretar uma prisão preventiva sob a alegação de “*garantir a credibilidade da justiça*”, nada mais é do que antecipar a aplicação da pena antes de findar o processo. A preocupação em dar uma resposta a sociedade faz com que a medida perca seu caráter primordial, ou seja, “a instrumentalidade da cautelar”.

No que diz respeito a “*repercussão do crime*” o Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou: “A grande comoção que o crime, com as suas graves e altamente reprováveis circunstâncias, causa na comunidade, enseja a segregação cautelar para garantia da ordem pública, ainda que o réu seja primário e de bons antecedentes” (RSTJ 104/429). Como justificar o “*periculum in mora*” sob o argumento da “*grande comoção do crime na comunidade*” ? É latente a preocupação em dar uma resposta a sociedade em detrimento do princípio constitucional da presunção de inocência.

O mesmo tribunal diverge noutro julgamento em 11 de abril de 2006, onde concede ordem de hábeas corpus sob a justificativa de que

O juízo valorativo sobre a **gravidade genérica do delito** imputado ao paciente, bem como a existência de indícios da autoria e prova da materialidade dos crimes e a **comoção social** que a conduta teria gerado não constituem

<sup>153</sup> Segundo o dicionário Aurélio clamor significa “ação ou efeito de clamar, grito de queixa, súplica, protesto ou brado”. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio Século XXI: O minidicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000 p. 157

fundamentação idônea a autorizar a **prisão** para garantia da ordem pública, se desvinculados de qualquer fator concreto que não a própria prática, em tese, criminosa<sup>154</sup>. (grifos nosso)

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau, assim se manifestou no HC 88535 em 16 de maio de 2006: “O fundamento da garantia da ordem pública é **inidôneo** quando alicerçado na **credibilidade da justiça e na gravidade do crime**. De igual modo, circunstâncias judiciais como a gravidade do crime, o motivo, a frieza, a premeditação, o emprego de violência exacerbada e o desprezo pelas normas que regem a vida em sociedade não conferem base concreta a justificar a exigência de garantia da ordem pública. Circunstâncias dessa ordem não de refletir-se e apenas isso, na fixação da pena” (grifos nosso).

Em decisão recente supra citada o Supremo Tribunal Federal, refutando o argumento de que a “*gravidade do crime*” não é motivo suficiente que justifique o cerceamento do acusado cautelarmente, mostra o descompasso com decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo como se nota no acórdão abaixo:

PRISÃO PREVENTIVA - Decretação - Providência imposta para facilitar andamento da ação penal e produção de provas - Ordem denegada. No conceito de ordem pública, não se visa apenas prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas a acautelar o meio social e a própria **credibilidade da Justiça**, em face da **gravidade do crime** e de sua **repercussão**. A conveniência da medida deve ser revelada pela sensibilidade do Juiz à reação do meio ambiente a ação criminosa. (Relator: Djalma Lofrano - Habeas Corpus nº 144.583-3 - Itapeçerica da Serra - 27.05.93) (grifos nosso)

Não bastasse decretar uma medida como a prisão preventiva embasada na “*credibilidade da justiça*”, vai mais longe ainda quando se decreta em face da “*gravidade do crime*” e de sua “*repercussão*”. Percebe-se que se busca encaixar cada situação concreta no conceito de ordem pública de acordo com o momento da decisão. “O

<sup>154</sup> STJ - HC 51100 / PB ; HABEAS CORPUS 2005/0206811-3. Re. Min. Gilson Dipp. 11/04/2006

clamor público e comoção social não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão para garantia da ordem pública, se desvinculados de qualquer elemento concreto”<sup>155</sup>.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio<sup>156</sup> relatando decisão no HC 87424, transcreveu parte da fundamentação que decretou a prisão preventiva do paciente em análise, “colocam a sociedade em desassossego”, remetendo-se ao clamor provocado pelo modo como foi praticado, a despertar indignação na comunidade. O Ministro com propriedade discorre que “levou-se em conta fator que não esteia a prisão preventiva, a inversão da ordem natural das coisas, no que, à luz dos ditames constitucionais, é preciso constar-se para clausura do cidadão, com a culpa formada e imutável na via recursal”. Segue a ementa trazida pelo relator:

**PRISÃO PREVENTIVA - CLAMOR PÚBLICO.** A repercussão do crime na sociedade do distrito da culpa, variável segundo a sensibilidade daqueles que a integram, não compõe a definição de ordem pública a ser preservada mediante a preventiva. A História retrata a que podem levar as paixões exacerbadas, o abandono da razão.

Dentro o ordenamento jurídico o “*clamor público*” não tem uma definição pré-constituída. O clamor público se dá nas circunstâncias delituosas onde a indignação ou a comoção no meio social tornam-se visíveis. Crimes em que o *modus operandi* se perfaz com requintes de crueldade, selvageria, sadismo, causam uma repulsa social e por via de consequência o clamor público, esperando do Estado “justiça”.

Na ânsia de dar uma resposta a sociedade diante de um crime, a presunção de inocência, o regramento do direito positivo fica para um segundo plano, como se vê no julgamento de um hábeas corpus pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

**PRISÃO PREVENTIVA - Revogação - Inadmissibilidade - Clamor público e intensa revolta provocados pelas circunstâncias e motivação dos crimes - Irrelevância da primariedade, bons antecedentes, domicílio no distrito da culpa e ocupação lícita dos acusados - Ameaça à ordem pública caracterizada - Ordem denegada.** No conceito de ordem pública, não se visa apenas prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face de gravidade do crime e de sua repercussão.

<sup>155</sup> STJ - HC 50071 / BA, HABEAS CORPUS 2005/0191943-3, Rel. Min. Gilson Dipp, julg. 18/04/06

<sup>156</sup> STF – HC 87424 Rel. Min. Marco Aurélio. Julg. 12/12/2005 (ordem concedida).



(Relator: Dante Busana - Habeas Corpus n. 161.763-3 - Jacupiranga - 17.03.94)  
(grifos nosso)

Em sentido contrário entendendo ser inadmissível decretar-se uma prisão preventiva sob o argumento do “*clamor público*”, o Supremo Tribunal Federal assim se manifestou: “O reconhecimento da existência de “clamor público” em relação ao crime praticado não basta, por si só, para justificar a prisão preventiva do acusado, porquanto não se enquadra no art. 312 do CPP.<sup>157</sup>

O doutrinador Julio Fabbrini Mirabete traz em sua obra uma decisão do Superior Tribunal de Justiça onde o autor intitulou **Clamor público e o “estardalhaço” provocado pela imprensa**, nestes termos STJ:

Não se pode confundir ‘ordem pública’ com o estardalhaço causado pela imprensa pelo inusitado do crime. Como ficar em liberdade é a regra geral, deveria o juiz justificar substancialmente a necessidade de o paciente ficar preventivamente preso. Não basta invocar, de modo formal, palavras abstratas do art. 312 do CPP. Ordem concedida (RT 720/536).<sup>158</sup>

Não tem como negar que a mídia tem um papel importante na sociedade, entretanto não pode a Autoridade Judiciária competente, assim definida na Constituição Federal, deixar-se sucumbir a pressões de ordem psicológica diante da sociedade.

O “*clamor público*” e a “*gravidade do crime*”, com proposições abstratas, de cunho subjetivo, não justificam a prisão preventiva, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória.

Segundo José Cretella Júnior “a ordem pública é constituída por um mínimo de condições essenciais a uma vida social conveniente, formando-lhe o fundamento à segurança dos bens e das pessoas, à salubridade e à tranqüilidade,

<sup>157</sup> STF - HC 78.425/PI, 2ª Turma rel. Min. Néri da Silveira, j. 9-2-99, Informativo do STF N. 138

<sup>158</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *ob cit.*, p. 697

revestindo, finalmente, aspectos econômicos (luta contra monopólios, açambarcamento e a carestia) e, ainda, estéticos (proteção de lugares e de monumentos)”<sup>159</sup>

Para Vicente Greco Filho *garantia da ordem pública* “significa a necessidade de se preservar bem jurídico essencial à convivência social”, explicitando não exigir-se interesse de muitas pessoas, mas interesse de segurança de bens juridicamente protegidos, ainda que seja somente de um indivíduo. Prossegue, aduzindo que *ordem pública* não pode significar *clamor público*. O *clamor público* é proveniente de uma repulsa social, que pode vir a violar a ordem pública. Essa repulsa social pode significar uma vingança da massa ou uma revolta por interesses ilegítimos<sup>160</sup>. Por isso o *clamor público* por si só não pode ser circunstância permissiva para o decreto de prisão preventiva.

Roberto Delmanto Junior ressalta que a prisão preventiva decretada com base no *clamor público* “se distancia de seu caráter instrumental– de tutelar o bom andamento do processo e a eficácia de seu resultado – ínsito a toda e qualquer medida cautelar, servindo de instrumento de justiça sumária, vingança social”<sup>161</sup>.

No mesmo sentido ressalta Odone Sanguiné que a prisão preventiva fundada no *clamor público* tem verdadeira finalidade punitiva<sup>162</sup>. “O clamor público constitui um fundamento apócrifo (falso) da prisão preventiva que deve ser erradicado porque vulnera o princípio da legalidade processual da repressão (*nulla coactio sine lege*); porque através dele a prisão preventiva é imposta como verdadeira pena antecipada (cumprindo fins de prevenção geral ou especial, exclusivos da pena)” e finaliza ressaltando que a medida torna-se “inconstitucional à luz dos direitos fundamentais da presunção de inocência, proporcionalidade e devido processo legal”.

<sup>159</sup> CRETELLA JUNIOR, José. *Dicionário de direito administrativo*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978 p. 370

<sup>160</sup> GRECO FILHO, Vicente. *ob. cit.*, p. 274-275

<sup>161</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. *ob. cit.*, p. 156

<sup>162</sup> SANGUINÉ, Odone. *ob. cit.*, p. 31.

A quinta turma do STJ vem decidindo a luz dos princípios constitucionais, onde noutra decisão de 15 de dezembro de 2005 concedeu ordem de hábeas corpus como se vê na ementa abaixo:

Criminal. HC. Homicídios qualificados consumados e tentados. Incêndio. Formação de quadrilha. **Prisão preventiva.** Pronúncia. Ausência de concreta fundamentação. Prova da materialidade e autoria. Gravidade dos delitos. Credibilidade da justiça. **Comoção social.** Clamor público. Motivação inidônea a respaldar a custódia. Suposta fuga. Incerteza a respeito da reiteração delitiva. Meras conjecturas e probabilidades. Insensibilidade familiar. Cunho cautelar não verificado. Necessidade da custódia não demonstrada. Ordem concedida.

“A necessidade da prisão por garantia da ordem pública revela-se, essencialmente, nos casos em que o acusado vem reiterando a ofensa à ordem constituída”.

