

FACULDADE BAIANA DE DIREITO
PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

JOCTÃ TRINDADE DE ANDRADE

PRISÃO PREVENTIVA E SUA UTILIZAÇÃO EXARCEBADA
PARA O ENCARCERAMENTO EM MASSA

Salvador

2022

JOCTÃ TRINDADE DE ANDRADE

**PRISÃO PREVENTIVA E SUA UTILIZAÇÃO EXARCEBADA
PARA O ENCARCERAMENTO EM MASSA**

Artigo apresentado ao programa de pós-graduação em ciências criminais da Faculdade Baiana de Direito, como requisito para obtenção do título de especialista, sob a orientação do Prof. Pablo Domingues.

Salvador

2022

PRISÃO PREVENTIVA E SUA UTILIZAÇÃO EXARCEBADA PARA O ENCARCERAMENTO EM MASSA

Jocã Trindade de Andrade¹

Orientado por: Pablo Domingues²

RESUMO

O presente artigo tem por desígnio tratar da prisão preventiva, abordando seu conceito, finalidade e hipóteses de cabimento, assim como os princípios que norteiam o instituto. Consequentemente adentrar na perspectiva analítica do requisito e fundamento previstos no Código de Processo Penal, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, até chegar no ponto culminante deste, a crítica sobre a sua utilização exacerbada, com fundamentos não legais, que só contribui para o encarceramento em larga escala no país, quando esta, deveria ser a medida extrema. Traz à luz, também, a antecipação de um julgamento que ainda não ocorreu, ou seja, presume-se que o acusado será condenado ao final do processo, o que “justifica” uma prisão preventiva, que em nada aplica-se sua natureza cautelar, mas sim, de pena definitiva. Concluindo-se que, é de extrema necessidade que o judiciário, principalmente o primeiro grau, torne a observância das garantias constitucionais, e a própria legislação especial, em utilizar a prisão preventiva como *ultima ratio*.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão Preventiva. Presunção de Inocência. Garantia da Ordem Pública.

1 INTRODUÇÃO

A prisão preventiva é uma espécie dentre as medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal. Evidentemente que, por ter essa natureza acautelatória, também é pautada na principiologia que embalam as cautelares processuais, especificamente os princípios da

¹ Pós-Graduando no curso de Ciências Criminais da Faculdade Baiana de Direito. E-mail: andradejocata@gmail.com.

² Doutorando pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP – 2019). Mestre em Direito Público, com ênfase em Direito Penal, pela Universidade Federal da Bahia (2018); Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra – Portugal (2010), Pós-graduado pela Universidade Federal da Bahia (2008), Graduado em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS – 2006). Professor efetivo da graduação na matéria de Direito Penal da Universidade Salvador (UNIFACS); Coordenador Adjunto e Professor da Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade Baiana de Direito; Professor Convidado da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst), da Pós- Graduação da Faculdade de Direito da 08 de Julho (Sergipe), da Universidade Católica de Salvador (UCSAL). É autor de diversos artigos jurídicos.

motivação e jurisdicionalidade, provisoriedade, excepcionalidade, proporcionalidade e contemporaneidade.

Por ser uma prisão cautelar, diferencia-se da prisão definitiva, pela qual, o condenado passa a cumprir a pena aplicada em sentença transitada em julgado. A prisão preventiva, justamente, por ser uma prisão que pode ser decretada dentro do devido processo legal, ou seja, desde a inauguração da ação penal, até antes da sentença definitiva, não pode ter o condão de prisão definitiva, por esta razão, é que, esta, é regida pelo princípio da provisoriedade.

Ademais, não significa dizer que deva ser de imediata e primeira aplicação dentro do processo. A prisão preventiva é a *ultima ratio*, a medida extrema, aquela que, quando decretada sem observância dos critérios legais, torna-se uma medida drástica. A Razão de ter esse cunho excepcionalíssimo, deve-se ao requisito e fundamento da prisão preventiva, o que pode ser traduzido pelas expressões em latim, *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*.

