

A ADEQUAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA COM A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA¹

Wanderson Gutemberg Soares*

RESUMO

O presente trabalho procura-se compreender, a partir do método jurídico-teórico, a adequação da medida cautelar, prisão preventiva, ao princípio da presunção de inocência sob o manto da Constituição de 1988. Entende-se ainda que, numa perspectiva de modelo constitucional de processo, voltado para a tutela dos direitos e garantias fundamentais, a prisão preventiva, enquanto medida cautelar, entendida como exceção à regra da liberdade, imposta pelo princípio da presunção de inocência, não ofende à Constituição de 1988. Nestes termos, a medida cautelar garante o bom andamento processual, enquanto o princípio da presunção de inocência promove a afirmação do investigado/acusado como sujeito de direitos garantindo a realização dos direitos fundamentais no processo penal.

Palavras-Chave: Princípio da Presunção de Inocência. Prisão Preventiva. Medida Cautelar.

ABSTRACT

This study seeks to understand, from the legal-theoretical method, the appropriateness of the injunction, temporary custody, the presumption of innocence under the cover of the 1988 Constitution. It is understood that in a model's perspective constitutional process, aimed at safeguarding the rights and guarantees, pre-trial detention as a precautionary measure, regarded as an exception to the rule of freedom imposed by the presumption of innocence, does not offend the Constitution of 1988. Accordingly, the injunction ensures proper conduct of procedure, while the presumption of innocence promotes the statement of the accused /

¹ 2010.

* Advogado e Mestrando em Direito da PUC Minas.

defendant as the subject of rights guaranteeing the achievement of fundamental rights in criminal proceedings.

Keywords: Principle of Presumption of Innocence. Remand. Injunctive Relief.

I INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal, criado pelo Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, de origem fascista de 1941, demonstra, de forma clara, o seu caráter autoritário, principalmente, ao tratar do tema da prisão preventiva.

A partir da promulgação da Constituição de 1988 surge para o Código de Processo Penal brasileiro a necessidade de adequar-se ao novo paradigma, qual seja a do Estado Democrático de Direito. Essa nova ordem constitucional trouxe, ainda, a figura do princípio da presunção de inocência, art. 5º, inciso LVII que vai de encontro com a prisão preventiva.

Nesse sentido, há um grande debate doutrinário em torno da possível coexistência das prisões cautelares com a presunção de inocência. Como a medida cautelar, prisão preventiva, é a forma mais radical de intervenção estatal na esfera da liberdade individual, segregando o indivíduo, antes mesmo de existir uma sentença penal condenatória, busca-se uma adequação das prisões cautelares com o princípio da presunção de inocência.

Nessa esteira, surgem algumas perguntas, tais como: é possível uma adequação da prisão preventiva ao princípio da presunção de inocência? Em quais casos a prisão preventiva poderá ser aplicada? Qual deverá ser a regra? A prisão preventiva? Ou o estado de inocência? Sendo a regra o princípio da presunção de inocência, esta corresponde a política de tutela dos direitos fundamentais no processo? As respostas a essas indagações serão buscadas sob o manto da Constituição de 1988, bem como o paradigma do Estado Democrático de Direito. Entende-se que o processo penal, sob a luz da Constituição de 1988, voltado para a tutela dos direitos fundamentais, poderá manter as medidas cautelares no sistema jurídico pátrio, mas como uma exceção ao princípio da presunção de inocência.

1.1 Tutela dos Direitos e garantias constitucionais no processo penal

As garantias constitucionais estabelecem não só os direitos individuais, mas também limitam o poder estatal. Os direitos e garantias se originam de preceitos constitucionais e estão descritos na Constituição de 1988, servem como parâmetro as legislações infraconstitucionais.

Acrescente-se que os direitos e garantias refletem, também, no processo penal, na medida em que garante aos indivíduos, principalmente, o status de liberdade.

O art. 5º, da Constituição de 1988, descreve uma série de garantias do indivíduo, aplicáveis ao processo penal, frente ao Estado. Tais garantias resguardam principalmente a liberdade individual, e por ser uma garantia deve ser interpretado de forma extensiva.

Delmanto Junior (2001) descreve as principais garantias constitucionais frente as prisões provisórias, do investigado/acusado, no processo penal. Senão vejamos:

1. direito à liberdade e à igualdade (art. 3º, I e IV, c/c o art. 5º, *caput*);
2. direito ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III);
3. garantia da desconsideração prévia de culpabilidade (art. 5º, LVII);
4. da inviolabilidade da imagem e da respectiva indenização (art. 5º, X);
5. da integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX);
6. do devido processo legal, cujo conceito abrange muitas dessas disposições (art. 5º, LIV);
7. da legalidade, vedando-se o encarceramento arbitrário (art. 5º, LXII);
8. do juiz natural, refutando-se juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII e LIII);
9. de que a prisão em flagrante será comunicada imediatamente ao juiz competente (art. 5º, LXII);
10. de que, salvo a prisão em flagrante, qualquer outra dependerá de ordem fundamentada de juiz competente (art. 5º, LXI, c/c o art. 93, IX);
11. de que juiz ou tribunal superior aprecie a legalidade da prisão através de *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII);
12. do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII);
13. da ampla defesa (art. 5º, LV);
14. da assistência, desde o momento da prisão, de advogado (incisos LV, LXII, última parte, LXIII, última parte, e LXXIV do art. 5º, c/c o art. 133);
15. do amparo da família (incisos LXII, 2º parte, e LXIII, 2º parte, do art. 5º, c/c o art. 226, *caput*);
16. da identificação dos responsáveis por sua prisão (art. 5º, LXIV);
17. de que não pode ser mantida a prisão de alguém quando couber liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5º, LXVI); e
18. de indenização por erro judiciário ou por manutenção da prisão por tempo superior ao “fixado na sentença” (art. 5º, LXXV). (DELMANTO JUNIOR, 2001, p. 29/30).

A Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que estabelece um rol de direitos e garantias individuais, autoriza a restrição da liberdade por autoridade judiciária competente, de forma fundamentada, exceto nos casos de prisão em flagrante delito.

No entanto, cabe ao processo penal, tendo autorização da Constituição, regular os casos expressos em que a privação da liberdade poderá ocorrer, anteriormente a sentença transitada em julgado.

Nesse sentido, toda e qualquer norma que se proponha a restringir a liberdade individual deve estar expressamente prevista e a sua interpretação deve ser, ao contrário dos direitos e garantias individuais, restritiva.

Sabe-se que o Código de processo penal, criado sob a égide do fascismo, mantém, até hoje, o seu caráter autoritário. Mas com a Constituição de 1988, e o estabelecimento de um novo paradigma, o Estado Democrático de Direito, surge a necessidade do processo penal passar pelo “filtro” da Constituição para poder atingir o seu objetivo primordial, qual seja, limitação do poder do Estado, bem como a efetiva tutela dos direitos e garantias fundamentais.

Fernades (2002) entende que é imperioso a afirmação dos direitos e garantias individuais frente ao poder excessivo do Estado. Essa nova forma de interpretação do processo penal surge, justamente, para contrapor a idéia utilitarista, que utiliza do processo penal como forma de enfrentar os problemas sociais, mais especificamente o aumento da criminalidade.

Assim, em um contexto de redução do papel do Estado na vida social e, conseqüentemente, aumento da criminalidade, surge para o processo penal duas alternativas, quais sejam: o utilitarismo, típico de um Estado autoritário, que tem como objetivo a persecução final (primazia do interesse público em detrimento do indivíduo). Esta tem, ainda, como objetivo a produção de leis penais e processuais mais severas a fim de manter a paz social.

A segunda é a constitucionalização do processo penal, típico de um Estado Democrático, que faz uma interpretação do processo a partir da Constituição, compreendendo o processo penal como um instrumento de tutela dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, o processo penal se funda com o objetivo de tutela dos direitos e garantias fundamentais, mais especificamente, a garantia da liberdade.

Porém, deve-se compreender, ainda, que a Constituição de 1988 estende a tutela dos direitos e garantias fundamentais para além das garantias e direitos individuais, abarcando a vítima, bem como a sociedade. Dessa forma, considerando a Constituição de 1988, sob o

paradigma do Estado Democrático de Direito, busca-se uma interpretação de cunho, predominantemente, constitucional. De uma forma geral, o fundamento para o processo penal está intimamente compromissado com a Constituição de 1988, e de forma específica, com a tutela dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, bem como a coletividade, nos termos de uma sociedade.