163

Conceituando ‘*ordem pública*’ o Supremo Tribunal Federal assim se manifestou,

no conceito de ordem pública, não se visa apenas prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser revelada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa.<sup>164</sup>

Diante da *repercussão do crime* e para se garantir a *credibilidade da justiça* também por si só não são justificativas legais para a decretação da medida cautelar. Se ausentes os demais requisitos autorizadores da medida restritiva da liberdade, esta deve ser denegada. Entretanto há julgados permitindo a prisão preventiva diante da crueldade da prática delituosa aliada a sua torpeza, da grande comoção que o crime, com as suas graves e altamente reprováveis circunstâncias, tenham causado na comunidade, ainda que o réu seja primário e de bons antecedentes.<sup>165</sup>

O Tribunal de Justiça de São Paulo já se manifestou mantendo a prisão preventiva do acusado sob o argumento de que a prisão preventiva para a garantia da

<sup>163</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2002 p. 302

<sup>164</sup> STF, RHC 65.043-I-RS, rel. Min. Carlos Madeira, DOU, 22.05.87, p. 9756

ordem pública não visa apenas a prevenir a reprodução dos fatos criminosos, mas acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face do crime e de sua repercussão, nestes termos:

PRISÃO - Preventiva - Admissibilidade - Prisão cautelar cabível ante a necessidade de **resguardo da ordem pública** - Paciente que pode constringer as testemunhas - Primariedade e bons antecedentes que não afastam a possibilidade da constrição - Gravidade e violência do crime que demonstram a periculosidade do executor - Ordem denegada. **A prisão preventiva para a garantia da ordem pública não visa apenas a prevenir a reprodução dos fatos criminosos, mas acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face do crime e de sua repercussão.** (Relator: Segurado Braz - Habeas Corpus n. 166.471-3 - Cotia - 13.06.94) (grifos nosso)

A prisão preventiva decretada nas circunstâncias acima grifadas, acaba por distanciar-se de seu caráter instrumental, “de tutela do bom andamento *do processo e da eficácia* de seu resultado, ínsito a toda e qualquer medida cautelar, servindo de *inaceitável instrumento de justiça sumária*”<sup>166</sup>.

Segundo Ricardo Sayeg “a gravidade dos delitos não elide a presunção constitucional de inocência e a pretexto da garantia da ordem pública, as pessoas estão sendo presas sem julgamento” e finaliza “ a prisão preventiva sob o fundamento da garantia da ordem pública é, sem dúvida, excepcionalíssima”<sup>167</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “A gravidade do delito, com sua inegável repercussão no meio social, justifica, por si só a custódia antecipada do seu autor, ainda que primário, de bons antecedentes e outros fatores favoráveis” (RSTJ 104/475). No mesmo sentido em outra decisão assim se manifestou: “A primariedade e os bons antecedentes não impedem a decretação da custódia provisória se os fatos a justificam. Logo, **quando o crime praticado se reveste de grande crueldade e violência, causando indignação na opinião pública**, fica demonstrada a necessidade daquela cautela” (RT 652/344) (grifos nosso).

---

<sup>165</sup> RSTJ 104/429 e RT 755/572.

<sup>166</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. *ob. cit.*, p. 183.

Mais uma vez fica demonstrado que a preocupação em se dar uma resposta a sociedade em face do cometimento do crime, afasta o objetivo da prisão cautelar preventiva, propiciando uma aplicação de pena antecipada. Num Estado Democrático de Direito, a luz dos direitos e garantias fundamentais assegurados constitucionalmente, não pode ser tolerada adoção de medida excepcionalíssima como a preventiva, sem obediência aos ditames legais. Por isso a terminologia *ordem pública* vem sofrendo críticas, haja vista ser interpretada de acordo com o momento e o caso concreto.

Em decisão de 11 de abril de 2006 o Ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence, onde concedeu ordem de *habeas corpus* justificou que a “gravidade” do delito não é motivo suficiente para decretar uma prisão preventiva, nestes termos: “Não constituem fundamentos idôneos à prisão preventiva a invocação da gravidade abstrata ou concreta do delito imputado, definido ou não como hediondo - muitas vezes, inconsciente antecipação da punição penal -, ou no chamado clamor público.” (HC 87003).

Antonio Magalhães Gomes Filho leciona que a *ordem pública* refere-se a uma privação de liberdade como medida de defesa social; a exemplaridade, ou seja, é uma ação imediata após o cometimento do delito, satisfazendo assim o sentimento de justiça da sociedade.

O apelo à exemplaridade, como critério de decretação da custódia preventiva, constitui seguramente a mais patente violação do princípio da presunção de inocência, porquanto parte justamente da admissão inicial da culpabilidade, e termina por atribuir ao processo uma função meramente formal de legitimidade de uma decisão tomada *a priori*.<sup>168</sup>

Nas palavras do doutrinador acima, faz-se necessária uma reflexão onde afirma que a prisão preventiva decretada sem observância dos princípios fundamentais do homem, dentre eles o da presunção de inocência, termina por atribuir ao processo uma

---

<sup>167</sup> SAYEG, Ricardo. *Desordem na lei. Ameaça à ordem não pode justificar prisão preventiva*. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/45895,1> Acessado em 08.jul.2006

função meramente formal de legitimidade de uma decisão tomada *a priori, ou seja, uma aplicação de pena antecipada.*

Fundamentando voto que concedeu ordem de hábeas corpus o Ministro Gilson Dipp do Superior Tribunal de Justiça, justifica que a prática criminosa, por si só, é suficiente para intranqüilizar a sociedade.

Criminal. HC. Atentado violento ao pudor. **Prisão preventiva.** Gravidade do delito. **Comoção e repercussão social.** Probabilidades e suposições. Motivação inidônea a respaldar a custódia. Constrangimento ilegal evidenciado. Ordem concedida.

Assim fundamentou seu voto:

O juízo valorativo a respeito da gravidade da prática supostamente criminosa e da **comoção e repercussão social**, se desvinculadas de fatos concretos que não a própria ação delitiva, como ocorre em regra, não constituem motivação de cunho cautelar, com vistas a assegurar o resultado final do processo, pois **a própria prática criminosa, por si só, é suficiente para intranqüilizar a sociedade**<sup>169</sup>. (grifos nosso)

O chamado “homem médio” não vai aceitar o cometimento de qualquer ilicitude, sem indignar-se. A partir do momento que vem a público ou que determinado grupo de pessoas tomam conhecimento do fato, por obvio hão de repugná-lo, havendo nesse momento uma comoção ou repercussão social. Se assim fosse, todos os crimes seriam passíveis de uma prisão preventiva.

O ser individual é, por excelência, o sujeito dos direitos humanos. Não a coletividade, pela maioria dos seus componentes. Não se pode opor interesse, por vezes imediato e conjuntural, mesmo da maioria, contra o respeito à garantia individual, que importa decisivamente, primeiro por mim, ser humano, à minha sobrevivência e à minha dignidade. É portanto, a cada um e a todos, à totalidade das pessoas, sem nenhuma exceção. É comum – e lamentável – o equívoco de se confundirem certos interesses da coletividade e até a grito popular, insana e desordenada, com a garantia individual da pessoa humana, como se um agente criminoso fosse favorecido em detrimento da comunidade ordeira. Ora, a garantia diz respeito à pessoa humana no sentido de raça humana o que, em termos de maioria é o unânime e o absoluto. O desrespeito a uma pessoa, nesse

<sup>168</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *ob. cit.* p. 68.

<sup>169</sup> STJ - HC 46697 / PB ; HABEAS CORPUS 2005/0130636-8 Rel. Min. Gilson Dipp julg. 02/02/2006  
Decisões do STJ no mesmo sentido: RHC 18219 / PR ; RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 2005/0135662-0 julg. 06/12/2005; HC 42642 / SP ; HABEAS CORPUS 2005/0044700-2 julg. 06/12/2005; HC 49786 / ES ; HABEAS CORPUS 2005/0187410-1 julg. 06/04/2006

tema, portanto, atinge, por princípio, a todas as pessoas, não podendo haver mais alarmante ofensa ao ordenamento jurídico<sup>170</sup>.

Outro aspecto a ser levantado é a possibilidade de decretação da prisão preventiva para *preservar a integridade física do acusado* de um crime.

Para Paulo Alves Franco é possível a decretação da prisão preventiva para garantir a segurança do acusado “quando o indiciado ou réu estiver na iminência de ser vingado, seja pela vítima, por seus familiares ou da multidão incontida e revoltada com a prática do crime, caberá contra ele o decreto da prisão preventiva, de ofício pelo juiz, a requerimento do Promotor de Justiça ou por representação da autoridade policial. Essa medida será imposta para salvaguardar a integridade física do acusado.”<sup>171</sup>

Não parece ser plausível considerar a *ordem pública* como circunstância que autoriza prender o acusado a fim de garantir sua integridade física. Não faz sentido cercear a liberdade do acusado, para garantir a sua segurança contra ameaças da família da vítima ou da população revoltadas. É função do Estado, por meio da Segurança Pública, garantir a segurança e a tranquilidade social não só da população em geral, como também daquele que cometera um delito.

Nessa linha de pensamento, Roberto Delmanto Junior, discorre que “não é acertada, também, a orientação de que o requisito da garantia da ordem pública se verifica no caso de salvaguarda da integridade física do próprio acusado, diante de eventual vingança de familiares da vítima, apesar de presente na jurisprudência.”<sup>172</sup>

Vicente Greco Filho salienta que “historicamente já se entendeu que a proteção do próprio acusado seria motivo de preventiva. Hoje essa colocação não tem

---

<sup>170</sup> PEREIRA, Eduardo. *O direito por quem o faz: uso de telefone celular no cárcere não constitui falta grave*. In Boletim IBCCRIM, nº 155, novembro, São Paulo, 2005 p. 16 (Voto proferido no HC n. 511828.3/1, 12ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo).

<sup>171</sup> FRANCO, Paulo Alves. *Prisão em flagrante, preventiva e temporária*. Campinas: Coopola Livros, 1995 p. 258

<sup>172</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. *ob. cit.*, p. 153.

cabimento, porque a proteção do acusado deve ser atendida com providências policiais de segurança e não com o decreto de prisão”<sup>173</sup>.

No mesmo sentido Guilherme de Souza Nucci afirma que “não autoriza a decretação da prisão preventiva a alegação de que o agente estará melhor sob a custódia do Estado do que solto nas ruas, onde pode ser objeto da vingança de terceiros, inclusive de parentes da vítima”.<sup>174</sup>

A idéia principal quando se decreta a prisão preventiva é evitar que o criminoso cometa novos crimes.

Roberto Delmanto Junior salienta que a decretação da prisão preventiva fundamentada na possível *reiteração de crimes*, baseia-se numa dupla presunção. A primeira é que o acusado realmente cometeu o delito. A segunda é que “em liberdade e sujeito aos mesmos estímulos, praticará outro crime ou, ainda, envidará esforços para consumir o delito tentado”<sup>175</sup>.

Em decisão de 20 de junho de 2006, após a decretação da prisão preventiva do paciente, lastreando-a na garantia da ordem pública, porquanto estaria ele sendo processado por outro crime de homicídio, e no clamor público, em face da circunstância de a comunidade haver ficado chocada, reclamando uma resposta da Justiça, o Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal deferiu Hábeas corpus pondo em liberdade o paciente alegando em síntese que “a circunstância de ter-se como abalada, pelo cometimento do crime, a ordem pública não respalda a prisão preventiva, sob o risco de esta ganhar contornos de verdadeiro cumprimento de pena ainda não imposta”<sup>176</sup>.

Haja vista o conteúdo indeterminado da terminologia “*garantia da ordem pública*”, o juiz não pode permitir que sob tal justificativa se decrete uma prisão preventiva

---

<sup>173</sup> GRECO FILHO, Vicente. *ob cit.*, p. 275.