O artigo 312 do Código de Processo Penal estabelece os critérios para que o juiz ou tribunal decrete a medida extrema. É necessário que seja agudamente averiguado e identificado, e não somente isso, mas sim, que, haja um juízo de probabilidade, já que não é possível em sede processual, tratar de juízo de certeza, as provas da existência de um crime e indícios suficientes de autoria. Todavia, a decretação da preventiva ainda dependerá da fundamentação comprovada, que há um perigo do réu ou acusado permanecer em liberdade, e que este estado, seja insuficiente para garantia da ordem pública, ordem econômica, por conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal.

Contudo, e aqui está a problemática trazida neste debate, a utilização da prisão preventiva tem sido justificada por motivações não amparadas pela Lei, logo, abolindo o princípio da legalidade, resultado de ilações e anseios em responder à “sociedade”, diferenciando-se do seu propósito legal, inclusive, como primeira medida tomada, ainda na fase pré-processual. Fundamentações que não são encontradas na Constituição e nem de forma específica no Código de Processo Penal, fruto de ações midiáticas, que em nada contribuem para o funcionalismo pragmático do devido processo legal, apenas como oportunidade de audiência, que, em “nome do povo”, clamam, famintos e sedentos pelos suplícios de outrora.

O resultado de toda essa lástima processual penal, é o crescimento exacerbado da população carcerária, que dispensa comentários, pois há décadas vem se degradando, sem notificar que, a finalidade da pena tem de longe, sortido efeito. Todavia, o foco deste trabalho, em relação às consequências da utilização desenfreada da prisão preventiva, está na ruptura do

princípio constitucional da presunção de inocência, convertendo-se em presunção de condenação, e por esta razão, em cumprimento antecipado de pena.

Embasada numa revisão bibliográfica que permeia, tanto escritos mais remotos, como, atuais, mas que traduzem a pertinência e relevância dessa realidade que não é tão juvenil assim, a proposta deste artigo científico é trazer à cena, o que hoje representa a maior incógnita e ponto de divergência, entre o que está positivado e a *práxis* forense. Portanto, faz-se necessário abordar a principiologia, o conceito, finalidade e hipóteses de cabimento da prisão preventiva, trazer uma análise crítica do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, até chegar no ápice deste artigo que é tratativa a respeito do cumprimento antecipado de pena, devido a uma previsão de condenação em detrimento da presunção de inocência.

2 PRINCIPIOLOGIA DA PRISÃO PREVENTIVA

A Prisão preventiva é uma das medidas denominadas de cautelares pelo Código de Processo Penal. Como todo instituto consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, também está pautada por princípios, os quais estruturam e fundamentam-na, e, são estes que segundo Aury Lopes Jr. (2019, p. 587) permitirão “a coexistência de uma prisão sem sentença condenatória transitada em julgado com a garantia da presunção de inocência”.

Dentre os princípios que norteiam as medidas cautelares, e, por sua vez, a prisão preventiva, estão a jurisdicionalidade e motivação, o contraditório, a provisionalidade, a provisoriedade, excepcionalidade, a proporcionalidade e a contemporaneidade, todavia destacam-se quatro (04) deles, por estarem diretamente ligados ao momento da decretação da medida extrema.

Entretanto, faz-se uma breve digressão a respeito do princípio da jurisdicionalidade e motivação está arraigado no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, pelo qual, fica estabelecido que toda decisão judicial deverá ser fundamentada, sob pena de nulidade do ato. O Código de Processo Penal, no artigo 315, afirma que a decisão que decretar, substituir ou denegar a medida drástica deverá ser sempre motivada. Por sua vez, o contraditório, é um princípio-garantia constitucional, positivada no artigo 5º, inciso LV, assegurando àquele que tem contra si o decreto da prisão preventiva, o direito de defesa, e de contrapor o que fora fundamentado contra si. A provisionalidade é o princípio que relaciona a motivação de decretar, revogar ou denegar ao momento atual, ou seja, não existindo mais os motivos ensejadores da medida cautelar, esta, perde seu teor dentro do processo.

Na sequência, o princípio da provisoriedade está ligado ao tempo, ou seja, a prisão cautelar deve ser de pequena duração, detentora de um caráter simplesmente temporário. Neste princípio está a base do presente artigo, pois esse tem sido um dos maiores problemas nos processos criminais que se estende por todo país, a omissão da lei em relação ao prazo de duração das medidas cautelares, o que traz realidades agonizantes para os acusados, e uma verdadeira antecipação de pena.