Em uma sociedade pluralista e democrática, o processo não é, simplesmente, um meio de se determinar a pena, mas, mais do que isso, é, também, uma forma de limitação do poder estatal diante do indivíduo e um instrumento de tutela e dos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, previstos constitucionalmente. A escolha por uma linha processualista constitucional está intimamente ligada ao novo paradigma implantado a partir da Constituição de 1988, Estado Democrático de Direito, que traz um rol de direitos e garantias fundamentais para o indivíduo e para a sociedade. Assim, a linha processualista constitucional está mais sintonizada com um país que pretende ser democrático.

Para Delmanto Junior (2001) o processo penal é como um termômetro que mede o nível de civilidade de um Estado.

Pensar o processo penal como um instrumento que garante os direitos e garantias fundamentais, seja individual, seja coletivo, bem como a aplicação da pena, ao final da sentença é, antes de tudo, abandonar as influências de um Estado autoritário e voltar-se para a política da tutela dos direitos e garantias fundamentais, compreendendo o investigado/acusado, vítima e sociedade, enquanto sujeito de direitos, e, conseqüentemente, reforçar o Estado Democrático de Direito.

Abolida a vingança privada resta ao Estado a exclusividade de aplicar a pena, de proteger a sociedade e até mesmo o réu. Nesse sentido, a justiça somente poderá ser alcançada no momento em que se instala um procedimento, processo penal, capaz de frear o instinto de vingança.

A aplicação de uma pena somente poderá ocorrer precedida de um processo. Esse é também o entendimento da nossa Constituição, quando estabelece que o crime deve estar, anteriormente ao fato, tipificado, assim como a pena, principio da legalidade art. 5º, inciso XXXIX, CR/88. Delmanto Junior (2001) entende que o processo penal é o único meio para que o Estado aplique o *ius puniendi*, mas este não pode ser realizado passando por cima dos direitos e garantias individuais. Ora, cabe, principalmente, ao Estado o respeito ao devido processo legal.

(...) o exercício do poder jurisdicional fundamenta-se na função do Estado em distribuir justiça, constituindo o processo penal o único instrumento para que isso seja legitimamente possível, há este que ser avesso a arbitrariedades, caprichos, humilhações gratuitas, prisões desnecessárias etc., sob pena do próprio Estado fomentar a desarmonia social, violando, através de opressões e repressões, a própria essência da existência humana, qual seja, a liberdade, votando-se, assim, contra a sua própria razão de existir. (DELMANTO JUNIOR, 2001, p. 05).

Nesse sentido, com base no Estado Democrático de Direito, na qual estabelece que ninguém será preso sem o devido processo legal, art. 5º, inciso LIV da CR/88, é inadmissível o encarceramento do cidadão sem um processo com todas garantias a ele inerentes.

2 DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência, que teve sua origem no direito romano Lopes Junior (2005), ficou obscurecido durante o período compreendido de Idade Média. Nesse período, em que as características de uma sociedade autoritária são marcantes, percebe-se, de forma clara, a inversão do princípio da presunção de inocência para o de presunção de culpabilidade, como forma de manutenção desses regimes. Essa idéia está muito bem expressa for Ferrajoli:

(...) apesar de remontar ao direito romano, o princípio da presunção de inocência até prova em contrário foi ofuscado, se não completamente invertido, pelas práticas inquisitórias desenvolvidas na Baixa Idade Média. Basta recordar que no processo penal medieval a insuficiência da prova, conquanto deixasse subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpa e uma semicondenação a uma pena mais leve. Só no início da idade moderna aquele princípio é reafirmado com firmeza: “eu não entendo”, escreveu Hobbes, “como se pode falar de delito sem que tenha sido pronunciada uma sentença, nem como seja possível infligir uma pena sempre sem uma sentença prévia”. (FERRAJOLI, 2002, p. 441).

Porém, de uma forma geral, o princípio da presunção de inocência sobreviveu, conservado pelo direito canônico. A expressão da manutenção desse princípio se apresentou, de forma mais palpável, na Inglaterra, no sistema da *Common Law*.

A consagração do princípio da presunção de inocência se manifestou, novamente, em seu mais alto grau, na Declaração dos Direitos do Homem de 1789 Lopes Junior (2005), como forma de frear o poder absolutista.

Schreiber (2005) relata com precisão a importância da consagração do princípio da presunção de inocência na Declaração dos Direitos do Homem, vejamos:

Com efeito, a consagração do princípio da presunção da inocência na Declaração de 1789 reflete uma nova concepção do processo penal defendida por pensadores iluministas em reação ao sistema persecutório que marcara o antigo regime, no qual a prova dos fatos era produzida através da sujeição do acusado à prisão e tormento, com o fim de extrair dele a confissão. É nessa mudança de foco, em que o processo penal deixa de ser um mero instrumento de realização da pretensão punitiva do Estado, para se transformar em instrumento de tutela da liberdade, que está a chave para se compreender o conteúdo e alcance do princípio da presunção de inocência. (SCHREIBER, 2005, p. 02).

Mas os caminhos que levam à democracia e, concomitantemente, a preservação dos direitos e garantias individuais não são tão simples. Na primeira metade do século XX, surgiram novos tipos de sociedades, totalitárias, fascismo e nazismo, que procuravam negar o princípio da presunção de inocência. Notório é que os regimes totalitários ou autoritários excluem o princípio da presunção de inocência para manutenção de seus Estados.

A ausência do princípio da presunção de inocência é marcante em Estados absolutistas, autoritários, totalitários ou ditatoriais. A sua inexistência ou inversão em regimes fascistas, por exemplo, gerou a legitimação do uso arbitrário do poder e força estatal em face do indivíduo. Assim, se nas sociedades ditas autoritárias a regra é, havendo dúvida, a permanência da presunção de culpabilidade, no entanto, nas sociedades democráticas não pode haver esse, mesmo, sistema.

Fato é que o princípio da presunção de inocência nunca desapareceu, e que ele se ergue sempre em prol de sociedades democráticas. Assim é que após a Segunda Guerra Mundial o princípio da presunção de inocência aparece descrito na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, bem como na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Nesse sentido, o princípio da presunção de inocência é uma garantia típica de sociedades democráticas, representando a base do devido processo legal e consagrando a valorização do humano.

2.1 Presunção de inocência e seu fundamento constitucional

O princípio da presunção de inocência é a base de uma sociedade democrática e, no Brasil, pode-se verificar que esse princípio alçou o patamar de garantia constitucional, descrito no art. 5º, inciso LVII, da Constituição de 1988, elegendo que o indivíduo somente poderá ser considerado culpado após sentença transitada em julgado.

Sabe-se que o princípio da presunção de inocência alçou o patamar constitucional, porém, apesar dessa conquista não impedir a prisão de um investigado/acusado, durante a fase pré-processual ou fase processual, ela impõe um limite não só a decretação da prisão preventiva, como também sua manutenção.

O princípio da presunção de inocência não deve ter uma interpretação de forma literal, sob pena de inviabilizar o próprio processo e, conseqüentemente, a aplicação de uma pena. Este deve ser interpretado de forma que garanta que a pena somente será imposta ao final do processo. Nesse sentido, a prisão antecipada só se justifica enquanto medida puramente cautelar.

Para Schreiber (2005), na verdade, a discussão vai além do conteúdo semântico, ela perpassa pelo escopo do processo penal, qual seja, a efetivação da pretensão punitiva do Estado com a devida aplicação da pena, bem como a garantia dos direitos e garantias individuais.

O objetivo do princípio da presunção, como estabelecido na Constituição de 1988, é a manutenção dos direitos e garantias individuais, mais especificadamente a liberdade, até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

(...) 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 e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica “defesa” destes contra o arbítrio punitivo. Por isso, o sinal inconfundível da perda de legitimidade política da jurisdição, como também de sua involução irracional e autoritária, é o

temor que a justiça incute nos cidadãos. Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam. (FERRAJOLI; 2002, p.441).

Conforme a citação acima, a tão almejada garantia jurídica é alcançada, não pela vontade, desenfreada, de punir, mas pela manutenção dos direitos e garantias individuais, ou seja, a liberdade deve ser preservada enquanto a sentença penal condenatória não transitar em julgado. Essa, pelo menos, é a lógica do Estado de Direito.