<sup>174</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *ob. cit.*, p. 545

<sup>175</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. *ob. cit.*, p.179

<sup>176</sup> STF - HC 88.877-1 20.06.2006



passível de ganhar contornos de verdadeiro cumprimento de pena ainda não imposta por sentença.

Nos termos do art. 204º do Código de Processo Penal *português*, a medida cautelar - prisão preventiva, pode ser decretada diante do perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do argüido, de perturbação da ordem e da tranqüilidade públicas ou de continuação da atividade criminosa.<sup>177</sup>

Na *Bélgica*, o Juiz de Instrução pode decretar a prisão provisória do acusado em crime que possa vir a ser condenado a pena de prisão correccional principal de um ano ou mais, diante de absoluta necessidade para garantir a segurança pública. Se diante da condenação, a pena máxima não exceder a quinze anos de trabalhos forçados, o mandado de prisão provisória somente pode ser decretado diante do perigo de o acusado vir a cometer novos crimes.<sup>178</sup>

Na *Espanha* a prisão preventiva pode ser decretada a fim de *evitar la reitaracion delictiva*. Com isso se oferece uma resposta imediata à sociedade, legítima exigência social de tranqüilidade e segurança. Evita que o acusado continue cometendo outros crimes.<sup>179</sup>

### 3.3. 2 Garantia da ordem econômica

A circunstância *garantia da ordem econômica* foi acrescida ao art. 312 do Código de Processo Penal, pela Lei 8.884 de 11 de junho de 1994 (Lei antitruste).

Para Fernando da Costa Tourinho Filho, essa circunstância é um tanto esdrúxula. Embora não ofenda a ordem jurídica, não vê onde estaria a instrumentalidade processual

<sup>177</sup> SILVA, Germano Marques da. *ob cit.*, p. 232-234

<sup>178</sup> MARTY, Mireille Delmas. *ob. cit.*, p. 252

<sup>179</sup> MELLADO, José Maria Asencio. *Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p. 186

para a realização do processo (preservação da instrução criminal) ou para garantia de seus resultados (assegurar a aplicação da lei penal), quando o juiz decreta uma prisão preventiva para *garantia da ordem pública*, sendo a medida eminentemente cautelar. Usando suas próprias palavras, “assim, se a nossa prisão preventiva não tem esse exclusivo objetivo, nada de extraordinário permiti-lo como garantia da ordem econômica... à maneira do que ocorre quando ela é decretada para garantia da ordem pública.” A prisão preventiva não seria a medida correta para coibir abusos contra a ordem econômica. Melhor que a prisão nesses casos, seria aplicação de sanções contra a empresa, como seu fechamento por determinado tempo, um estabelecimento que venda produtos com preços extorsivos, que se instaure um processo crime contra o proprietário. E por fim, garantia da ordem pública, já abrangeria a garantia da ordem econômica, sendo desnecessária a alteração feita pela Lei 8.884/94, supra citada.<sup>180</sup>

Justifica-se a medida cautelar diante da remarcação abusiva de preços (Lei 8.137/90), crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei 7.492/86), crimes contra a economia popular (Lei 1.521/52), sonegação fiscal (Lei 8.137/90), e demais normas que se referem a ordem econômica.

Não resta dúvida de que nessas hipóteses a prisão provisória afasta-se, por completo, de sua natureza cautelar instrumental e/ou final, transformando-se em meio de prevenção especial e geral e, portanto, em *punição antecipada*, uma vez que uma medida cautelar jamais pode ter como finalidade a punição e a ressocialização do acusado para que não mais infrinja a lei penal, bem como a conseqüente desestimulação de outras pessoas ao cometimento de crimes semelhantes, fins exclusivos da sanção criminal.<sup>181</sup>

A referida circunstância visa coibir qualquer fato que perturbe o livre exercício de qualquer atividade econômica, com abuso de poder econômico, visando à dominação de mercados, eliminação de concorrência e aumento abusivo de lucros.

---

<sup>180</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *ob. cit.*, p. 479.

<sup>181</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. *ob. cit.*, p. 192.

Apesar da criminalidade econômica, *a priori* e de forma aparente, não ameaçar tão diretamente o cidadão, quanto o ameaça a delinqüência violenta, que lhe está mais próxima, e não nos distantes e altos escalões do Governo, ou na quase intangível órbita em que se são as decisões do mercado financeiro, ou ainda, no mundo das decisões daqueles que presidem enormes grupos empresariais, é de se atentar para o fato de que as conseqüências advindas desse tipo de criminalidade, muitas vezes, envolvem um número enorme de pessoas e são tão prejudiciais à sociedade quanto o é a criminalidade violenta.<sup>182</sup>

Consoante Paulo Rangel<sup>183</sup>, a expressão “ordem econômica” “...quis permitir a prisão do autor do fato-crime que perturbasse o livre exercício de qualquer atividade econômica, com abuso de poder econômico, visando à dominação dos mercados, a eliminação de concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”.

### 3.3. 3 Conveniência da instrução criminal

A prisão decretada para garantir a instrução criminal, ou seja, garantir a efetividade do processo, revela seu caráter nitidamente instrumental, objetivo primordial da prisão cautelar. A decretação da prisão preventiva por *conveniência da instrução criminal* pode ocorrer por necessidade de acautelamento de prova, seja porque o acusado ameaça testemunhas, peritos, alicia testemunhas falsas, provoca o desaparecimento de provas, apaga vestígios. Com isso obstrui a instrução criminal, o que prejudicará a formação da convicção do juiz. É necessário prender o acusado para que não se perca a prova.

A prisão se fará necessária para assegurar os meios e os resultados do processo. Sem a medida não se chegaria à *verdade real*, ou à *verdade possível* ou aproximada.

Outro aspecto seria utilizar o acusado como meio de prova. Romeu Pires de Campos Barros exemplifica, o decreto de prisão preventiva para conveniência da

---

<sup>182</sup> Idem, Ibidem, p. 164.

<sup>183</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002 p. 529

instrução criminal, utilizando-se do acusado como prova no processo. E justifica, “não se apresenta mais qualquer dúvida de que o acusado é também prova no processo, não só pelo que possa dizer, cooperando com o juiz na reconstrução fática”. Outra situação onde a presença do acusado pode ser utilizada como meio de prova, segundo o referido autor, basta “pensar num reconhecimento de pessoa, o qual não se realiza sem a sua presença. Neste aspecto o acusado prova com o seu corpo, sendo examinado em juízo como se fora uma prova real.”<sup>184</sup>

A recusa em colaborar com a instrução criminal não é causa suficiente para a decretação da prisão preventiva, sendo assegurado ao indiciado o direito ao silêncio, (CF, art. 5º, LXIII).

Diante da necessidade do reconhecimento do acusado por parte da vítima, pode ser necessária a sua prisão. Estaria aí caracterizada a colaboração passiva, pois a presença do acusado seria utilizada como meio de prova.

O acusado não pode ser forçado a entregar elementos probatórios desfavoráveis a si mesmo. Se assim não fosse, haveria uma afronta ao direito a ampla defesa, garantido constitucionalmente.

Nos termos do art. 204º do CPP *português*, a medida cautelar - prisão preventiva, pode ser decretada diante do perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova.<sup>185</sup>

Na *Itália* a medida cautelar restritiva de liberdade, prisão provisória, pode ser decretada somente diante de indícios graves de culpabilidade (art.273 c. 1 CPP), para garantir que o acusado não altere provas.<sup>186</sup>

---

<sup>184</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. *ob. cit.*, p. 200-201.

<sup>185</sup> SILVA, Germano Marques da. *ob. cit.*, p. 232-234.

<sup>186</sup> MARTY, Mireille Delmas. *ob. cit.*, p. 399.

Na *Alemanha* a prisão provisória pode ser decretada pelo Juiz de Instrução, diante do risco de obstrução do procedimento investigatório (§ 112 II, nº 3, StPO), ou seja, ameaça a testemunhas ou destruição de provas.<sup>187</sup>

Na *Costa Rica* a prisão preventiva pode ser decretada diante do “perigo de obstaculización”, ou seja, obstrução de provas, ameaça a testemunhas.<sup>188</sup>

Na *Bélgica*, o Juiz de Instrução pode decretar a prisão provisória do acusado, quando este dificultar a ação da justiça, obstruir provas ou ameaçar testemunhas.<sup>189</sup>

Na *Espanha* a medida restritiva de liberdade preventiva pode ser decretada a fim de *asegurar el éxito de la instrucción y evitar la ocultación o manipulación de futuros medios de prueba*. Busca-se com isso assegurar um bom desenvolvimento do processo, evitando a manipulação de provas, seja materiais ou testemunhais.<sup>190</sup>

### 3.3.4 Assegurar a aplicação da lei penal

Verificando-se que o acusado está se desfazendo de seus bens, injustificadamente, havendo indícios de que pretende se ausentar do seu domicílio, a fim de não cumprir uma futura pena resultante de condenação a ser aplicada, cabe a medida cautelar, para assegurar a aplicação de lei penal.

Tecendo crítica acerca da prisão preventiva decretada para garantir a aplicação da lei penal, Antonio Magalhães Gomes Filho afirma que “trata-se de um “expediente práctico” a serviço de um sistema que reconhece a própria incapacidade em

<sup>187</sup> Idem, Ibidem, p. 142-143.

<sup>188</sup> ROMERO, Cecilia Sánchez. *ob. cit.*, p. 60-62.

<sup>189</sup> MARTY, Mireille Delmas. *ob. cit.*, p. 252.

<sup>190</sup> MELLADO, José Maria Asencio. *ob. cit.*, p. 187.

providenciar medidas adequadas para o cumprimento de suas decisões, e que revela, no fundo, uma adesão às concepções absolutas da pena, desvinculadas de qualquer conotação utilitária.”<sup>191</sup>

Todas justificativas para decretar a prisão preventiva devem ser fundamentadas, não sendo suficientes meras conjecturas de que o réu poderá fugir ou impedir a ação da justiça. Não pode o juiz pautar-se em proposições abstratas e sim em fatos concretos.

A prisão preventiva somente poderá ser decretada se houver um prognóstico de que o réu, em sendo condenado será submetido a pena privativa de liberdade e recolhido a um estabelecimento penitenciário. Não há que se falar em prisão preventiva sob o fundamento de assegurar a aplicação da lei penal quando tudo indicar ser provável a aplicação da suspensão condicional da pena (art. 77 *usque* 82 do Código Penal) ou ainda quando mesmo diante de uma condenação o regime inicial de cumprimento de penal for o aberto, como acontece para os crimes com pena igual ou inferior a quatro anos (art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal), ou quando estiverem presentes os requisitos para a conversão da pena em restritiva de direitos para condenações até quatro anos, nos casos de crimes praticados sem violência ou grave ameaça.

Residência fixa e emprego são circunstâncias que não impedem a decretação da prisão preventiva, estando presentes os pressupostos que autorizam a sua decretação.<sup>192</sup>

Cabe ressaltar que somente por tratar-se de crime hediondo não basta para a decretação da medida cautelar. A hediondez do crime não é circunstância que autoriza a decretação baseada em assegurar a aplicação da lei penal, embora haja julgados em sentido contrário como se vê abaixo:

---

<sup>191</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *ob. cit.*, p. 71.