Nesta senda, Guilherme Souza Nucci (2013, p. 108) leciona que “em decorrência de modernas posições doutrinárias e jurisprudenciais emerge outro princípio constitucional, embora implícito, dentre as garantias fundamentais: a duração razoável da prisão cautelar”. Para o autor, a prisão preventiva, ainda que não se tenha um prazo estipulado em Lei, deve-se obedecer ao princípio da razoabilidade, ligado diretamente à provisoriedade da cautelar aplicada.

Ademais, se houvesse ocorrido a inclusão do parágrafo 7º, do artigo 282, do Código de Processo Penal, também contido no Projeto de Lei 4.208/2001, ter-se-ia uma operação eficaz do direito no que tange a duração da prisão preventiva, pois, tal parágrafo, estabelecia prazo para o reexame da persistência ou não dos motivos ensejadores da medida cautelar, conforme pode-se observar abaixo:

O juiz ou tribunal que decretou ou manteve a medida cautelar, inclusive a prisão preventiva, a reexaminará, obrigatoriamente, a cada 60 (sessenta) dias, ou em prazo menor quando situação excepcional assim o exigir para, fundamentadamente, avaliar se persistem os motivos que a ensejaram.

Na mesma empreitada, encontra-se o princípio da excepcionalidade. Sua aplicabilidade nas prisões cautelares está intrínseco nos ditames legais do Código do Processo Penal, todavia, totalmente sucumbido na prática reiterada das decisões judiciais. Se aplica a *ultima ratio* como medida urgente para “calar” o chamado “clamor social”, ou até mesmo para promover a sensação social de “credibilidade da justiça”. Enfim, seja por estas ou outras motivações, a prisão tem sido a primeira medida tomada, quando a lei exprime que, esta, deve ser a última e extrema postura a ser utilizada pelos juízes ou tribunais.

É o que está consagrado no artigo 282, parágrafo 6º, assim como no artigo 310, inciso II, ambos do Código de Processo Penal, a despeito da necessidade de se analisar a adequação e suficiência das medidas cautelares diversas da prisão. Quando se aplica a prisão preventiva, com efeitos de pena antecipada, mediante uma presunção de condenação, fere-se o princípio da presunção de inocência, sendo este, totalmente basilar do ordenamento jurídico brasileiro, e

porque não dizer, mundial, pois trata-se do sentido de civilização mínima necessária, avocado pelo Pacto de São José da Costa Rica, no qual o Brasil é signatário.

Conforme leciona Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, p. 545) a respeito da utilização da prisão preventiva como último instrumento processual, quando não for cabível outra medida cautelar de fato, mesmo sendo aparentemente necessária “não é menor a necessidade de ser ela restringida, limitando-se aos casos indispensáveis, pelo mal irreparável que causa àqueles declarados inocentes no final da instrução”.

Por conseguinte, está o princípio considerado como sustentáculo das prisões cautelares, o da proporcionalidade. Aqui, deve-se analisar três outros subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O artigo 282, II, do Código de Processo Penal, traz consigo a adequação, pela qual, os motivos e a finalidade da medida cautelar, devem estar em paridade, ou seja, proporcionais.

A necessidade diz respeito a análise indispensável que fará o juiz, a fim de que, após averiguar minuciosamente, esteja convicto que a aplicação da medida cautelar, causará o menor prejuízo possível, ou seja, não haverá excesso. Fábio Corrêa Souza de Oliveira (2003, p. 321) discorre que o subprincípio da necessidade “preconiza que a medida não deve exceder o imprescindível para a realização do resultado que almeja”.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito estabelece uma relação recíproca entre a aplicação real da medida e a sua finalidade. Consoante a essa afirmativa, leciona José Joaquim Gomes Canotilho (1995, p. 383), dissertando que “os meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, como objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim”.

Esse também é o entendimento de Gustavo Henrique Badaró (2007, p. 152), quando remete a ideia de que deve haver sempre uma proporcionalidade entre a prisão cautelar e a possível pena a ser aplicada, em caso de condenação, como se pode destacar abaixo:

Se a prisão preventiva, ou qualquer outra prisão cautelar, for mais gravosa que a pena que se espera ser ao final imposta, não será dotada do caráter de instrumentalidade e acessoriedade inerentes à tutela cautelar. Mesmo no que diz respeito à provisoriedade, não se pode admitir que a medida provisória seja mais severa que a medida definitiva que a irá substituir e que ela deve preservar.