2.2 Aplicação do princípio da presunção de inocência

A prova é um dos âmbitos de incidência do princípio de presunção de inocência. Assim, com base nesse princípio, o ônus probatório é do autor da ação penal e, caso persistir dúvida, após a análise das provas produzidas no âmbito do processo, deve o juiz decidir em favor do réu. Dessa forma, o ônus probatório, em matéria processual penal, em conformidade com o art. 156, do CPP, incumbe ao autor e caso haja alguma dúvida o réu deve ser absolvido.

Para Fonseca (1999) cabe ao acusador provar a culpa do réu, e não ao réu provar sua inocência. Há, ainda, que ressaltar que o autor está adstrito a apresentar a prova em conformidade com o devido processo legal, sendo proibida a prova ilícita.

Nesse mesmo sentido, é a posição de Gomes e Trindade (2007), vejamos:

A incumbência da prova recairá, então, sobre a acusação, que deverá provar a existência de uma ocorrência criminosa, bem como sua autoria, ou seja, todas as alegações feitas. Tal fato decorre da inversão do *ônus probandi*, dado que o acusado tem a ser favor o instituto da presunção, uma exigência de força constitucional no intuito de assegurar o devido processo legal. Todavia, a prova não é direito único e exclusivo da acusação. Isso se dá devido à aplicação do princípio do contraditório, segundo o qual o acusado também poderá trazer ao processo fatos modificativos ou extintivos das alegações feitas contra si. (GOMES; TRINDADE, 2007, p. 55).

Porém, de acordo com o autor citado acima, nada impede que o acusado ou investigado possa produzir provas a seu favor, tendo por base o princípio do contraditório,

bem como o da ampla defesa, mas cabe ressaltar que, neste caso, é uma faculdade dada ao réu pelo princípio do contraditório.

Já Gomes citado por Schreiber (2005), entende que o ônus probatório da acusação está vinculado aos fatos que integram o tipo penal, enquanto a defesa cabe provar as excludentes de ilicitude e culpabilidade.

Apesar de haver divergências doutrinárias acerca da distribuição do ônus probatório, percebe-se que, em persistindo dúvida, é unânime, que deve haver a absolvição do réu.

Na verdade, a absolvição tendo por parâmetro a dúvida é campo, também, de incidência do princípio da presunção de inocência. Caso a acusação não consiga provar o alegado, caberá ao juiz absolver o réu.

Outro âmbito de incidência, desse princípio, está no direito ao silêncio, bem como na garantia de que esse estado não resultará em confissão e, muito menos, em prejuízo para a defesa, nos termos do art. 186, § único, do CPP. Gomes e Trindade (2007) relatam que o princípio da presunção de inocência gera para o acusado não só o direito ao silêncio, mas inclusive o de faltar com a verdade. Nas palavras do referido autor, *também conhecido como princípio da não auto-incriminação (nemo tenetur se detegere), que serve como uma proteção contra institutos que o levem a confissão. Além da faculdade de se calar, o acusado poderá até mesmo faltar com a verdade* (GOMES; TRINDADE, 2007, p. 57).

Por fim, é sempre bom lembrar que a presunção de inocência garante ao investigado/acusado, enquanto não houver sentença condenatória, transitada em julgado, a presunção de inocência, tanto na fase investigativa quanto na fase processual.

É, principalmente, com base nisso que a prisão preventiva, que não atenda aos requisitos e fundamentos da cautelaridade, fere a Constituição de 1988. Busca-se que a medida cautelar seja utilizada em casos de extrema necessidade, e a obrigatoriedade da presença de seus requisitos, bem como um de seus fundamentos é evitar uma pena antecipada.

O objetivo da incidência do princípio da presunção de inocência no campo do processo penal é igualar as partes processuais no processo penal, qual seja Estado e indivíduo, principalmente por que a fase investigativa estabelece uma vantagem para a acusação.

Nesse sentido, o princípio da presunção de inocência vem ao encontro do Estado Democrático de Direito, buscando uma proteção para o indivíduo em face do poder do Estado.

3 PRISÃO PREVENTIVA

Havia no direito brasileiro duas modalidades de prisão preventiva, obrigatória e facultativa. A prisão preventiva obrigatória era aquela aplicada de acordo com a lei, desde que presente seus requisitos ditos genéricos e específicos Tourinho Filho (2004).

Uma vez presente a prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria, requisitos genéricos, deveria, o juiz, analisar se a pena máxima cominada, a determinada infração penal, de reclusão, era igual ou superior a 10 anos. Em sendo assim, não restava outra escolha ao magistrado, deveria decretar a prisão preventiva. Nesses termos, a prisão era uma forma de cumprimento de pena antecipada, já que não se buscava uma proteção ao processo.

Analisando a história da prisão preventiva, no Brasil, podemos perceber que essa medida buscou restringir a liberdade individual no caso de crimes mais graves, sempre em casos que necessitavam proteger o processo, quais sejam, assegurar a instrução criminal ou a execução de pena. Durante o Império a liberdade do indivíduo se revestiu ainda mais a roupagem da cautelaridade.

Com a Proclamação da República, em 1889, e a promulgação da Constituição de 1891 os Estados adquiriram a competência de legislar sobre matéria processual e, a novidade, pelo menos no Rio Grande do Sul, foi a prisão preventiva compulsória. No entanto, essa tentativa de mudança para afirmação da prisão preventiva obrigatória frente a liberdade individual não foi admitida pela jurisprudência da época.

Dentre todos aqueles Códigos que surgiram, o único que procurou trazer, no particular, uma inovação para o Direito Pátrio foi o gaúcho. (...). Tratava-se, pois, de verdadeira inovação. Era a consagração, em texto de lei, da prisão preventiva obrigatória. (...) a exótica medida foi logo repelida, tendo o Excelso Pretório declarado inconstitucionais as disposições daquele Código que não se conciliavam com a legislação federal no assunto das restrições à liberdade individual. De lá para cá, o Direito brasileiro, conservando a boa doutrina, manteve-se fiel àquele princípio de que a prisão preventiva é um mal necessário e deve ser decretada, exclusivamente, em casos excepcionais e, assim mesmo, deixando-se a medida ao cauteloso *arbitrium judicis*. (TOURINHO FILHO, 2004, p. 491).

Mas foi com o surgimento, em 1930, do Código de Processo Penal italiano que, apresentando a modalidade de prisão preventiva obrigatória, esta modalidade de prisão

preventiva chegou ao Código de Processo Penal brasileiro em 1941. A influência do Código fascista se mostrou presente no Código de Processo Penal brasileiro, no que se refere as medidas cautelares, pela adoção da prisão preventiva obrigatória.

Assim, presente os requisitos genéricos, existência do crime e indícios suficientes de autoria, e específicos, pena de reclusão, por tempo máximo, igual ou superior a 10 anos, a prisão preventiva compulsória era decretada. Partia-se do pressuposto de presunção de que o investigado/acusado, além de ser perigoso, iria fugir a aplicação da pena. Havia, ainda, para os casos em que não cabia a prisão preventiva obrigatória, a prisão preventiva facultativa. Esta, também, para ser decretada necessitava de preencher seus respectivos requisitos, além é claro de ser fundamentada, o que demonstra que não estava, completamente, a mercê do Juiz.

Como felizmente a prisão preventiva obrigatória foi retirada do CPP, restou a prisão preventiva como espécie de medida cautelar, perdendo automaticamente, quanto a sua especificidade, a denominação de facultativa ou obrigatória. Assim, após o fim da prisão preventiva obrigatória, o termo facultativo, em relação a prisão preventiva facultativa, perde sentido, passando a ser compreendida, apenas como prisão preventiva.

A perda de sentido do termo facultativo após a supressão da prisão preventiva obrigatória não retirou desta o seu caráter de cautelaridade. Nesse sentido, a partir da edição dessa lei, 5.349/1967, a prisão preventiva obrigatória deixa de existir, permanecendo a prisão preventiva, de caráter acautelatório, perdendo sentido o termo facultativo.

3.1 Prisão preventiva *stricto sensu*

Sendo a prisão, uma interferência estatal no âmbito do direito individual, liberdade, de tamanha ponta, entende-se que, em um primeiro momento, para aplicação dessa medida, é necessária a sentença transitada em julgado, nos termos da Constituição de 1988. Mas, em alguns casos, a prisão, antes da sentença transitada em julgado, torna-se necessária.