Prisão temporária - Transformação em prisão preventiva - Admissibilidade - **Hipótese de crime hediondo que abalou a opinião pública** - Magistrado que, sem desconsiderar os atributos do paciente, entendeu de boa cautela mantê-lo preso, pela gravidade do delito - Ordem denegada. (Relator: Barbosa Pereira - Habeas corpus 133.797-3 - Pindamonhangaba 28.09.92) (grifos nosso).

Nos termos do art. 204º do Código de Processo Penal *português*, a medida cautelar prisão preventiva, pode ser decretada diante de fuga ou perigo de fuga do acusado. É reservado aos Tribunais a aplicação de medidas que restrinjam a liberdade do acusado de acordo com o art. 194º do Código de Processo Penal.<sup>193</sup>

Na *Itália*, a medida cautelar restritiva de liberdade, prisão provisória, pode ser decretada somente diante de indícios graves de culpabilidade (art. 273 c. 1 Código de Processo Penal Italiano), para garantir que o acusado não fuja, diante de um risco de fuga e da reincidência.<sup>194</sup>

Na *Itália*<sup>195</sup> faz-se um controle sobre a legitimidade e mérito das medidas coercitivas, reconhecendo ao acusado o direito de ser interrogado pelo juiz imediatamente ou, no máximo, dentro de cinco dias a partir da execução do provimento. Neste interrogatório o juiz reavalia os pressupostos da prisão cautelar; se não estiverem presentes, deverá revogar ou substituir a medida anteriormente adotada (Código de Processo Penal Italiano de 1988, art. 294 e parágrafos).

Na *Alemanha*, a prisão provisória pode ser decretada pelo Juiz de Instrução, quando houver risco de fuga (§ 112 II, nº 1 e 2 StPO). Em infrações apenas com pena privativa de liberdade inferior a seis meses, somente pode ser decretada a prisão provisória diante do risco de fuga, se o acusado já teria tentado fugir em outro processo; e

---

<sup>192</sup> REIS, Alexandre Cebrian Araújo, GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Processo Penal: parte geral*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002 p. 168

<sup>193</sup> SILVA, Germano Marques da. *ob. cit.*, p. 232-234.

<sup>194</sup> MARTY, Mireille Delmas. *ob. cit.*, p. 399.

<sup>195</sup> Idem, *Ibidem*, p. 399.

ainda diante da ausência de domicílio fixo ou falta de documentos que identifiquem o acusado.<sup>196</sup>

Na *Costa Rica* a prisão preventiva pode ser decretada diante do perigo de fuga do acusado.<sup>197</sup>

Na *Espanha* é legitimada a privação de liberdade antes de uma sentença penal condenatória se decretada a fim de *evitar la frustración del proceso impidiendo la fuga del reo*. Não é diferente do que acontece no direito brasileiro. Impede que o réu não deixe de cumprir a pena aplicada posteriormente. Deve existir fato concreto que o acusado pretende furtar-se ao cumprimento da futura pena a ser aplicada.<sup>198</sup>

### 3.3. 5 Magnitude da lesão causada

A circunstância permissiva do decreto da prisão preventiva diante da *magnitude da lesão causada*, foi inserida pela Lei nº 7.492/86 que definiu os crimes contra o sistema financeiro nacional. Tal circunstância veio prevista no artigo 30 da referida Lei, nestes termos: “sem prejuízo no disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, aprovado pelo Dec-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941, a prisão preventiva do acusado da prática de crime previsto nesta Lei poderá ser decretada em razão da *magnitude da lesão causada*.” (grifo nosso).

Levando em conta a instrumentalidade da medida cautelar prisão preventiva, decretá-la somente diante da *magnitude da lesão causada* tira seu caráter instrumental. A prisão neste caso não se daria por necessidade do processo.

Nesse sentido salienta Luiz Antonio Câmara:

---

<sup>196</sup> Idem, Ibidem, p. 142-143.

<sup>197</sup> ROMERO, Cecilia Sánchez. *ob. cit.*, p. 60-62.

<sup>198</sup> MELLADO, José Maria Asencio. *ob. cit.*, p. 186



É obvio que não pode ser tal pressuposto elencado entre os cautelares, pois não revela qualquer finalidade instrumental, sendo, ademais, despiciendo, podendo ser englobado pelos pressupostos probatórios já existentes. É certo também que a magnitude da lesão por si só não serve à decretação da prisão, devendo verificar-se a combinação com algum dos pressupostos cautelares especificados no art. 312 do diploma processual penal<sup>199</sup>.

João Gualberto Garcez Ramos sustenta ser inconstitucional a prisão preventiva decretada com fundamento na *magnitude da lesão causada*. A prisão neste caso importa uma antecipação da condenação, sem a efetiva constatação de perigo para o processo penal de conhecimento.<sup>200</sup>

No artigo 30 da referida Lei constou a expressão “ou do clamor público provocado” além da expressão “magnitude da lesão causada”. A expressão “*ou do clamor público provocado*” foi vetada<sup>201</sup> pelo então Presidente da República José Sarney sob a justificativa de que a “prisão preventiva é medida cautelar penal, com o objetivo de evitar que, da liberdade do acusado, possa resultar outros crimes ou, ainda, sua fuga ou interferência na colheita de provas, e não é jurídico que decisão de tamanha gravidade restritiva da liberdade individual seja tomada em razão de circunstâncias emocionais”.<sup>202</sup>

Não é possível identificar o *periculum in mora* na figura da “magnitude da lesão causada”. Qual o prejuízo processual estaria sujeito a tutela jurisdicional, sob o enfoque da grandiosidade da lesão, somente por tratar-se de crimes contra o sistema financeiro. O instituto da prisão preventiva não tutela o ordenamento jurídico somente pela grandiosidade jurídica do crime cometido. Analisando a condição *sine qua non* dos pressupostos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, há que se afastar a possibilidade de

<sup>199</sup> CÂMARA, Luiz Antonio. *ob. cit.*, p. 53

<sup>200</sup> GARCEZ RAMOS, João Gualberto. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998 p. 146

<sup>201</sup> Antes da Constituição Federal de 1988 era possível o veto parcial de artigo, inciso, alínea ou parágrafo. Por força do artigo 66, parágrafo 2º da Constituição Federal de 1988 “o veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea”.

<sup>202</sup> Mensagem nº 252, de 16 de junho de 1986 justificando os motivos do veto parcial do Projeto de Lei nº 273/83 que define os crimes contra o sistema financeiro nacional publicado no DOU em 18/06/1986. O artigo 30 sofreu um veto parcial.

prisão preventiva quando presente somente a circunstância da “magnitude da lesão causada”.

Segue abaixo decisão do Superior Tribunal de Justiça:

Criminal. HC. Quadrilha. Falsificação de selo ou sinal público. Crimes contra a ordem tributária e sistema financeiro nacional. Prisão preventiva. Observância do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade. Interpretação restritiva dos requisitos. Ausência de concreta fundamentação. Gravidade dos delitos. Circunstâncias subsumidas no tipo. Prova da materialidade e autoria. Motivação inidônea a respaldar a custódia. **Magnitude da Lesão.** Falta de vínculo com os requisitos cautelares. Necessidade da custódia não demonstrada. Condições pessoais favoráveis. Ordem concedida.

Assim o Ministro fundamentou seu voto:

O art. 30 da Lei 7.492/86, ao mencionar a magnitude da lesão supostamente causada pela prática, em tese, criminosa, não dispensa, para a imposição da custódia cautelar, os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. A existência de indícios de autoria e prova da materialidade e a gravidade do crime não são dotadas de cautelaridade, motivo pelo qual não configuram o requisito “garantia da ordem pública”, como já anteriormente ressaltado. A magnitude da lesão, por si só e sem vínculo com os requisitos do art. 312 da Lei Processual Adjetiva, não é capaz de respaldar a custódia cautelar<sup>203</sup>.

Noutra decisão o mesmo Tribunal decidiu em sentido contrário como se vê no acórdão abaixo proferido em 25 de outubro de 2005:

Recurso especial. Penal. Crimes contra o sistema financeiro nacional. Lavagem de dinheiro. Contas CC-5. **Magnitude da lesão.** Garantia da ordem pública. Necessidade de manutenção da custódia preventiva. Tendo em vista a **magnitude da lesão causada** pela organização criminosa, bem assim pela garantia da ordem pública, mostra-se indispensável a segregação preventiva do acusado. Recurso provido.<sup>204</sup>

Diante de crimes contra a ordem econômica, em vez da prisão cautelar, privando o acusado de sua liberdade, melhor seria a adoção de medida cautelar constritiva patrimonial como o seqüestro ou a indisponibilidade dos bens do acusado ou bens objeto do crime.

Veja decisão do STJ de 05 de dezembro de 2002:

Processo penal - Sonegação fiscal - Recepção de carga roubada - Prisão preventiva - Necessidade - Garantia da ordem pública - Magnitude da lesão - Paciente que responde a outras ações penais de mesma natureza - Adesão ao refis - Matéria não ventilada perante o tribunal *a quo* - Supressão de instância.

<sup>203</sup> STJ - HC 47712 / RJ ; HABEAS CORPUS 2005/0149472-0 Rel. Min. GILSON DIPP julg. 13/12/2005

No fundamento o relator do acórdão assim se manifestou:

Afora todas as circunstâncias aqui expostas, o acusado responde a dois outros processos, também por sonegação fiscal e receptação de carga roubada, o que demonstra a sua inclinação para a prática delituosa. Saliente-se, ainda, que o decreto construtivo frisou o **sentimento de impunidade** e a necessidade de se preservar a ordem pública e econômica, em **decorrência da grande evasão fiscal ocasionada pela prática delituosa**<sup>205</sup>. (grifos nosso).

O “*sentimento de impunidade*” foi citado como fundamentação da decisão que indeferiu uma ordem de habeas corpus. Não bastando tal fundamento ainda justificou-se o indeferimento “*em decorrência da grande evasão fiscal ocasionada pela prática delituosa*”. Não há como não afirmar que a prisão preventiva nesse caso foi mantida como uma pena antecipada. O devido processo legal servirá apenas para legitimar tal prisão.

Ainda sob análise as decisões do STJ, essa r. corte negou ordem de habeas corpus sob o fundamento da previsão legal contida no artigo 30 da Lei 7.492/86 que prevê a magnitude da lesão causada como autorizadora do decreto preventivo da prisão.

Penal e Processual penal. Habeas corpus. Crime contra o sistema financeiro nacional. Competência da justiça federal. Prisão preventiva. Fundamentação. Magnitude da lesão. Art. 30 da lei nº 7.492/86.

Mantendo a prisão preventiva, assim foi fundamentada a decisão: “Conforme dicção do art. 30 da Lei nº 7.492/86, sem prejuízo do contido no art. 312 do CPP, a prisão preventiva do acusado da prática de quaisquer dos crimes previstos nessa Lei poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada. Precedentes do colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte. Writ denegado<sup>206</sup>”

Sob a justificativa da “*repercussão do crime*” e “*magnitude da lesão*” foi mantida a prisão do acusado, conforme acórdão abaixo:

<sup>204</sup> STJ - REsp 754255 / PR ; RECURSO ESPECIAL 2005/0086645-7 Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA julg. 25/10/2005

<sup>205</sup> STJ - HC 22346 / SC ; HABEAS CORPUS 2002/0057696-0 Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI julg. 05/12/2002

<sup>206</sup> STJ - HC 24798 / MS ; HABEAS CORPUS 2002/0128971-8 Rel. Min. FELIX FISCHER julg. 17/12/2002.