Portanto, estabelece-se no âmbito das prisões cautelares a verdadeira imprescindibilidade de averiguação, se esta, a prisão, deve ser a medida mais adequada a se tomar, tanto é assim que o artigo 282, parágrafo 6º declara que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”. O legislador

fez questão de deixar evidente que a utilização da medida extrema deve ser, de fato, a *ultima ratio* do sistema penal, amparado pelo princípio da proporcionalidade.

Por fim, resta consagrado no ordenamento jurídico penal brasileiro, o princípio da contemporaneidade. Deve haver uma situação fática atual emergente que autorize a decretação da prisão preventiva, não cabendo assim, tal decreto, se este for totalmente extemporâneo a realidade fática. O que é salutar dissertar a respeito da contemporaneidade, é que o momento da aplicação da medida cautelar extrema, deve ser o mesmo em que os requisitos e fundamentos autorizadores estão emergindo.

Esse é o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE. CONFIGURAÇÃO. RISCO À INSTRUÇÃO PROCESSUAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EVIDÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O ordenamento jurídico vigente traz a liberdade do indivíduo como regra. Desse modo, antes da confirmação da condenação pelo Tribunal de Justiça, a prisão revela-se cabível tão somente quando estiverem presentes, cumulativamente, os requisitos legais exigidos pela combinação dos arts. 282 e 312 do Código de Processo Penal, quais sejam: a) o *fumus commissi delicti*; b) o *periculum libertatis*; e c) a necessidade e adequação da medida. 2. **"Ainda que o risco de reiteração criminosa seja um argumento válido para a decretação da prisão preventiva, necessário se faz, igualmente, a análise da contemporaneidade entre a data do fato delitivo, ou da concessão da liberdade provisória, e a decretação da segregação cautelar"** (HC 471.490/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019). 3. Na espécie, apesar de não haver controvérsia quanto à existência de prova da materialidade e indícios de autoria, o *periculum in libertatis*, elemento hábil a justificar a necessidade de imposição da medida extrema, não se encontra evidenciado. Afinal, os acontecimentos que deram ensejo à **segregação provisória ocorreram até meados do ano de 2013, ou seja, há mais de 5 anos da data da expedição da ordem de prisão (13/12/2018), o que afasta a contemporaneidade dos fatos e a demonstração de atuação da associação criminosa nos dias atuais.** (*Grifo nosso*)

(...)

(STJ - HABEAS CORPUS Nº 492.659 - PR (2019/0038084-0) – RELATOR MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (1182) – DATA DO JULGAMENTO 21/05/2019)

Ante o exposto, resta claro que o momento da prisão, ou melhor, da sua decretação, deve coadunar com os fundamentos ensejadores para tal ato judicial, naquele mesmo momento. A prisão preventiva decretada sem a observância da contemporaneidade dos fatos, a torna teratológica e injusta. Além do mais, conforme aduzido por Rodrigo Capez (2017, p. 459):

A proximidade temporal entre o conhecimento do fato criminoso e sua autoria e a decretação da prisão provisória encontra paralelo com a prisão em flagrante, que sugere atualidade (o que está a acontecer) e evidência (o que é claro, manifesto). Se a prisão por ordem pública é ditada por razões materiais, quanto mais tempo se passar entre a data do fato (ou a data do conhecimento da autoria, se distinta) e a decretação da prisão, mais desnecessária ela se mostrará. Em consequência, não se pode admitir que a prisão preventiva para garantia da ordem pública seja decretada muito tempo

após o fato ou o conhecimento da autoria, salvo a superveniência de fatos novos a ele relacionados.

Portanto, para que seja manifestamente legal a decretação da prisão preventiva, deverá ser observada sua contemporaneidade. Como visto no julgado acima, não se pode, após um lapso temporal, suficiente para que deixe de existir os requisitos e fundamentos da medida extrema, decretá-la. Outrora, não seja atentado este princípio, a decisão que resultou no decreto de prisão, será defeituosa, passível, contudo, de revogação.