A prisão cautelar abarca uma série de prisões, tais como a prisão em flagrante, art. 301 do CPP, a prisão decorrente de pronúncia descrita no § 1º, do artigo 408 do CPP, a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, a prisão temporária e a prisão preventiva. A prisão cautelar pode ser entendida como qualquer prisão prévia a sentença transitada em julgado. Nesse sentido, a prisão preventiva, é uma espécie de prisão cautelar, que tem como objetivo a privação da liberdade individual, bem como a proteção do processo, antes da

sentença transitada em julgado. A prisão cautelar, aqui trabalhada, é a prisão preventiva que está descrita no art. 311 e 312, do CPP, bem como a sua adequação ao princípio da presunção de inocência, descrito no art 5º, inciso LVII, da Constituição de 1988. O art. 311 do CPP já evidência o conceito de prisão preventiva como sendo aquela que ocorre tanto na fase investigativa, quanto na fase processual. Esta poderá ser decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do MP, ou querelante, ou ainda, por representação de autoridade policial. Deve-se ater, ainda, aos requisitos e fundamentos do art. 312 do mesmo diploma legal, quais sejam, garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que haja prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

4 MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL: requisitos e fundamentos

A prisão preventiva, enquanto espécie de medida cautelar deve, necessariamente, atender a alguns requisitos e fundamentos para ser decretada. Nesse ponto surgem dúvidas acerca da necessidade de comprovação do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Para Fonseca (1999) a prisão preventiva poderá ser decretada se estiverem presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Já para Lopes Junior (2005), a simples utilização desses requisitos, *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, advindos do processo civil, poderão acarretar interpretações equivocadas, no processo penal. Para esse autor, o delito não representa o sinal do bom direito, mas, sim a ausência do direito. Assim, passaremos a análise desses institutos para melhor verificar sua finalidade.

4.1 *Periculum in mora?* Ou *periculum libertatis?*

Há autores que adotam o *periculum in mora* como requisito para a decretação da prisão preventiva, ou seja, aplicam os conceitos específicos do processo civil no processo

penal. Para esses autores, o próprio tempo poderá provocar um prejuízo ao processo, e nesse sentido a medida cautelar torna-se necessária como forma de garantir futura execução.

Para Lopes Junior, a importação de conceitos próprios do processo civil para o processo penal poderá ocasionar interpretações errôneas. Assim, para o referido autor *o periculum não é requisito das medidas cautelares, mas sim o seu fundamento* (LOPES JUNIOR, 2005, p. 195), ou seja, é um instituto que justifica o processo civil, mas não o processo penal.

Nesse sentido, o que se percebe é que o fundamento para a decretação da prisão preventiva, tendo como base o *periculum in mora*, é inadequado, pois o tempo de demora não tem a menor importância no sentido de decretação de uma medida cautelar no processo penal. A razão neste caso é o que Lopes Junior (2005) chama de *periculum libertatis*, situação de perigo criada pela conduta do acusado.

Nesse mesmo sentido é a compreensão de Andreato (2008), *a razão de decidir da preventiva há de ter por critério-guia o periculum libertatis (perigo da manutenção dos acusados em liberdade), entre outros critérios propositadamente não examinados neste artigo* (ANDREATO, 2008. p. 02).

Periculum libertatis é o perigo que corre o processo diante da ameaça causada pelas atitudes concretas do imputado. Para tanto, a medida cautelar, prisão preventiva, é justa quando o normal desenvolvimento do processo está em risco devido as atitudes do imputado.

O entendimento do risco que o processo penal corre diante das ameaças concretas que a liberdade do acusado provoca reforça o conceito das medidas cautelares, qual seja: a de um instrumento de proteção do processo. Mas, o risco que o processo corre tem, necessariamente, de ser um risco real, e não uma mera suposição.

Um dos principais motivos autorizadores da prisão preventiva é o risco que corre não só o processo, mas, também, a execução diante da possibilidade de fato, real, de fuga do investigado/denunciado. O risco que corre o processo penal em caso de fuga daquele que poderia vir a sofrer com a pena imposta determina a decretação da prisão preventiva, bem como a sua manutenção.

Nesse mesmo sentido, é o entendimento da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, vejamos:

EMENTA: 'HABEAS CORPUS' - RÉU REVEL, CITADO POR EDITAL - NECESSIDADE DE ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL - AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - 'WRIT' DENEGADO.

O paciente está sendo processado por fato ocorrido há mais de 6 (seis) anos, não tendo sido localizado até a presente data para responder à acusação. Sua custódia foi primeiramente decretada há mais de dois anos, não se tendo notícias de seu paradeiro. Nesse contexto, vê-se que a revogação do r. decisum representa sério risco à aplicação da lei penal, visto que o processo-crime está sem solução em razão de estar o paciente foragido, em local incerto e não sabido. Trata-se, portanto, de medida restritiva da liberdade imposta de forma legítima, a bem da instrução criminal e da aplicação da lei. (MINAS GERAIS, TJ. AP. Nº 1.0000.08.481396-3/000. Rel. Desembargador Eduardo Brum. 2008).

Ora, as medidas cautelares, mais especificadamente a prisão preventiva, são medidas que visam a tutela do processo, e devem ser usadas no momento em que o processo ou a futura execução corre risco, mas o risco deve ser real, comprovado faticamente, pois diante da presunção que o processo possa vir a correr e à presunção de inocência do imputado, esta última é que deve predominar por estar grafada na Constituição de 1988.

Há que ressaltar, ainda que, não há que se falar em prisão preventiva em casos de crimes mais graves, como no caso de crimes hediondos, pois a idéia aqui é a seguinte: sendo o crime mais grave a possivelmente a pena será mais rígida e por isso presume-se que o imputado engendrará uma fuga. Porém, a presunção de fuga perde a sua legitimidade diante do princípio constitucional de presunção de inocência.

Mas infelizmente esse tipo de interpretação está presente em nossos tribunais. Vejamos um trecho de jurisprudência TACrim/SP citado por 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

EMENTA: HABEAS CORPUS - DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA - LATROCÍNIO - REQUISITOS SUBJETIVOS FAVORÁVEIS - IRRELEVÂNCIA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL – INEXISTÊNCIA.

É impossível conceder liberdade provisória ao acusado de crime de roubo qualificado pelo emprego de arma, concurso de agentes e restrição de liberdade da vítima, pois se trata de delito de natureza grave, inafiançável, o qual deve ser tratado com severidade, recomendando a segregação do réu, sendo irrelevantes os fatos de ser primário, possuir bons antecedentes e ocupação lícita, sendo certo que a manutenção do recolhimento não representa vulneração ao princípio da presunção de inocência, o qual não se contrapõe à necessidade da tutela cautelar por não se constituir em antecipada admissibilidade de culpa do réu, mas atendimento dos requisitos inscritos no art. 312 e seguintes do CPP." (TACrim/SP - HC 402.786/3 - São Paulo - 14ª Câmara - Relator: Oldemar Azevedo - j. 05/03/2002 - V.U. *apud* MINAS GERAIS, TJ. AP. Nº 1.0000.07.462078-2/000. Rel. Desembargador Walter Pinto da Rocha. 2007).

Isso é uma interpretação que ostenta a presunção do *periculum libertatis*, mas diante de uma presunção constitucional de inocência não deveria haver dúvida quanto a prevalência.

4.2 *Fumus boni iuris?* Ou *fumus Commissi Delicti?*

Para que a medida cautelar, prisão preventiva, possa ser viável, além do *periculum in mora*, deve-se analisar a presença do *fumus boni iuris*, fumaça do bom direito? ou *fumus Commissi Delicti*, probabilidade de cometimento do delito? Em princípio sabe-se que a presença desse requisito é extremamente imprescindível para a decretação da prisão preventiva.

Para Lopes Junior (2005), como dito anteriormente, é um equívoco transportar conceitos próprios do processo civil para o processo penal. Assim, não há que se falar em “fumaça do bom direito”, mas sim de uma probabilidade de um delito. Tendo como referência o *fumus Commissi Delicti* a prisão preventiva não pode fundamentar-se no fato de existir um direito de acusação, mas sim na probabilidade de existência de um fato proibido estar tipificado. Desta forma, ainda em conformidade com o autor acima, os verdadeiros requisitos autorizadores da decretação da prisão preventiva estão inscritos no art. 312 do CPP, quais sejam: a existência de crime e indícios suficientes de autoria. Por se tratar de probabilidade não é necessário certeza.