Processo penal - Sonegação fiscal - Formação de quadrilha – Evasão de divisas - Lavagem de dinheiro - Falsidade documental - Ameaça - Desacato - Prisão preventiva - Necessidade.

“A prisão cautelar, no caso, **levou em consideração não só a repercussão do crime**, mas, também, os pressupostos do art. 312, do Código de Processo Penal. Deste modo, com fundamento no art. 30, da Lei nº 7.492/86 (**magnitude da lesão**) e art. 312, do CPP, foi decretada a constrição cautelar do paciente”<sup>207</sup>. (grifos nosso)

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence<sup>208</sup> sendo relator no HC 80717, onde o juiz de primeiro grau decretou a prisão preventiva do acusado de ter desviado 169 milhões de reais provenientes do orçamento da União para a construção do Fórum Trabalhista a título de garantia da ordem pública, aduzindo “que tais fatos, por si sós, abalam a credibilidade e a respeitabilidade de instituições, o que constitui, sem dúvida, abalo a ordem pública” e vai além, “ não se traduz, tão só, na necessidade de coibir a prática de novos delitos, mas também na premência de se restaurar aqueles atributos imprescindíveis para o funcionamento das instituições públicas, seriamente comprometidas com condutas perpetradas por altas autoridades integrantes das mesmas, acarretando-lhes sérios prejuízos materiais e imateriais”.

Observa-se de plano que o juiz a título de garantir a ordem pública, justificou o “*abalo a credibilidade e a respeitabilidade das instituições*”.

Como identificar o “*periculum in mora*”, requisito de qualquer medida cautelar, na justificativa acima mencionada.

Ainda relatando o mesmo HC, o Ministro transcreve a fundamentação de novo decreto de prisão preventiva contra o mesmo paciente, que além da justificativa de resguardar a credibilidade e a respeitabilidade das instituições públicas, acresce, “com

<sup>207</sup> STJ- HC 13620 / PR ; HABEAS CORPUS 2000/0060094-6 Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI julg. 05/06/2001

<sup>208</sup> STF – HC n. 80717, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 09.fev.2001

fundamento na garantia da ordem pública e na magnitude da lesão causada (art. 30 da Lei nº 7.492/86) a custódia cautelar constitui medida que se impõe”.

O Ministro relata que por diversas vezes tem

afirmado que apelos similares à garantia da ordem pública desvelam frequentemente a tendência de antecipar a punição do réu – em contrariedade manifesta às garantias constitucionais do devido processo e da presunção de não culpabilidade e, de outro lado, mal dissimulam a nostalgia da tão execrada **prisão preventiva** obrigatória.

No que tange a “*magnitude da lesão causada*”, como fundamento de uma prisão preventiva, Sepúlveda Pertence assim se manifesta:

reputo de densa plausibilidade jurídica a arguição de ilegitimidade constitucional do preceito legal ou, ao menos, da interpretação que reputa o vulto econômico-financeiro da lesão, objetivamente verificada ou apenas suspeitada, razão suficiente para legitimar a antecipação do encarceramento do possível culpado, a pretexto de prisão preventiva.

Ainda sob tais argumentações o Ministro indeferiu a liminar onde figura com autoridade coatora o Superior Tribunal de Justiça.

Embora a circunstância “*magnitude da lesão causada*” sofra críticas, encontra-se inserida no ordenamento jurídico vigente como autorizadora do decreto de prisão preventiva para crimes contra o sistema financeiro nacional.

### 3.4 A resposta social e a presunção de inocência

Se o agente pratica um crime, o *jus puniend*, o direito de punir do Estado, sai do abstrato e, após o devido processo legal, passa a ser concreto. De um lado o Estado com o *jus puniend* e do outro o *status libertatis* do indivíduo.

O Estado passa a ter o *dever* de punir o criminoso, busca-se a atividade jurisdicional, tendo em vista que a atividade administrativa do Estado de punir não é auto-executável. A punição deve ser precedida de um processo com uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Isso dá legitimidade à prisão.

Alessandro Baratta em sua obra “criminologia crítica e crítica do direito penal” discorrendo sobre a ideologia da defesa social, a retrata que este se perfaz com o conjunto de alguns princípios a saber:

- a) *Princípio da legitimidade*. O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Estas interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e das normas sociais. b) *Princípio do bem e do mal*. O delito é um dano para a sociedade. O delinqüente é um elemento negativo e disfuncional do sistema. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem. c) *Princípio de culpabilidade*. O delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque contrária aos valores e às normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador. d) *Princípio da finalidade ou da prevenção*. A pena não tem, ou não tem somente, a função de retribuir, mas a de prevenir o crime. Como sanção abstratamente prevista pela lei, tem a função de criar uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso. Como sanção concreta, exerce a função de ressocializar o delinqüente. e) *Princípio de igualdade*. A criminalidade é violação da Lei penal e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviante. A lei penal é igual para todos. A reação penal se aplica de modo igual aos autores de delitos. f) *Princípio do interesse social e do delito natural*. O núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas representa ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda a sociedade. Os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos<sup>209</sup>.

Durante a fase processual e antes de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, não há que se falar em réu e sim em suspeito ou acusado, porque esse deve ser presumido “*inocente*”. Eugênio Pacelli de Oliveira<sup>210</sup> vai além ao afirmar que a Constituição vigente “não fala em nenhuma *presunção* de inocência, mas da *afirmação* dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal”, ou seja, do inquérito a fase processual.

Não admitir a inocência do acusado enquanto não haja uma sentença definitiva seria tão absurdo como pretender que o demandado civil esteja obrigado a pagar antes de uma sentença condenatória numa ação de cobrança, ou que o inquilino estaria obrigado a desocupar a casa antes que locador tenha obtido uma sentença favorável.<sup>211</sup>

<sup>209</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999 p. 42

<sup>210</sup> OLIVEIRA, Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 383

Em 1789, o art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão trazia a presunção de inocência, nestes termos “*Tout homme étant présumé innocent, s’il est jugé indispensable de l’arreter, toute rigueur qui ne serait nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement reprimée par la loi*”<sup>212</sup>.

Leciona Luigi Ferrojoli<sup>213</sup> que a presunção de inocência “não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica ‘segurança’ fornecida pelo Estado de Direito”. Reforça, segundo o autor, a confiança que a sociedade deve ter nas instituições que representam a justiça, expressando com a presunção de inocência, “a confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica ‘defesa’ destes contra o arbítrio punitivo” do Estado.

É possível constatar na exposição de motivos do Código de Processo Penal brasileiro de 1941, ainda em vigor, que o legislador ordinário da época dava uma ênfase na repressão movida pelo Estado em detrimento do interesse individual do “delinqüente”, ou seja, não via no acusado um sujeito de direitos. Justificando a necessidade de reforma no Código de Processo Penal, assim constou:

As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatória, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social<sup>214</sup>.

<sup>211</sup> ROMERO, Cecilia Sánchez. *La prisión preventiva em um Estado de Derecho*. In Revista de ciencias penales de Costa Rica. Año 9, nº 14, Costa Rica, 1997 p. 66

<sup>212</sup> “Todo acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei”.

<sup>213</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002 p. 441

<sup>214</sup> BRASIL. *Constituição federal, código penal, código de processo penal*. Organizador Luiz Flávio Gomes. 3ª ed., São Paulo: RT, 2001 p. 329-330

Nesse período o legislador brasileiro parecia visualizar a tese de Günter Jakobs, “Direito Penal do Inimigo”, infra mencionada. Segundo ela o delinqüente que se posta contra o Estado perde os chamados direitos e garantias fundamentais.

Posteriormente a Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela ONU (Organização das Nações Unidas) em 10 de dezembro de 1948, trouxe em seu art. 11.1 disposição tratando da presunção de inocência, nestes termos: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa.”

Tal preceito também foi inserido no texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José) celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, sendo assim disposto: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.” Convenção esta ratificada pelo Brasil em 1992 pelo Decreto Legislativo n. 27 de 26 de maio de 1992 e promulgada pelo Presidente da República através do Decreto 678 de 06 de novembro de 1992. De acordo com a hierarquia do ordenamento jurídico brasileiro os tratados internacionais ratificados pelo Brasil passam a ter força de Lei Ordinária. Com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 estabeleceu-se um sistema diferenciado de inserção de normas referentes a tratados internacionais quando se tratar de direitos e garantias fundamentais. Nessas situações os tratados que forem ratificados terão força de Emenda Constitucional. O novo parágrafo terceiro do artigo 5º da Constituição Federal vem assim disposto: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Há que se

---



ressaltar que tal norma não retroage para alcançar os tratados ratificados anteriormente a Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

Dentre os direitos e garantias fundamentais, e, chamado de também de “liberdades públicas”<sup>215</sup>, foi inserido na Carta Magna de 1988, o *princípio da presunção de inocência*. O art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal vigente dispõe que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*, trata-se da presunção de inocência<sup>216</sup>. “Assim, a presunção de inocência é decorrência do Princípio da Jurisdicionalidade, uma vez que a jurisdição é o meio adequado para obtenção da prova”<sup>217</sup>, e após o devido processo legal, o acusado passa a ser considerado culpado.

A garantia não se revela somente no momento da decisão, como expressão da máxima *in dubio pro reo*, mas se impõe principalmente como regra de tratamento do suspeito, indiciado ou acusado, que antes da condenação não pode sofrer qualquer espécie de equiparação ao culpado.<sup>218</sup>

A princípio, poderia imaginar estar diante de um *contra sensu*, pois com a prisão preventiva restringe-se a liberdade do acusado sem uma sentença penal condenatória transitada em julgado, contrariando a presunção de inocência.

<sup>215</sup> Os direitos fundamentais do homem recebem outras denominações como direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem, liberdades fundamentais do indivíduo, direitos do cidadão, direitos constitucionais, direitos históricos, direitos da pessoa. (TAVARES, André Ramos. *Liberdades Públicas*. In: Enciclopédia do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000 p. 01-08). “Por direitos humanos entendo um conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade e na dignidade”. RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violação de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002 p. 11

<sup>216</sup> “No que concerne à *natureza jurídica* da presunção de inocência, urge destacar o seguinte: do ponto de vista *extrínseco (formal)*, destarte, no Brasil, o princípio da presunção de inocência configura um direito *constitucional fundamental*, é dizer, está inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana (art. 5º). Do ponto de vista *intrínseco (substancial)*, é um direito de natureza predominantemente processual, com repercussões claras e inequívocas no campo *probatório*, das *garantias (garantista)* e de *tratamento do acusado*. Cuida-se, por último, como não poderia ser diferente, de uma presunção *iuris tantum*, é dizer, admite prova em sentido contrário.” GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: RT, 1999 p. 108-109

<sup>217</sup> SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini. *Estado de Direito, Minimalismo Penal e Garantismo Processual Penal: em busca das garantias perdidas*. Ensaio de artigo científico apresentado pela autora na banca de qualificação de dissertação de mestrado na Unioledo, Araçatuba-SP em 09 de julho de 2006.