3 PRISÃO PREVENTIVA: NATUREZA JURÍDICA, FINALIDADE E HIPÓTESES DE CABIMENTO

Trata-se de uma medida cautelar, abarcada por todos os princípios comentados no tópico anterior, por isso mesmo, possui natureza provisória e excepcional, decretada em qualquer tempo no processo penal, somente pelo juiz ou tribunal, sob representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, desde que demonstrados os requisitos e fundamentos desta. Porém, de forma objetiva e não, ilativa, caracterizada como *ultima ratio*, e ainda que aplicada, não enclustra a presunção constitucional de inocência do agente passivo da segregação.

A prisão preventiva como *ultima ratio* ou medida extrema, é extraída a partir de uma interpretação inversa da Constituição Federal, especificamente do artigo 5º, inciso LXI, pelo qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (...)”. Ou seja, isolando-se a possibilidade da prisão em flagrante, a prisão preventiva carece de uma análise rigorosa, que impõe a autoridade judicial, a necessidade de fundamentação legal, escrita, para que a decrete.

Por sua vez, Fernando Capez (2012, p. 328) alude que a prisão preventiva é uma:

Prisão processual de natureza cautelar decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores.

Passado esse momento conceitual, partindo para a finalidade da prisão preventiva, e nesta senda, torna-se necessária a abordagem sobre o artigo 313 do Código de Processo Penal, no qual estão as situações cabíveis da prisão preventiva. Passa-se a fazer uma breve análise dos incisos I, II e III e o parágrafo único, do artigo supramencionado.

O inciso I traz a admissão da preventiva “nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos”. Trata-se de um critério totalmente objetivo, em que há uma necessidade do crime ser praticado na modalidade dolosa, e este mesmo crime possuir uma pena abstrata superior a 4 (quatro) anos. Não cabe a prisão preventiva nos crimes culposos.

Ainda no âmbito do inciso I, do artigo 313, do Código de Processo Penal, há uma ressalva relacionada ao concurso de crimes e suas consequências em relação à Suspensão Condicional do Processo, instituto garantido pela Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais. O Supremo Tribunal Federal, assim como o Superior Tribunal de Justiça já editaram as respectivas Súmulas 723 e 243.

A Súmula 723 do STF ressalta que “não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano”. Na mesma perspectiva está a Súmula 243 do STJ:

O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.

O inciso II, do artigo em comento, traz a admissão da prisão preventiva “se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Decreto-lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal”. Neste inciso específico, optou o legislador por uma norma que se torna antagônica ao princípio da presunção de inocência na sua essência, assim como ao princípio da proporcionalidade, e porquê não, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, trata também da reincidência em crime doloso, caso o réu ou acusado tenha sido condenado, outrora, por crime culposo, não preencherá o requisito do inciso II. Por conseqüentemente, o preceito legal determina que a sentença condenatória deve ter transitada em julgado, conforme previsão constitucional, onde a culpabilidade do sujeito fora de fato, consumada, após o devido processo penal legal.

Por conseguinte, o inciso III traz a hipótese de que “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”. Nas lições de Aury Lopes Jr. (2019, p. 643):

Pensamos que, quando muito, estando presentes o *fumus comissi delicti* e alguma das situações de *periculum libertatis* do art. 312, e sendo o crime doloso, o inciso em

questão somente serviria para reforçar o pedido e a decisão. Mas, para tanto, deve-se analisar ainda qual foi a medida protetiva decretada, para verificar-se a adequação da prisão em relação a esse fim, bem como a proporcionalidade. Do contrário, incabível a prisão preventiva, a nosso juízo.

A Lei nº 12.403/2011 acrescentou à redação deste inciso, não apenas a violência doméstica e familiar contra a mulher, mas também às outras minorias protegidas por Lei. Contudo, a objetividade do inciso I, deverá ser observada na situação real em eminência, ou seja, deverá ser um crime doloso, punido com pena máxima superior a quatro (04) anos. Além do mais, o significado é de dar um caráter assecuratório à execução da medida protetiva.

Em seguida, a redação do parágrafo único, do artigo 313, do Código de Processo Penal, descreve que será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

O mencionado parágrafo único jamais pode ser lido e aplicado isoladamente. As mesmas hipóteses de admissão, constantes nos incisos do artigo 313, deverão estar presentes no caso concreto. Por exemplo, não haverá legalidade na prisão decretada mediante o fundamento do parágrafo único, se for o caso de um crime culposos, ou, sendo doloso, seja punido com pena igual ou inferior a quatro (04) anos. Ainda que no momento atual não seja possível a identificação do indivíduo, se o crime cometido por este for punido com pena máxima inferior ao *quantum* estabelecido em Lei, e/ou, tratar-se de um crime culposos, o juiz não estará autorizado a decretar a medida cautelar extrema.