Nestes termos, a medida cautelar necessita, além dos fundamentos, atender a seus requisitos específicos contidos no art. 312 do CPP, ou seja, prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. A existência do crime deve ser comprovada, exame de materialidade e mais, deve-se, ainda, comprovar os indícios suficientes de autoria.

Mas já que não existe certeza para aplicação da medida cautelar, Lopes Junior (2005) levanta uma questão: como distinguir os requisitos autorizadores da medida cautelar e aqueles que autorizam o início do processo penal? Para responder a essa indagação, o autor acredita que é necessário diferenciar entre juízo de possibilidade e de probabilidade. Nesse sentido, Lopes Junior identifica essa diferenciação da seguinte forma:

O Juízo de possibilidade prescinde da afirmação de um predomínio das razões positivas sobre as razões negativas ou vice-versa. Para o

indiciamento seria suficiente um juízo de possibilidade, posto que no curso do processo deve o Ministério Público provar de forma plena, absoluta, a culpabilidade do réu. Já para a denúncia ou queixa ser recebida, entendemos que deve existir probabilidade do alegado. (...) Para a decretação de uma prisão cautelar, diante do altíssimo custo que significa, é necessário um juízo de probabilidade, um predomínio das razões positivas. Se a possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a prisão preventiva, pois o peso do processo agrava-se notavelmente sobre as costas do imputado. A probabilidade significa a existência de uma fumaça densa, a verossimilhança (semelhante ao *vero*, verdadeiro) de todos os requisitos positivos e, por consequência, da inexistência de verossimilhança dos requisitos negativos do delito. (...) requisitos positivos do delito significa prova de que a conduta é aparentemente típica, ilícita e culpável. Além disso, não podem existir requisitos negativos do delito, ou seja, não podem existir (no mesmo nível de aparência) causas de exclusão da ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade,...) ou de exclusão da culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa, erro de proibição, etc). (LOPES JUNIOR, 2005, p. 197).

Antes de aplicar a medida cautelar o juiz deverá verificar a real probabilidade de ocorrência de todos os elementos que integram o conceito de crime, quais sejam conduta típica ilícita e culpável. Nesse sentido, caso ocorra uma causa de justificação ou uma causa de exclusão de culpabilidade a probabilidade estará maculada. Delmanto Junior (2001) comunga da idéia de que é necessária a certeza da existência do crime, sendo ilegal a prisão quando o fato se apresentar atípico, quando o acusado/investigado houver agido por legítima defesa, em estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito.

Para que os indícios suficientes de autoria estejam presentes, possibilitando a decretação da prisão preventiva, é necessário que o acusado/investigado, do fato, esteja seguramente indicado, caso contrário, a prisão cautelar será ilegal, e o princípio da presunção de inocência terá aplicabilidade imediata.

4.3 Decretação da prisão preventiva

O Código de Processo Penal, em seu art. 311, estabelece que a prisão preventiva é cabível tanto na fase investigativa quanto na fase processual e que deverá ser decretada pelo juiz, inclusive de ofício, por requerimento do Ministério Público ou do querelante, podendo, ainda, a sua decretação se dar por representação da autoridade policial.

Na forma em que se encontra, na lei, percebe-se que a prisão preventiva, atendido a seus requisitos e um dos fundamentos, poderá ser decretada durante a fase pré-processual e/ou fase processual, mas para Tourinho Filho (2004) a prisão preventiva poderá ocorrer mesmo que o inquérito policial não seja instaurado.

Entretanto é de ponderar que, não sendo o inquérito necessariamente indispensável à propositura da ação penal, poderá ocorrer esteja o órgão do Ministério Público com informações mais que suficientes para ingressar em juízo com a denúncia. Os documentos e outros elementos de prova demonstram não só a materialidade delitiva, como também a autoria. Nesse caso, nada obsta que ofereça a denúncia e requeira a decretação da medida extrema. Assim, mesmo sem inquérito, possível será o encarceramento provisório. Mas, normalmente, não se admite a prisão preventiva sem que haja sido instaurado o inquérito policial. (TOURINHO FILHO, 2004, p. 497).

O problema é que, para a decretação da prisão preventiva, é necessário, como visto anteriormente, que se atente aos requisitos e fundamentos do art. 312, do CPP, quais sejam, a existência do crime e indício suficiente de autoria, *fumus Commissi Delicti*, e, ainda, o *periculum libertatis*, situação de perigo criada pela conduta do acusado. Em se tratando da decretação da prisão preventiva na fase processual, desde que presentes os requisitos e fundamentos, ou seja, atendido o caráter de cautelaridade, não há discordâncias quanto a possibilidade dessa medida. Porém, quando se está diante do inquérito policial todo cuidado é pouco. No âmbito da fase investigativa ocorre comumente que a existência do crime e os indícios suficientes de autoria se manifestam logo no começo e, diante disso, a autoridade policial faz uma representação para que seja decretada a medida cautelar, vindo o juiz decretá-la e, logo em seguida devolve os autos a autoridade policial para conclusão do inquérito.

Tourinho Filho (2004) entende, ainda, que, preenchido os requisitos para a decretação da prisão preventiva, também estarão preenchidos os pressupostos para oferecimento da denúncia, e caso haja diligências a serem realizadas, estas deveram ser encaminhadas ao Ministério Público para que realize a juntada aos autos. Mas se as diligências, a serem realizadas, forem, extremamente, necessárias para fundamentar a propositura da denúncia, a prisão preventiva será ilegal.

Ora, sendo o inquérito policial uma fase determinada pela prática inquisitorial, a decretação da prisão preventiva pode apresentar, em face do investigado, enormes prejuízos quanto aos direitos e garantias individuais, mais especificamente a liberdade individual. Nesse sentido, um dos maiores problemas ocorre quando a prisão preventiva, decretada durante o

inquérito policial e/ou andamento processual, acaba por se tornar mais severa que a própria pena cominada ao delito. Sendo a prisão preventiva uma medida cautelar, esta tem por objetivo assegurar o normal desenvolvimento do processo e a aplicação do direito de punir, mas, não pode, de maneira nenhuma, se tornar uma pena em si mesma, sob pena de ferir o estado de inocência e o devido processo legal.

Por fim, cabe ressaltar que a decisão que decreta a prisão preventiva é do juiz, conforme o art. 311, do CPP, e que essa decisão deve ser fundamentada, conforme art. 5º, inciso LXI, da Constituição de 1988.

4.4 Circunstâncias que autorizam a prisão preventiva

Após verificada a presença do *fumus Commissi Delicti*, existência do crime e indícios suficientes de autoria, deve-se, ainda, para que seja decretada a prisão preventiva, atentar para o *periculum libertatis*, situação de perigo criada pela conduta do acusado, que apresenta seus fundamentos no art. 312, do CPP, quais sejam, garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Mas como a Constituição de 1988 estabeleceu em seu art. 5º, inciso LVII, o princípio da presunção de inocência para o indivíduo, prescrevendo que a culpa se efetiva com a sentença penal condenatória e, tendo a sociedade e, principalmente, a vítima, interessada na repressão, cumpre analisar quais fundamentos estão adequados à Constituição, a partir do momento em que, a prisão preventiva, atinge sua função de cautelariadade.

Antes de tudo, é sempre bom lembrar que a análise do fundamento da medida cautelar deve ser realizada em virtude dos atos, no mundo real, praticados pelo investigado/denunciado que por ventura possam prejudicar o andamento processual. Feita essa observação, passamos a análise dos fundamentos da prisão preventiva.

4.4.1 A prisão preventiva decretada para assegurar a aplicação da lei penal

A prisão preventiva é uma medida cautelar de natureza qualificada, *instrumento a serviço do instrumento processo* (Lopes Junior, 2005, p. 208), ou seja, tem por objetivo garantir o bom andamento do processo.

Não resta dúvida quanto a natureza cautelar da prisão preventiva quando fundada para assegurar a aplicação da lei penal. Nesse sentido, caso o investigado/denunciado, pratique atos para engendrar uma fuga, ex: providenciar a expedição de passaporte, ou se a fuga já estiver ocorrido a prisão torna-se necessária e urgente para dar continuidade ao processo e garantir a futura execução. Assim, por se tratar de matéria urgente, o âmbito cognitivo do juiz é reduzido e o conhecimento acerca da matéria se restringe a necessidade que o caso apresenta, não sendo uma análise profunda do caso, esta não gera coisa julgada.