<sup>218</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Prisão cautelar e presunção de inocência*. In Fascículos de ciências penais, ano 5, v. 5, n. 1, jan/fev/mar. Porto Alegre: Fabris, 1992 p. 17-27

A presunção de inocência traduz uma norma de comportamento diante do acusado, segundo o qual são ilegítimos quaisquer efeitos negativos que possam decorrer exclusivamente da imputação; antes da sentença final, toda antecipação da medida punitiva, ou que importe o reconhecimento da culpabilidade, viola esse princípio fundamental.<sup>219</sup>

“Presume-se que toda pessoa é inocente, isto é, não ser considerada culpada até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, **princípio que, de tão eterno e de tão inevitável, prescindiria de norma escrita** para tê-lo inscrito no ordenamento jurídico”<sup>220</sup> (grifos nosso).

Contudo o princípio da presunção de inocência não impede a adoção de medidas cautelares contra a liberdade do acusado, impede somente que lhe seja aplicada uma pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Antonio Magalhães Gomes filho salienta que:

[...] em princípio, a restrição da liberdade em caráter cautelar instrumental não é incompatível com a afirmação da presunção de inocência, uma vez que não é imposta como antecipação da punição, embora em determinados casos possa sugerir certa identificação entre as qualificações de acusado e culpado, na medida em que o temor de que o réu crie obstáculos à colheita de provas pode indicar que já não é considerado inocente.<sup>221</sup>

Roberto Delmanto Junior Leciona que “diante do primado da *presunção de inocência*, que abrange em matéria probatória o *in dubio pro reo* e, em matéria de prisão cautelar, o *in dubio pro libertate*, se houver qualquer dúvida quanto à *existência do crime* ou se inexistir *indício suficiente acerca de sua autoria*, não só a prisão preventiva, como também qualquer outra modalidade de prisão provisória serão ilegais.”<sup>222</sup>

Quanto ao encarceramento do acusado a fim de se resguardar a aplicação da lei penal, Antonio Magalhães Gomes Filho coloca que “a imposição do encarceramento a título de cautela dirigida a assegurar um dos possíveis resultados do processo não ofende,

<sup>219</sup> Idem, *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 43

<sup>220</sup> STJ - HC n. 43.023-0 - PE. Relator Ministro NILSON NAVES. Sexta Turma. Unânime. Data do julgamento: 13.12.2005.

<sup>221</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *ob cit.*, p. 70.

<sup>222</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. *ob. cit.*, p. 145.

pelo menos em princípio, a presunção de inocência”, e justifica, “porque na hipótese não se parte de uma equiparação entre a situação do acusado e do culpado (também o inocente pode fugir para evitar uma condenação injusta) e, de qualquer modo, não se trata de uma função essencialmente punitiva.”<sup>223</sup>

Dada a importância do instituto da presunção de inocência, Delmanto Junior, leciona que “o direito à presunção de inocência, portanto, afigura-se com uma pilastra de todo e qualquer Estado Democrático de Direito, abrangendo, como referido, não só questão do ônus da prova, mas também a inadmissibilidade de qualquer tratamento preconceituoso em função da condição do acusado”, e vai além na sua exposição ressaltando a necessidade de garantia do acusado “do direito ao resguardo de sua imagem, ao silêncio que não importa em admissão de culpa, a local condigno que lhe seja destinado na sala de audiências ou no plenário do júri, ao não uso de algemas, salvo casos excepcionálíssimos e, por fim, à cautelaridade e excepcionalidade da prisão provisória.”<sup>224</sup>

Para Luigi Ferrajoli a presunção de inocência “ não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social”, e vai além, “da específica ‘segurança’ fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica ‘defesa’ destes contra o arbítrio punitivo”<sup>225</sup>.

Discorrendo sobre a presunção de inocência e a prisão preventiva em Portugal, Germano Marques da Silva, afirma que:

Há uma pelo menos aparente contradição entre o princípio de que todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação e a sujeição a medidas de coacção e de garantia patrimonial antes da sua condenação. A Constituição, porém, admite-as, mormente a mais grave de todas, a prisão preventiva, em razão da necessidade dessas medidas para realização dos fins do processo penal. Esta admissibilidade de aplicação ao arguido de medidas

<sup>223</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *ob. cit.* p. 72.

<sup>224</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. *ob. cit.*, p. 67

<sup>225</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002 p. 441.

de coação e de garantia patrimonial representa uma limitação legal da garantia da presunção de inocência.<sup>226</sup>

Urge destacar que o acusado não pode ser considerado objeto do processo, e sim um sujeito de direitos que faz parte da relação jurídico-processual. Somente após o devido processo legal, observadas todas as garantias constitucionais, como uma sentença penal condenatória, pode com o trânsito em julgado, ser considerado culpado.

“Sempre excepcionalmente, o princípio do estado de inocência haverá de ser flexibilizado, quando em risco valores constitucionais igualmente relevantes”<sup>227</sup>.

Em geral, a prisão preventiva não fere a presunção de inocência, exceto nos casos de prisão preventiva obrigatória se restabelecida.

### **3.5 Aspectos do devido processo legal na prisão preventiva**

A prisão processual não fere a presunção de inocência. Deve ser respeitado outro aspecto relevante, o do *due process of law*, pois a Constituição Federal de 1988 no seu art. 5º, LIV, expressa que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Já em 1948 a Declaração Universal dos Direitos do Homem trazia em seu art. 14 , I, que “toda pessoa terá direito a ser ouvida publicamente e com as garantias por um tribunal competente, independente e imparcial”.

Paulo Napoleão Nogueira da Silva, discorrendo a respeito do devido processo legal, leciona que num sistema *secundum legem*, não pode o juiz conduzir o

---

<sup>226</sup> SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*. 2ª ed., Lisboa: Verbo, 1999 p. 236

<sup>227</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 412

procedimento judiciário ao seu talante: todos os seus possíveis atos, em resposta aos impulsos das partes, estão previstos em lei.<sup>228</sup>

Procurando preservar a dignidade humana o legislador constituinte de 1988, relacionou um rol de garantias, a fim de que a persecução penal, seja norteadada com respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana. A exigência da ordem escrita e fundamentada da autoridade para a prisão (inc. LXI), a comunicação à família do preso (inc. LXII), a identificação dos responsáveis pela prisão (inc. LXIV), o direito ao silêncio e à assistência de advogado (inc. LXIII), e outros, fazem parte do rol de garantias do direito à liberdade, previstas nos art. 5º da Constituição Federal.

A limitação da liberdade do acusado no curso do inquérito ou do processo penal assinala um ponto de crise no exercício da jurisdição, pois restringe a liberdade antes que a jurisdição penal realize, no caso concreto, a sua função típica de verificação da responsabilidade do acusado. Com o decreto da prisão preventiva, faz-se prevalecer o interesse da coletividade em detrimento do interesse individual.

Embora fazendo parte do devido processo legal, o contraditório garantido constitucionalmente, não precisa ser observado antes da decretação da prisão preventiva, mas será observado após tal decisão. Abrindo-se o contraditório entre as partes, antes da adoção da medida, frustrar-se-ia o fim da cautela, pois o acusado tomando conhecimento de que contra ele será adotada tal medida, poderá ele furta-se a execução.

A providência restritiva da liberdade, sendo **ato de surpresa**, não poderia constituir objeto de contraditório, pois, às vezes, no interesse de uma investigação eficaz, as medidas devem ser impostas com rapidez, motivo pelo qual se entendeu mais adequado que os efeitos do contraditório não exercessem qualquer espécie de influência no incidente cautelar. Tal não se daria antes da adoção da medida cautelar para não lhe frustrar as finalidades e,

---

<sup>228</sup> SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 1996 p. 232

inexplicavelmente, nem depois, ficando a contrariedade restrita apenas ao âmbito do processo de conhecimento.<sup>229</sup>

O contraditório deverá ser exercido plenamente posteriormente ao cumprimento da medida cautelar. Embora não seja o procedimento adotado no direito brasileiro, logo após o cumprimento da medida cautelar prisão preventiva, ao acusado deveria ser aberto ao contraditório, com interrogatório perante o juiz que decretou a medida. O juiz convencido ainda que a medida é necessária, mantém a prisão, caso contrário a revoga. Esse é o procedimento adotado na Itália, art. 293 e ss., onde o acusado é interrogado logo após sua prisão, perante o Magistrado, com a participação do Ministério Público e da defesa.<sup>230</sup>

O tema que tem gerado discussões não só no direito pátrio, mas em ordenamentos de outros países é o chamado “*direito penal do inimigo*” preconizado por Gunter Jakobs em sua obra *Derecho penal del enemigo*. Para ele devem existir dois tipos de direito: um para o cidadão e outro para o inimigo. Dentre outras características aquele que delinque não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade, o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação. No direito penal garantista, o cidadão mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa, enquanto que o “*inimigo*” perde esse status, importando nesse momento somente sua periculosidade.

O “inimigo” não é considerado uma pessoa segundo as palavras de Jakobs, “pois um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa”<sup>231</sup>.

---

<sup>229</sup> CÂMARA, Luiz Antonio. *Prisão e liberdade provisória: lineamentos e princípios dos processo penal cautelar*: Curitiba: Juruá, 1997 p. 53

<sup>230</sup> Idem, Ibidem, p. 55.

<sup>231</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel; JAKOBS, Günter. *Direito Penal do Inimigo, noções e críticas*. Org. e Trad.: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005 p. 36

O direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, enquanto que o *direito penal do inimigo* combate preponderantemente perigos. Acontece uma antecipação da tutela penal, mesmo que a pena seja intensa e desproporcional, ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal<sup>232</sup>.

Segundo o autor são considerados inimigos quem se afasta de modo permanente do direito e não oferece garantias cognitivas de que virá continuar fiel a norma. Ficam sujeitos ao chamado “*direito penal do inimigo*” os criminosos econômicos, terroristas, delinqüentes organizados, autores de crimes sexuais. Considera-se inimigo o delinqüente que “se afastou, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa”<sup>233</sup>.

O “*inimigo*” assim considerado deixa de ser pessoa de direitos e passa a ser objeto de um procedimento de guerra. Do ponto de vista filosófico segundo a teoria de Jakobs, o *inimigo* rompe o contrato social, e nesse momento deixa de ser membro do Estado, com isso perde seus direitos. O “*direito penal do inimigo*” propõe uma flexibilização do princípio da legalidade, um aumento desproporcional das penas, criação artificial de novos delitos, sem bens jurídicos definidos, exagerada antecipação da tutela penal, supressão de direitos e garantias processuais fundamentais, uso indiscriminado de medidas cautelares, dentre outros direitos<sup>234</sup>.

Pensar numa prisão preventiva decretada em face da *gravidade do crime, do clamor social, revolta e comoção da população (sociedade), preservar a paz social ou repercussão do crime*, supra mencionados, seria o mesmo que afirmar que o ordenamento

---

<sup>232</sup> GOMES, Luis Flávio. *Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do Direito Penal)*. Disponível em: [http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20040927113955798](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798) Acesso em: 12.jul.2006

<sup>233</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel; JAKOBS, Günter. *ob. cit.* p. 35

<sup>234</sup> GOMES, Luis Flávio. *Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do Direito Penal)*. Disponível em: [http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20040927113955798](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798) Acesso em: 12.jul.2006

jurídico pátrio adotou a tese de Jakobs, flexibilizando os princípios e garantias fundamentais como a presunção de inocência, fruto de uma evolução da sociedade num Estado de Direito. Estaria sim, caracterizada a antecipação da pena.