Contudo, em qualquer uma das admissões previstas no artigo 313 o Código de Processo Penal, será indispensável que, tal análise, seja feita em conformidade com o artigo 312 do mesmo Preceito Legal. É imprescindível que reste presentes os requisitos e fundamentos autorizadores da prisão preventiva, o *fumus comissi delicti* - prova da existência de um crime e indícios suficientes de autoria, e também, o *periculum libertatis* – garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal.

Por fim, encontra-se a circunstância de não cabimento da prisão preventiva, registrada no artigo 314 do Código de Processo Penal, no qual consta que “A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do *caput* do art. 23 do código Penal”.

Constatando o juiz que, o agente praticou um crime mediante legítima defesa, estado de necessidade, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular do direito, não poderá decretar a prisão preventiva, até porque, trata-se de excludentes de ilicitude. Se não houverá crime, não poderá haver condenação, quiçá, prisão.

4 FUMUS COMISSI DELICTI E PERICULUM LIBERTATIS: REQUISITO E FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA

Para que haja a decretação da Prisão Preventiva, torna-se necessário o *fumus comissi delicti*, ou seja, a expressão em latim citada, entende-se que deve existir a fumaça da comissão de um delito. Isso significa que deve haver um juízo de probabilidade sobre o cometimento de um delito e sua autoria, para a decretação da prisão preventiva. O artigo 312 do Código de Processo Penal estabeleceu o *fumus comissi delicti* como condicionante para a prisão preventiva. Além de ser fundamental se analisar a subjetividade que está ligada ao *periculum libertatis*, o qual será posteriormente analisado, deve restar prova da existência de um crime e indícios suficientes de autoria.

Restringindo a prisão em flagrante, além dos demais tipos de prisão só poderem ser decretadas por uma autoridade judiciária, se houver a representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público. É, efetivamente necessária que tal decretação esteja fundamentada, e, como o ordenamento jurídico brasileiro, em especial, o Direito Penal e o Processual Penal, estão pautados no princípio da legalidade, os fundamentos aduzidos num decreto de prisão, deverão ser na lei expressa, conforme a previsão constitucional do artigo 5º, inciso LXI, descreve.

Para que a exceção constitucional (a prisão, já que a regra é a liberdade) seja aplicada, resta demonstrada no preceito legal acima descrito, a imprescindibilidade da fundamentação da autoridade judiciária, ou seja, o juiz ou tribunal, deverá sobejar evidenciado o juízo de probabilidade (para a decretação da prisão), visto que, como leciona Aury Lopes JR. (2019, p. 634) “em sede de cautelar não se pode falar em juízo de certeza”.

É o que menciona Edilson Mougenot Bonfim (2007, p. 538):

[...] no que se refere à decretação da prisão preventiva, já que para esta, por ser a mais drástica das cautelares, expressamente exigiu o legislador, ademais “dos indícios de autoria”, também a “prova da materialidade do crime”, conforme expressamente prevê o art. 312 do CPP. Destarte, tem-se que os indícios de autoria são requisitos comuns a todos os tipos de cautelares, mas a prova da materialidade é requisito específico para a decretação da custódia preventiva. Há, pois, ao teor das exigências

da lei processual, uma gradação ascendente do modo de cognição, entre o nominativo *notitia criminis* (necessário para a fase investigatória da persecução penal), para *opinio delicti* (necessário para a decretação das custódias cautelares e para a denúncia), e, daí, para *corpus criminis* ou *corpus delicti* (necessário para a preventiva e para a pronúncia), desvelando os modos “notícia”, “suspeita” e “prova”.