Nestes termos, percebe-se que a medida cautelar não possui uma cognição exauriente, mas, sim superficial. A decisão que decreta a prisão preventiva não possui o condão da coisa julgada material, podendo ser revogada ou decretada a qualquer momento.

4.4.2 A prisão preventiva decretada por conveniência da instrução criminal

A conveniência da instrução criminal, também, é entendida como uma medida de natureza cautelar. Assim, entende-se que a decretação da prisão preventiva é legítima, tanto por conveniência da instrução criminal, quanto para assegurar a aplicação da lei penal, desde que os atos praticados pelo investigado/denunciado possam, efetivamente, colocar em risco o processo.

A prisão preventiva por conveniência da instrução criminal é necessária sempre que o investigado/acusado praticar atos que possam prejudicar o processo. Tais atos visam atacar as provas, como o aliciamento a testemunhas, a destruição de documentos, entre outros. Ramos (1998) entende que a análise feita pelo juiz é sumária, nos termos das medidas cautelares, não possibilitando o direito a ampla defesa e o contraditório, bastando para tal, provas, meramente, superficiais. Porém, a partir do momento em que as provas já foram produzidas e estão resguardadas no processo não há motivo para a manutenção da prisão preventiva.

Assim, encerrada a instrução criminal o acusado deve ser posto em liberdade, nesse sentido o do Tribunal de Justiça de Minas Gerais esclarece, vejamos:

EMENTA: 'HABEAS CORPUS' - USURPAÇÃO DE FUNÇÃO PÚBLICA - TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL - IMPOSSIBILIDADE - DENÚNCIA REGULAR - EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E PROVA DA MATERIALIDADE - PRISÃO PREVENTIVA - CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL - INSTRUÇÃO FINDA - MOTIVO NÃO SUBSISTENTE - REVOGAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR.

Por outro lado, no que se refere ao pedido de revogação da prisão preventiva, razão assiste ao impetrante. Como ressaltado no despacho concessivo da liminar, a prisão preventiva do paciente foi decretada por conveniência da instrução criminal, como se vê da decisão de fls.207. Ocorre que, conforme se depreende do termo de audiência acostado às fls.211, a instrução criminal já se encerrou, estando o feito na fase de alegações finais. Dessa forma, conclui-se que não mais subsiste o motivo que embasava referido decreto, razão pela qual revogo a prisão preventiva do paciente, ratificando a liminar concedida. (MINAS GERAIS, TJ. AP. Nº 1.0000.08.473634-7/000. Rel. Desembargadora Beatriz Pinheiro Caires. 2008).

Por fim, cabe esclarecer que, tendo fim os atos praticados pelo investigado/acusado que ensejaram a prisão preventiva deve o mesmo ser posto em liberdade.

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL - CPP, ART. 312 - REVOGADA - PRELIMINAR - NULIDADE DA SENTENÇA QUE CONCEDEU O RELAXAMENTO DA PRISÃO - FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO - CPP, ART. 381, III E IV - CF, ART. 93, IX - FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO E MOTIVAÇÃO SUCINTA NÃO SE CONFUNDEM - O JUIZ EXPÔS OS FATOS DE DIREITO QUE O EMBUÍRAM A PROLATAR A DECISÃO - DECISÃO BASEADA NOS PRINCÍPIOS LEGAIS E NÃO EXCLUSIVAMENTE NO LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO - PRELIMINAR AFASTADA - PREENCHIMENTO DE UM DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA - CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL - A REAL POSSIBILIDADE DE A INSTRUÇÃO CRIMINAL JÁ TER SIDO INICIADA TORNA PRESCINDÍVEL A PRISÃO DO RECORRIDO - HÁ NOS AUTOS INDÍCIOS VEEMENTES DESTE FATO NOVO - RECORRIDO É PRIMÁRIO, TEM RESIDÊNCIA FIXA, ALÉM DE SER PROFISSIONAL (ADVOGADO) ATUANTE NA COMARCA - REFERÊNCIAS E ATRIBUTOS COMPROVADOS - GARANTIA DE QUE POSSA SER FACILMENTE ENCONTRADO SE SOLICITADO PELA JUSTIÇA PARA PRESTAR QUAISQUER ESCLARECIMENTOS - O JULGADOR DE PRIMEIRA INSTÂNCIA TEM AMPLOS PODERES PARA REVER SUA DECISÃO NO CASO DE INTERFERÊNCIA DO RECORRIDO NO

PROCESSO PRINCIPAL, PREJUDICANDO O ACLARAR DOS FATOS - DIANTE DE QUALQUER PERTURBAÇÃO, PODERÁ DECRETAR NOVAMENTE A PRISÃO DO RECORRIDO - RECURSO DESPROVIDO

Em primeiro lugar, deve-se analisar a necessidade de manutenção da prisão do recorrido, a fim de se evitar vícios na instrução do outro processo. Caso a instrução criminal já tenha sido iniciada, a finalidade desta custódia cai por terra, já que se torna prescindível proteger as testemunhas e os envolvidos do processo principal de qualquer constrangimento. E é exatamente o que se verifica dos documentos de fls. 76/79-TJ, uma vez que as testemunhas, supostas vítimas, já foram ouvidas. (MINAS GERAIS, TJ. AP. Nº 1.0702.04.151344-2/001. Rel. Desembargador Sérgio Braga. 2005).

Esta citação demonstra com clareza que, no momento em que desaparecem as causas que ensejaram a medida cautelar, o acusado/investigado deve ser posto em liberdade. Ora, no caso apresentado, a partir do momento em que as testemunhas do processo principal foram ouvidas não há como as mesmas serem constrangidas a deporem de forma diferente. Desta forma, o fato que originou a medida cautelar desapareceu e, nesse sentido, a prisão preventiva foi, acertadamente, revogada.

4.4.3 A prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública

Buscar na ordem pública um fundamento para a decretação da prisão preventiva é extremamente complicado visto se tratar de um conceito aberto que abriga uma infinidade de possibilidades. Esse conceito está bem caracterizado com as sociedades autoritárias já que pode ser utilizado para infringir qualquer garantia no âmbito do direito processual penal.

Ora, o conceito de ordem pública pode ser utilizado como uma espécie de fundamentação “curinga”, ou seja, na ausência de fundamentação de caráter, especificamente, cautelar, pode-se utilizar a ordem pública para decretar a prisão preventiva, assim como, também, para mantê-la.

Nesse sentido, a fundamentação na garantia da ordem pública, para levar a cabo a prisão preventiva, não tem como escopo a proteção ao processo, mas, sim a pena antecipada.

Buscar os fundamentos da prisão preventiva na garantia da ordem pública é buscar algo estranho aos objetivos das medidas acautelatórias. A ausência do caráter de instrumentalidade na fundamentação da prisão preventiva, sob a égide da ordem pública, faz

com que a decisão que decreta a prisão preventiva, bem como a sua manutenção, esteja eivado de ilegalidade.

Nestes termos, a fundamentação da prisão preventiva como garantia da ordem pública é uma afronta ao princípio da presunção de inocência, e conseqüentemente, à Constituição de 1988. Assim, a garantia da ordem pública é inadequada para decretação de prisão preventiva, bem como sua manutenção.

Decretar a prisão preventiva com base no fundamento da ordem pública está na contramão dos princípios constitucionais, quais sejam, o princípio do devido processo legal, bem como o princípio da presunção de inocência.

A garantia da credibilidade da justiça se afirma com o cumprimento da lei, por parte de todos, inclusive os agentes públicos, respeitando-se o devido processo legal e os princípios e garantias constitucionais, e não com medidas autoritárias. A prisão preventiva que não observe o devido processo legal, a presunção de inocência, a fundamentação das decisões, e o seu caráter de cautelaridade, afronta à Constituição. A garantia da ordem pública não apresenta um caráter meramente cautela, e nesse sentido, esta fundamentação é inadequada frente à Constituição de 1988, e mais especificamente, ao princípio da presunção de inocência. Cavalheiro Neto (2004), também, entende que a prisão preventiva com fulcro na preservação da ordem pública viola garantias constitucionais do indivíduo.

Assim, todas as expressões vagas, típicos fundamentos utilizados para o funcionamento de Estados autoritários, como clamor público, proteção do réu, credibilidade da justiça, gravidade do crime cometido não se consubstanciam com o princípio da legalidade, art. 5º, inciso XXIX, e mais especificamente, o princípio da presunção de inocência, art. 5º, inciso LVII, ambos da Constituição de 1988, bem como o Estado Democrático de Direito.