A flexibilização das garantias processuais penais, especificamente ao decretar a prisão preventiva, abre precedente, que num primeiro momento pode parecer que visa tutelar o interesse coletivo, mas pode este voltar-se contra ele mesmo.

Quem sustenta o chamado "Direito penal" do inimigo (que é uma espécie de "direito emergencial"), na verdade, pode ser caracterizado como um grande inimigo do Direito penal garantista, porque ele representa um tipo de Direito penal excepcional, contrário aos princípios liberais acolhidos pelo Estado Constitucional e Democrático de Direito<sup>235</sup>.

Dentro de um sistema garantista, observados o devido processo legal, o princípio da presunção de inocência é perfeitamente operacionalizado no ordenamento jurídico, excepcionalmente utilizando-se de medidas extremas como a prisão cautelar, potencializando o princípio acima manejando outro princípio, o da proporcionalidade.

### **3.6 Necessidade de solução diante da colisão de direitos pelo princípio da proporcionalidade.**

O conflito de regras resulta numa antinomia, que para ser resolvida diante do caso concreto, uma deve deixar de ser cumprida, por se entender que a preterida é a correta ou mais justa. Além dos possíveis conflitos de regras ou normas, surgem os conflitos entre princípios. “As colisões entre princípios resultam apenas em que se privilegie o acatamento de um, sem que isso implique no desrespeito completo do outro”<sup>236</sup>.

---

<sup>235</sup> GOMES, Luis Flávio. *Muñoz Conde e o Direito Penal do Inimigo*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7399> Acessado em: 13.jul.2006

<sup>236</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª ed., São Paulo: RCS Editora, 2005 p. 56



O conflito pode existir entre regras, entre princípios e, entre regras e princípios, devendo neste caso prevalecer o princípio sobre a regra.

Ronald Dworkin tem um papel importante contra o positivismo contribuindo com a teoria principiológica. Ao tecer crítica ao positivismo, assim se manifesta:

quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões<sup>237</sup>.

Ainda segundo Dworkin, “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”. Havendo confronto de regras uma delas será considerada inválida<sup>238</sup>.

As regras são direcionadas a fato ou uma espécie deles, enquanto que princípios fazem referência direta a valores. Daí se diz que as regras se fundamentam em princípios. Por conseguinte, princípios têm um grau incomensuravelmente mais alto de generalidade e abstração do que a mais geral e abstrata das regras. Os princípios trazem determinações de otimização, ou seja, um mandamento para que sejam cumpridos na medida das possibilidades fáticas e jurídicas<sup>239</sup>.

Para Dworkin “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a forma relativa de cada um”. Ressalta ainda o autor que “esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que

---

<sup>237</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 28

<sup>238</sup> Idem, ibidem, p. 39

<sup>239</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Proposta de teoria fundamental do direito constitucional*. Tese apresentada ao Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional – da Universidade de São Paulo para Concurso Público para o cargo de Professor Titular em setembro de 2005 p. 15

determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia”. No que tange ao peso ou importância do princípio em discussão, finaliza, “não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é”<sup>240</sup>.

Segundo Bonavides “os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade relativa, ao passo que as regras, sendo também normas, têm, contudo, grau relativamente baixo de generalidade”<sup>241</sup>.

Ainda segundo o autor supra citado,

O ponto central da grande transformação por que passam os princípios reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que esta, inconcussamente proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, salta dos Códigos, onde os princípios eram fontes de mero teor supletório, para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamentos de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais. Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positividade no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas da Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas<sup>242</sup>.

Não há que se falar em princípio de caráter absoluto, “o traço distintivo entre regras e princípios por último referida aponta para uma característica desses que é de se destacar: sua relatividade”<sup>243</sup>. Os princípios não podem ser vistos como absolutos, o “tudo ou nada” como se dá com as regras.

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, com em relação as possibilidade jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandados de otimização que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diversos graus e porque a medida ordenada, para o seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas, como também das possibilidades jurídicas.

<sup>240</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42-43

<sup>241</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003 p. 277.

<sup>242</sup> Idem, ibidem, p. 289-290.

<sup>243</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *ob. cit.* p. 57

As regras são normas que exigem o cumprimento pleno e, nessa medida, podem sempre ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que ela ordena, nem mais nem menos.<sup>244</sup>

Celso Antonio Bandeira de Mello faz uma assertiva referente a “*princípio jurídico*” louvável de ratificação. Segundo ele “princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele; disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência” e conclui “exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”. Sobre a gravidade da violação de um princípio o jurista leciona que “violiar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção aos princípios implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todos os sistemas de comandos”. Sobre a gravidade da não observância de um princípio jurídico, afirma que “é a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais”<sup>245</sup>.

Para o autor alemão Robert Alexy “princípios são proposições normativas de um tão alto nível de generalidade que podem via de regra não ser aplicados sem o acréscimo de outras premissas normativas e, habitualmente, são sujeitos às limitações por conta de outros princípios”<sup>246</sup>.

Os direitos que se baseiam em princípios são direitos ‘prima facie’ (peso relativo) e o problema de sua delimitação se converte em um problema de otimização, para que se possa realizar, na maior medida possível, fática e juridicamente. Portanto, sua aplicação é algo mais que mera subsunção, é um processo de ponderação, pois para se chegar a um resultado ótimo, é necessário um sopesamento entre os princípios colidentes<sup>247</sup>.

<sup>244</sup> ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. Tradução Manuel Atienza. México: Distribuciones Fontamara, 1998 p. 12

<sup>245</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994 p. 450-451

<sup>246</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001 p. 248

<sup>247</sup> PADILHA, Norma Sueli. Ob cit., p. 113

Obedecendo a hierarquia normativa, numa ordem decrescente a Constituição da República vem no ápice como lei maior de um país, em seguida têm-se as Leis Ordinárias Federais também vigentes em todo o país. Na mesma linha os Estados possuem suas Constituições e Leis Estaduais e os Municípios suas Leis Orgânicas e Leis Municipais, que não podem contrariar a Lei maior que é a Constituição da República.

“A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pela seu crivo, de modo a eliminar as normas que se não conformam a ela”<sup>248</sup>.

No âmbito constitucional não há que se falar em hierarquia. As regras ou normas ali contidas são de mesmo nível, entretanto os princípios constitucionais devem sobrepor-se às normas, haja vista que princípios são proposições diretoras de uma ciência, é o preceito primário a ser seguido.

Para Canotilho são vários os critérios a serem analisados para distinguir uma regra de um princípio. Primeiro quanto ao grau de abstração: “os *princípios* são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida”. Segundo quanto ao grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: “os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador; do juiz), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa”. Terceiro quanto ao carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direitos: “os *princípios* são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito)”. Quarto quanto a proximidade da ideia de direito: “os *princípios* são <<stantarts>> juridicamente

vinculantes radicados nas exigências de <<justiça>> ou na <<idéia de direito>>; as *regras* podem ser vinculativas com um conteúdo meramente funcional”. Quanto quanto a natureza normogenética: “os *princípios* são fundamento das regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante”<sup>249</sup>.

No que tange aos princípios, a Constituição da República traz no Título I os princípios fundamentais, dentre eles a *dignidade da pessoa humana*. Dentre os direitos e garantias fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição vigente, vem previsto o *princípio da presunção de inocência*, o *direito a liberdade de locomoção*, este podendo ser restringido somente em casos de prisão em flagrante ou por ordem escrita fundamentada por autoridade judiciária competente.

A Constituição de 1988 trouxe expressamente disposições garantistas, e não só no texto da lei, mas o espírito da Constituição é o protecionista dos direitos e garantias fundamentais do homem. “O importante é ‘ler’ as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição”. A norma deve ser interpretada em conformidade com os preceitos constitucionais. “E não só em conformidade com a sua letra, mas também com seu espírito”.<sup>250</sup>

“Os princípios tem uma função normogenética e uma função sistêmica: são o fundamento de regras jurídicas e tem uma idoneidade irradiante que lhes permite ligar ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional”<sup>251</sup>.

---

<sup>248</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Almeida, 1991 p. 45-46

<sup>249</sup> CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1998 p. 1086

<sup>250</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do Processo*. São Paulo: Forense, 2000 p. 14-15.

<sup>251</sup> CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1998 p. 1089

Diante do choque de regras, o próprio ordenamento jurídico traz regramento para resolver eventual antinomia jurídica. Entretanto diante da colisão de direitos, envolvendo necessariamente colisão de princípios, sendo estes norteadores do ordenamento jurídico, o princípio da proporcionalidade vem como princípio dos princípios.

Segundo Luís Virgílio Afonso da Silva a proporcionalidade não pode ser tratada como *princípio* e sim como *regra*<sup>252</sup>. A regra da proporcionalidade deve servir de base a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, no que tange a promover a realização ou a restrição de um direito fundamental ou um interesse coletivo<sup>253</sup>.

Willis Santiago Guerra Filho faz distinção no concernente a colisão de regras e colisão de princípios. Quanto aos princípios a forma de solução de conflitos se dá de maneira diferente dos conflitos de regras, pois na medida em que os princípios não disciplinam nenhuma situação jurídica específica, “considerados de forma abstrata como se apresentam para nós, no texto constitucional, não entram em choque diretamente, são compatíveis (ou “compatibilizáveis”) uns com os outros”. Diante de um conflito, a decisão tomada, “sempre irá privilegiar um (ou alguns) dos princípios, em detrimento de outro (s), embora todos eles se mantenham íntegros em sua validade e apenas diminuídos, circunstancial e pontualmente, em sua eficácia”<sup>254</sup>.

Na busca de uma interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais,

---

<sup>252</sup> O Legislador inseriu de forma expressa no ordenamento jurídico brasileiro a proporcionalidade a categoria de “princípio” ao fazer vigorar a partir de 29 de janeiro de 1999 a Lei Federal nº 9.784, que estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração. De forma expressa no seu artigo 2º determina que sejam obedecidos, dentre outros o princípio da proporcionalidade, nestes termos: Art. 2º A Administração Pública **obedecerá**, dentre outros, **aos princípios da** legalidade, finalidade, motivação, **razoabilidade, proporcionalidade**, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: **VI - adequação entre meios e fins, vedada** a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior **àquelas estritamente necessárias** ao atendimento do interesse público. (grifos nosso)

<sup>253</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. In Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 91, v. 798, abril, p. 23-34, 2002

aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza o recurso a um “princípio dos princípios”, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma “solução de compromisso”, na qual diante do conflito de princípios se respeita mais um dos princípios, desrespeitando o mínimo o outro princípio, “jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu “núcleo essencial”. Embora não esteja de forma expressa individualizada no ordenamento jurídico vigente, o princípio da proporcionalidade é “uma exigência inafastável da própria fórmula política adotada por nosso constituinte, a do “Estado Democrático de Direito”, pois se a sua utilização não se concebe como bem realizar o mandamento básico dessa fórmula, de respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos<sup>255</sup>”.

Segundo Luigi Ferrajoli uma “Constituição pode ser avançadíssima pelos princípios e pelos direitos que sanciona e, sem embargo, não passar de um pedaço de papel se carecer de técnicas coercitivas – garantias – que permitam o controle e a neutralização do poder e do direito legítimo”<sup>256</sup>.