4.4.4 A prisão preventiva decretada como garantia da ordem econômica

A prisão preventiva para garantia da ordem econômica foi inserida no Código de Processo Penal através da Lei n. 8.884/94. Ramos (1998) entende que o conceito de ordem econômica está contido no de ordem pública e que, os objetivos desses conceitos não são, de forma alguma, a proteção do processo penal frente aos atos praticados pelo investigado/acusado. Assim, para esse autor a ordem econômica integra o conceito de ordem pública e, este último é um fundamento, como dito no item anterior, não para proteção do

processo penal, mas pela busca de uma antecipação pena. A diferença apresentada entre ordem pública e ordem econômica é que esta última é a *convivência ordenada dos agentes econômicos e, normativamente, o conjunto das regras que garantem a segurança e a liberdade das relações de produção e circulação de riquezas, bem como das que garantem a valorização do trabalho humano* (RAMOS, 1998, p. 144). Podemos afirmar que o fundamento da prisão preventiva, tendo por base a ordem econômica tem a mesma natureza que o fundamento na ordem pública. Nesse sentido, ambos os fundamentos, ordem pública e ordem econômica, se apresentam contrários a norma constitucional prevista no art. 5º, inciso LVII, qual seja, o princípio da presunção de inocência.

O objetivo dado pelo art. 170, da Constituição de 1988, ao tratar da ordem econômica, não é um objetivo meramente cautelar, como os autorizadores da medida prisão preventiva, mas a valorização do trabalho como forma de garantir, a todos, uma existência digna. Ora, a ordem econômica visa a defender os valores próprios da economia. Nesses termos, tanto o fundamento que tem por base a garantia da ordem pública quanto o de garantia da ordem econômica, não visam a proteção do processo, o que os descaracterizam como instrumento a favor do instrumento processo.

Os fundamentos da prisão preventiva devem estar restritos as medidas cautelares, sob pena de ferir o devido processo legal, o princípio da presunção de inocência, bem como a concretização de um efetivo Estado Democrático de Direito.

5 ADEQUANDO A PRISÃO PREVENTIVA COM A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A medida cautelar, prisão preventiva foi usada, de forma preponderante, no sistema inquisitório como meio de alcançar a verdade real, bem como a punição antecipada do investigado/acusado. Entretanto, é no sistema acusatório que predominava o princípio da presunção de inocência, como forma de garantir o estado de inocência do investigado/acusado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Ferrajoli (2002) relata que no sistema inquisitório a prisão preventiva era decretada como um pressuposto da própria instrução. Assim, enquanto em alguns momentos históricos a prisão preventiva era abolida, predominância do sistema acusatório, em outros ela era, não só utilizada, mas necessária para o início da instrução criminal, predominância do sistema inquisitório.

Podemos verificar que o Brasil optou, de forma explícita, pelo sistema acusatório, como pode ser percebido pela leitura do art. 129, inciso I, da Constituição de 1988, na qual estabelece que o Ministério Público é o órgão competente para promover a ação penal pública. Lopes Junior (2005) entende que o sistema acusatório é uma necessidade que, além de garantir a imparcialidade do juiz, bem como o tratamento do investigado/acusado como sujeito de direitos, garante a tão almejada paz social.

Considerada uma das bases do Estado Democrático de Direito, a presunção de inocência tem por objetivo garantir a liberdade do indivíduo até a sentença transitada em julgado, ou seja, garantir a manutenção do *Jus libertatis* do indivíduo. Por outro lado, como já dito anteriormente, o Código de Processo Penal, em seu art. 311 e 312, estabelece a possibilidade da decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, trata-se do direito ao *jus puniend* estatal. Desta forma podemos perceber um conflito existente entre a presunção de inocência, descrita na Constituição de 1988, e a prisão preventiva, prevista no Código de Processo Penal, ou seja, conflito entre o *Jus libertatis* do indivíduo e o *jus puniend* estatal.

Ora, o Estado Democrático de Direito, a partir da Constituição de 1988, estabelece, como parâmetro, uma pluralidade de concepções. Nesse sentido, torna-se necessário efetivar a adequação das medidas cautelares, mais especificamente a prisão preventiva, com o princípio da presunção de inocência.

Delmanto Junior (2001) relata a problemática da difícil busca do equilíbrio entre a tutela dos direitos e garantias individuais, aqui mais especificamente o princípio da presunção de inocência, e o dever estatal de punição daqueles que praticaram um ilícito penal, interesse não só da vítima, mas da coletividade. Nesse sentido, a manutenção da constitucionalidade/adequação da prisão preventiva, enquanto medida cautelar, deverá estar adstrita aos seus respectivos requisitos e fundamentos, manifestados no *fumus commissi delicti* e no *periculum libertatis*. Fonseca (1999) assevera que há, na verdade, uma convivência entre prisão preventiva e princípio da presunção de inocência, desde que a prisão seja um exceção e que não perca o seu caráter instrumental.

A decretação da medida cautelar, prisão preventiva, deverá, com base na Constituição de 1988, manifestar-se como instrumento de proteção ao processo penal por atos, reais, praticados pelo investigado/acusado. Nesse sentido, os requisitos se apresentarão na forma do *fumus commissi delicti*, prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria,

acrescido de, pelo menos, um dos fundamentos, na forma do *periculum libertatis*, quais sejam, assegurar a aplicação da lei penal ou conveniência da instrução criminal.

Em face do exposto, que tem o apoio da melhor doutrina, chega-se à conclusão inarredável de que a prisão preventiva, pedra de toque de toda e qualquer prisão cautelar, só se justifica quando presente uma destas circunstâncias: “conveniência da instrução criminal” e “asseguramento da aplicação da lei penal”. Desse modo toda e qualquer prisão provisória que ultrapasse esse limite é ilegítima, arbitrária, visto que contaria ao princípio da “presunção de inocência”, dogma de fé. A prisão preventiva é permitida, única e exclusivamente, para os fins do processo penal. (TOURINHO FILHO, 2004, p. 503).

Nesse mesmo sentido, é o entendimento de Delmanto Junior (2001):

Facilmente vislumbráveis (...) são a conveniência da instrução criminal e o asseguramento da aplicação da lei penal, pilares de toda e qualquer custódia provisória. Esses dois requisitos, por si sós, traduzem a essência de toda medida cautelar e, a priori, bastariam à tutela do bom andamento do processo e da efetivação de seu resultado. (DELMANTO JUNIOR, 2001, p. 172).

Como o Código de Processo Penal apresenta quatro fundamentos autorizadores da decretação da prisão preventiva, cabe ao juiz analisar cada caso e excluir os fundamentos que não possuem o caráter de medida cautelar, tendo por base o princípio da presunção de inocência. A prisão preventiva, enquanto medida acautelatória é, perfeitamente, possível, desde que o juiz faça a análise do caso concreto e, demonstre, tendo por base fatos e elementos do processo, de forma fundamentada, que os atos praticados pelo investigado/acusado colocam, efetivamente, em risco o andamento processual ou a futura execução penal.

A convivência da prisão preventiva em face do princípio da presunção de inocência se manifesta na necessidade do autor provar a culpa do réu, não sendo obrigatório ao réu provar a sua inocência.

A prisão preventiva deve, diante do princípio da presunção de inocência, estar vinculada aos requisitos e fundamentos da cautelaridade como uma forma de adequar-se às normas constitucionais. O princípio da presunção de inocência, com base no Estado Democrático de Direito, implementado pela Constituição de 1988, deve ser a regra, enquanto a prisão preventiva a exceção. Não havendo qualquer dos requisitos e/ou fundamentos que

determinem a aplicação da medida cautelar, prisão preventiva, o investigado/acusado deve permanecer em liberdade.

Durante o andamento processual a culpa deve ser demonstrada, pelo requerente ou pelo Ministério Público e havendo qualquer dúvida a absolvição deve ser declarada.

Por fim, cabe ressaltar que a permanência da prisão preventiva em face do princípio da presunção de inocência, no direito pátrio, não só é possível, como necessário, desde que a prisão seja uma medida de extrema necessidade e que atenda aos requisitos e fundamentos da cautelaridade.

6 CONCLUSÃO

A partir do modelo constitucional, condizente ao Estado Democrático de Direito, que tem como objetivo a limitação do poder Estatal, bem como tutela dos direitos fundamentais no processo penal, entende-se que o Código de Processo Penal, de origem fascista, deve democratizar-se para que o *ius puniendi* ocorra sob o manto da Constituição de 1988.

A Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que estabelece um rol de direitos e garantias individuais, dentre eles a liberdade e o princípio da presunção de inocência, autoriza, ainda, a restrição da liberdade por autoridade judiciária competente, como forma de garantir o direito de punir do Estado. A partir da autorização constitucional cabe, ao processo penal, regular os casos expressos em que a privação da liberdade poderá ocorrer, anteriormente a sentença transitada em julgado. Mas a regulação da prisão, antes da sentença transitada em julgado, deve estar em plena sintonia com o Estado Democrático de Direito.

A prisão preventiva, descrita no Código de Processo Penal, enquanto medida cautelar, diante da CR/88, deve assegurar a aplicação da lei penal, bem como a segurança da sociedade, mas, também, deve garantir os direitos e garantias fundamentais, mais especificamente a presunção de inocência. Ora, as medidas cautelares, mais especificadamente a prisão preventiva, são medidas que visam a tutela do processo, e devem ser usadas no momento em que o processo ou a futura execução corre risco. O risco deve ser real e não mera suposição.

O que se percebe é que, quando a prisão preventiva não atinge a sua finalidade, proteção aos direitos e garantias fundamentais, e não atende aos requisitos de cautelaridade, ela fere não só o princípio da presunção de inocência, como também o devido processo legal.

Sendo, a prisão, uma interferência estatal no âmbito do direito individual, liberdade, de tamanha ponta, julga-se que, em um primeiro momento, para aplicação dessa medida, é necessária a sentença transitada em julgado, nos termos da Constituição de 1988. Mas, em alguns casos, a prisão, antes da sentença transitada em julgado, torna-se necessária.

Nesses casos, a possibilidade da decretação da prisão preventiva em detrimento de uma garantia que se fundamenta no Estado Democrático de Direito, qual seja, a do estado de inocência deve estar vinculada aos requisitos e fundamentos da cautelaridade. Estes se apresentarão na forma do *fumus commissi delicti*, prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, acrescido de, pelo menos, um dos fundamentos, na forma do *periculum libertatis*, quais sejam, assegurar a aplicação da lei penal ou conveniência da instrução criminal. Porém, como o Código de Processo Penal apresenta quatro fundamentos autorizadores da decretação da prisão preventiva, cabe ao juiz analisar cada caso e excluir os fundamentos que não possuem o caráter de medida cautelar, tendo por base o princípio da presunção de inocência.

Entende-se que a decretação da prisão preventiva, prevista no Código de Processo Penal, é legítima e, ainda, necessária no direito pátrio, tanto por conveniência da instrução criminal, quanto para assegurar a aplicação da lei penal, desde que os atos praticados pelo investigado/denunciado possam, efetivamente, colocar em risco o processo.

Por fim, é sempre bom lembrar que o princípio da presunção de inocência garante ao investigado/acusado, enquanto não existir sentença condenatória transitada em julgado, a presunção de inocência. É, principalmente, com base nisso que a prisão preventiva, que não atenda aos requisitos e fundamentos da cautelaridade, fere a Constituição. A medida cautelar, prisão preventiva, deve ser utilizada em casos de extrema necessidade, e a obrigatoriedade da presença de seus requisitos, bem como um de seus fundamentos é evitar uma pena antecipada.

Nesse sentido, o princípio da presunção de inocência vem ao encontro do Estado Democrático de Direito, buscando uma proteção para o indivíduo em face do poder do Estado, bem como o tratamento do investigado/acusado como sujeito de direitos e garantindo a tão almejada paz social.

A manutenção da presunção de inocência, como regra, diante da possibilidade de decretação da prisão preventiva se mostra necessária, já que o Código de Processo Penal deve ser interpretado à luz da supremacia da Constituição de 1988.

Compreender o processo penal como um instrumento que garante a tutela dos direitos e garantias individuais, bem como a aplicação da lei penal é, antes de tudo, abandonar as influências de um Estado autoritário e voltar-se para a política da tutela dos direitos e

garantias fundamentais, percebendo o investigado/acusado enquanto sujeito de direitos e, conseqüentemente, reforçando o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ANDREATO, Danilo. **Garantia da ordem pública e a prisão preventiva no caso Nardoni . Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1774, 10 maio 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11257>>. Acesso em: 27 ago. 2009.

ANTUNES, Rodrigo José Mendes. **A natureza jurídica da ordem pública e o clamor público como fundamento da prisão preventiva . Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1219, 2 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9120>>. Acesso em: 27 ago. 2009.

BRASIL. **Código de processo penal**. In: TAPAI, Giselle de Melo Braga. (Org.). 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 959 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. In: MORAES, Alexandre de. (Org.). 17.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

CAVALHEIRO NETO, Augusto. **A insuficiência da garantia da ordem pública como fundamento do decreto de prisão preventiva . Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 270, 3 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5039>>. Acesso em: 27 ago. 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. . **Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. (Org.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, v. 1, p. 195-248.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 492 p.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 381 p.

FERRAJOLI; Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FONSECA, Adriano Almeida. **O princípio da presunção de inocência e sua repercussão infraconstitucional . Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 36, nov. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=162>>. Acesso em: 16 set. 2009 .

GOMES, Luiz Flávio. **Crêterios para a aferi o da razoabilidade da prisão preventiva . Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 920, 9 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7769>>. Acesso em: 27 ago. 2009.

GOMES, Magno Federici; TRINDADE, Hugo Vidal Trindade. **O princípio da presun o de inocência e a prisão preventiva**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, Ano III, n.18, p. 50-65, jun/julh. 2007.

LIMA, Camile Eltz de. A "**garantia da ordem pública**" como fundamento da prisão preventiva: (in)constitucionalidade   luz do garantismo penal. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre , v.3, n.11, p.148-161, 2003.

LIMA, Wanderson Marcello Moreira de. **Apela o em liberdade: o princípio da presun o de inocência e as prisões provisórias**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre , v.3,n.14,p.39-47, jun./jul.2002.

LOPES JUNIOR; Aury. **Introdu o crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 3^a ed. 2005.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. V. IV, 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. 532 p.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Habeas corpus – decreto de prisão preventiva - latrocínio - requisitos subjetivos favoráveis - irrelevância - constrangimento ilegal – inexistência**. AP. N  1.0000.07.462078-2/000. Rel. Desembargador Walter Pinto da Rocha. p. 01-07. D.J. 10/11/2007.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Habeas corpus' - réu revel, citado por edital - necessidade de assegurar a aplica o da lei penal - ausência de constrangimento ilegal - 'writ' denegado**. AP. N  1.0000.08.481396-3/000. Rel. Desembargador Eduardo Brum. p. 01-05. D.J. 24/10/2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Habeas corpus' - usurpa o de fun o pública - trancamento de a o penal - impossibilidade - denúncia regular - existência de indícios de autoria e prova da materialidade - prisão preventiva - conveniência da instru o criminal - instru o Finda - motivo não subsistente - revoga o da prisão cautelar**. AP. N  1.0000.08.473634-7/000. Rel. Desembargadora Beatriz Pinheiro Caires. p. 01-05. D.J. 13/08/2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Penal e processo penal - recurso em sentido estrito - prisão preventiva decretada por conveniência da instru o criminal - cpp, art. 312 - revogada - preliminar - nulidade da sentença que concedeu o relaxamento da prisão - falta de fundamenta o**. AP. N 1.0702.04.151344-2/001. Rel. Desembargador Sérgio Braga. p. 01-08. 2005.

OLIVEIRA, Eug nio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 7. ed. -. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. (Capítulo 11, pág. 413-452). 786 p.

PEREIRA, Viviane de Freitas; MEZZALIRA, Ana Carolina. **A prisão preventiva a partir da reforma do Código de Processo Penal. Alargamento das hipóteses de incidência e**

ausência de fixação de um prazo razoável. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2098, 30 mar. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12553>>. Acesso em: 27 ago. 2009.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SCHREIBER, Simone. **O princípio da presunção de inocência**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 790, 1 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7198>>. Acesso em: 15 set. 2009 .

TOURINHO FILHO; Fernando da Costa. **Processo penal**. v3. São Paulo: Saraiva, 2004. 661 p.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal - Vol. 1 - 27 Ed. São Paulo**, Editora: Saraiva, 2005. 667 p.

VARGAS, José Cirilo de. **Direitos e garantias individuais no processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 383 p.