Quando se depara com ‘princípios’, estes se encontram em um nível superior de abstração, sendo igualmente hierarquicamente superiores, se imaginarmos um ordenamento jurídico, numa escala piramidal, ainda que estes não se subsumam a fatos concretos. Os princípios podem se contradizer, o que não significa que perdem sua eficácia ou validade jurídica. É nesse momento de conflito entre princípios que o ‘*princípio da proporcionalidade*’ serve de critério para solucionar tal conflito, otimizando a medida em que se acata um princípio e desatende o mínimo possível outro princípio.<sup>257</sup>

Toda colisão entre princípios pode se expressar como uma colisão de valores e vice-versa. A única diferença consiste em que a colisão entre princípios se trata de questão que é resolvido de maneira definitiva, enquanto que a solução em uma colisão entre valores diverge, é resolvido da melhor maneira definitiva. Princípios e valores são portanto o mesmo, contemplando em cada caso prático um aspecto deontológico, e em outro caso prático um aspecto axiológico. Isso mostra com clareza os problemas das relações de prioridade entre os princípios, corresponde com o problema de uma hierarquia dos valores<sup>258</sup>.

<sup>254</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *ob. cit.* p. 71-72

<sup>255</sup> Idem, *ibidem* p. 80-81

<sup>256</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002 p. 54

<sup>257</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *ob. cit.* p. 104

<sup>258</sup> ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. Tradução Manuel Atienza. México: Distribuciones Fontamara, 1998 p. 14

O princípio da proporcionalidade é matéria recente no direito pátrio<sup>259</sup>. Difundido no direito alemão<sup>260</sup> e em outros países há mais tempo, vem gradativamente ganhando espaço e aceitação no ordenamento jurídico brasileiro.

Conhecido também como princípio da razoabilidade, apresentado até como termos sinônimos<sup>261</sup> (razoabilidade<sup>262</sup> e proporcionalidade<sup>263</sup>).

Cabe trazer ao presente estudo o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em 01 de julho de 1993 sendo relator o Ministro Sepúlveda Pertence da

<sup>259</sup> Segundo HUMBERTO ÁVILA a proporcionalidade não deve ser denominada tecnicamente como princípio, mas sim como “*postulado normativo aplicativo*”. “A interpretação e aplicação equívoca do dever de proporcionalidade no direito brasileiro tem causas detectáveis. O chamado princípio da proporcionalidade não consiste num princípio, mas num postulado normativo aplicativo. A partir dessa constatação ficará claro porque a tentativa de explicação do seu fundamento jurídico-positivo de validade tem sido tão incongruente: é que ele não pode ser deduzido ou induzido de um ou mais textos normativos, antes resulta, por implicação lógica, da estrutura das próprias normas jurídicas estabelecidas pela Constituição brasileira e da própria atributividade do Direito, que estabelece proporções entre bens jurídicos exteriores e divisíveis”. Para o autor “princípios jurídicos” não se confundem com “postulados”. “Postulado, no sentido kantiano, significa uma condição de possibilidade do conhecimento de determinado objeto, de tal sorte que ele não pode ser apreendido sem que essa condição seja preenchida no próprio processo de conhecimento. Os postulados variam conforme o objeto cuja compreensão condicionam. Os postulados normativos são entendidos como condições de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico. Eles, também por isso, não oferecem argumentos substanciais para fundamentar uma decisão, mas apenas explicam *como* (mediante a implementação de quais condições) pode ser obtido o conhecimento do Direito. As condições de possibilidade do conhecimento jurídico reveladas pela hermenêutica jurídica consubstanciam postulados normativos: o conhecimento da norma pressupõe o do sistema e o entendimento do sistema só é possível com a compreensão das suas normas (**postulado da coerência**); só é possível conhecer a norma com a análise simultânea do fato, e descrever os fatos com recurso aos textos normativos (**postulado da integridade**); só é possível conhecer uma norma tendo em vista a sua pré-compreensão pelo sujeito cognoscente, definida como a expectativa quanto à solução concreta, já que o texto sem a hipótese não é problemático, e a hipótese, por sua vez, só surge com o texto (**postulado da reflexão**). O que a doutrina comumente denomina de »princípio como idéia normativa geral« (ou princípio explicativo), como fundamento ou pressuposto para o conhecimento do ordenamento jurídico ou de parte dele, são verdadeiros postulados normativos”. ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: CAJ, Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 4, julho, 2001. Disponível em: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf) Acesso em 19.jul.2006.

<sup>260</sup> “La privación de libertad debe someterse al principio de proporcionalidad, que tiene valor constitucional, y al artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que tiene fuerza de ley.” MARTY, Mireille Delmas. *Procesos Penales de Europa*. Trad. Pablo Morenilla Allard. Zaragoza: Editorial Edijus, 2000 p. 130

<sup>261</sup> Cabe esclarecer que não é objeto deste trabalho realizar um estudo sobre a diferenciação da terminologia “razoabilidade e proporcionalidade”.

<sup>262</sup> RAZÃO – Faculdade de avaliar, julgar, ponderar ideais universais; raciocínio, juízo. Faculdade de estabelecer relações lógicas, de raciocínio, inteligência. Bom sensu; prudência. A lei moral. O direito natural. Causa, motivo. Relação entre grandezas da mesma espécie. RAZOÁVEL – Conforme a razão. Moderado, comedido. Sensato, ponderado. (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio do século XXI: O minidicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000 p. 582)

<sup>263</sup> PROPORÇÃO – Relação entre coisas; comparação. Dimensão, extensão. Disposição regular, harmônica; simetria. Conformidade, identidade. Igualdade entre duas razões. PROPORCIONAL – Disposto regularmente. Relativo a proporção. Diz-se de uma variável cujo quociente por outra é constante. (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *ob cit* p. 562)



medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade ADIN-855 (PR), que considerou a lei do Estado do Paraná violadora dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, conforme a ementa que segue: “Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição a vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: argüição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e parágrafos, 25 § 2º, e 238, **além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos**: plausibilidade jurídica da argüição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis a economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida” (grifos nosso).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, discorrendo a respeito da razoabilidade, afirma que esta age “como um limite à discricção na avaliação dos motivos, exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atenda a sua finalidade pública específica; agindo também como um limite à discricção na escolha do objeto, exige que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida.”<sup>264</sup>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, lecionando a respeito do Direito Administrativo, relaciona o princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade ao afirmar que “o princípio da razoabilidade exige **proporcionalidade** entre os meios de que se utilize a Administração e os fins que ela tem que alcançar.”<sup>265</sup>

---

<sup>264</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariiedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989 p. 37-40.

<sup>265</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 10 ed., São Paulo: Atlas, 1998 p. 72

“A idéia nuclear do *princípio da proporcionalidade* consiste na garantia de uma “justa relação” (ou “justo equilíbrio”) entre as vantagens do *fim a atingir* e os custos das *medidas adotadas* para atingir esse fim.”<sup>266</sup>

Em decisão de 04 de abril de 2006 o Supremo Tribunal Federal concedeu ordem de hábeas corpus a paciente preso na qualidade de depositário infiel. A relatora Ministra Ellen Gracie no seu voto fundamentou dentre outros motivos, no princípio da proporcionalidade, nestes termos: “no espírito, uma convicção no sentido da total inconstitucionalidade da prisão do depositário, da sua inadmissibilidade em razão da incompatibilidade, seja com o próprio Pacto de San Jose, seja, às vezes, em combinação com a aplicação do princípio da Proporcionalidade”<sup>267</sup>.

Afeto às questões de constitucionalidade das medidas legislativas e atos administrativos restritivos a direitos e garantias fundamentais do homem, o princípio pode ser perfeitamente aplicado às medidas restritivas de liberdade.

Diante da colisão de princípios exige-se um juízo de peso, ou seja, uma ponderação de bens, no caso concreto, decidirá pela precedência de um princípio em relação ao outro, sem com isso atingir a validade jurídica do princípio preterido<sup>268</sup>. Não há hierarquia entre princípios.

“O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”.<sup>269</sup>

Luís Roberto Barroso ressaltando que a razoabilidade pressupõe equilíbrio e ponderação ao decidir, leciona que “é razoável o que seja conforme a razão,

<sup>266</sup> SOUZA, António Francisco. *Actuação Policial e princípio da proporcionalidade*. In Revista do Ministério Público, ano 19º, nº 76, outubro-dezembro, 1998 p. 44

<sup>267</sup> STF – HC n. 87638-2 Rel. Min. Ellen Gracie, Julg. 04.abril.2006

<sup>268</sup> PADILHA, Norma Sueli. *ob cit.*, p. 115

<sup>269</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2001 p. 219

supondo equilíbrio, moderação e harmonia, o que não seja arbitrário ou caprichoso, o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar”.<sup>270</sup>

Discorrendo a respeito da prisão cautelar, Antonio Manuel de Almeida

Costa expõe que:

a regra terá, por isso, de consistir no respeito pela liberdade do argüido, devendo o seu funcionamento subordinar-se a uma ‘apertada’ compreensão dos critérios da necessidade, da proporcionalidade e da menor intervenção possível. Este último adquire, aliás, especial importância na órbita da prisão preventiva, onde integra o conteúdo do chamado princípio da subsidiariedade segundo o qual a detenção só pode ocorrer quando as restantes medidas de coação se mostrem, em concreto, inadequadas ou insuficientes.<sup>271</sup>

O princípio da proporcionalidade é integrado por três subprincípios, a saber, a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*.

“Pode-se dizer que uma medida é *adequada* se atinge o fim almejado, *exigível*, por causar o menor prejuízo possível e, finalmente, *proporcional em sentido estrito*, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.”<sup>272</sup>

A idéia de proporcionalidade vem de encontro às palavras de Miguel Reale ao afirmar que o fato é valorado, mas jamais se converte em valor e acentua que “na medida em que o fato se correlaciona a um valor, no âmbito de um processo, essa correlação já possui uma “exigência de medida”: é uma funcionalidade que já postula tanto o sentido do enlace como seu alcance e finalidade, visto como , digo eu, o fim não é senão “a veste racional do valor enquanto alvo da ação.”<sup>273</sup>

Para quem não vislumbra o princípio da proporcionalidade de forma expressa no texto constitucional, deve ao menos identificá-lo de forma implícita. A Constituição Federal assegurou uma gama de princípios a serem respeitados, e amplia esse rol de princípios expressos conforme o artigo 5º, § 2º nestes termos: Os direitos e garantias

<sup>270</sup> Idem, ibidem, p. 219

<sup>271</sup> ALMEIDA COSTA, Antonio Manuel de. *Alguns princípios para um direito e processo penais europeus*. In Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 4, fascículo 2, abril-junho, Lisboa, 1994 p. 212.

expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Bonavides leciona que:

a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de Direito. Ainda segundo o autor o princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como 'norma jurídica global', flui do espírito que anima em toda a sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição. Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade<sup>274</sup>.

Ainda que de forma implícita o princípio da proporcionalidade encontra-se amparado no texto constitucional, pois não teria outra forma de ser a luz de uma Constituição como a brasileira num Estado Democrático de Direito.

### 3.6.1 Adequação

A prisão cautelar sacrifica um dos direitos do homem garantido constitucionalmente, direito este fundamental, a liberdade de ir e vir. A prisão preventiva é

<sup>272</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*. In *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997 p. 28

<sup>273</sup> MIGUEL, Reale. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994 p. 95-96

<sup>274</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001 p. 396-397