Neste sentido, compreende-se que, da fundamentação utilizada para a decretação da prisão preventiva, está intrínseco o conceito analítico de crime. Em verdade, a teoria do delito afirma que, por crime, entende-se a conduta típica, ilícita e culpável. Esse é o entendimento majoritário da doutrina penalista brasileira, como se pode ver na lição de Rogério Greco (2015, p. 33):

A teoria do delito tem a finalidade de identificar os elementos que integram a infração penal, criando um roteiro a ser obrigatoriamente seguido pelos aplicadores do direito, que, por meio dele, poderão concluir ou não pela existência da infração penal. Embora o crime seja insuscetível de fragmentação, pois é um todo unitário, para efeitos de estudo, faz-se necessária a análise de cada uma de suas características ou elementos fundamentais, isto é, o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade.

No mesmo sentido, Francisco de Assis Toledo (1994, p. 80), fazendo uma digressão sobre o tema, elucida que:

Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penais) protegidos. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável.

Portanto, resta claro que, para a decretação da prisão preventiva é indispensável que haja o mínimo de prova possível da existência de um crime e de indícios suficientes de autoria, não podendo haver qualquer dúvida, ou, até mesmo, de uma excludente de ilicitude, conforme se vê no artigo 314 do Código de Processo Penal, em que, se o juiz, pelas provas produzidas nos autos, verificar que o agente praticou o fato mediante condições previstas no artigo 23 do Código Penal, não poderá decretá-la.

Destarte, já era o pensamento de Cesare Beccaria (2017, p. 28), ao narrar na obra *Dos Delitos e Das Penas*, a indispensabilidade da presença do juízo de probabilidade, ao qual, está fundamentado o artigo 312 do Código de Processo Penal, ou seja, o *fumus comissi delicti*. Para ele, os indícios de prova de um crime e de autoria do acusado, não poderia restar dúvida, conforme se pode vislumbrar:

Quando as provas de um fato se apoiam todas entre si, isto é, quando os indícios do crime não se mantêm senão apoiados uns nos outros, quando a força de inúmeras provas depende de uma só, o número dessas provas nada acrescenta nem subtrai na probabilidade do fato: merecem pouca consideração, porque, se destruí a única prova que parece certa, derrocáreis todas as demais.

Ademais, sobeja cristalino que, sem a existência de prova que exige uma conduta típica, ilícita e culpável, não haverá possibilidade da prisão preventiva, pois não haverá crime, e, um depende do outro. Porém, dentro desse raciocínio, está a inescusável análise do dolo na conduta do acusado, o que remeterá o juiz a observação da subjetividade da conduta, até porque, numa desclassificação para um crime culposos, não caberá a decretação da prisão preventiva.

Nesta baila, se coaduna a preleção de (CIRILO DE VARGAS, 1992, p. 120) que “não haverá prisão preventiva sem a prova desses três elementos: bastaria, no entanto, que o juiz se convencesse da inexistência do dolo, para não a decretar”. O Autor se refere a ausência da tipicidade, ilicitude e culpabilidade na conduta do caso concreto que lhe é apresentado, não havendo possibilidade para a prisão preventiva, destacando ainda que, convencendo-se o juiz da inexistência de dolo, também, não a decretaria, pois, como fora ressaltado acima, não cabe a prisão preventiva para os crimes culposos.

Aury Lopes Jr. (2019, p. 635) discorrendo sobre o juízo de probabilidade, afirma que, “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”. Ou seja, para que seja decretada a prisão preventiva deve haver o *fumus comissi delicti* na fundamentação do juiz ou tribunal, demonstrando a presença mínima de prova de autoria e materialidade.

Por outro lado, passado a digressão sobre o requisito (*fumus comissi delicti*), torna-se indispensável tratar do fundamento da prisão preventiva, o *periculum libertatis*. Este, também presente no artigo 312 do Código de Processo Penal, é compreendido pelo perigo do acusado está em liberdade, ou seja, estando em liberdade o acusado (já que a prisão preventiva é cabível tanto a fase pré-processual, quanto no decorrer do processo) há um risco de abalo na ordem pública, na ordem econômica, para conveniência da instrução criminal ou na aplicação da lei penal.

Dessa forma, entendem (TÁVORA; ALENCAR 2017, pp. 931-932):

Não basta, para a decretação da preventiva, a comprovação da materialidade e os indícios de autoria. Além da justa causa, simbolizada pela presença obrigatória destes dois elementos, é necessário que se apresente o fator de risco a justificar a efetividade da medida. As hipóteses de decretação da preventiva dão as razões para a deflagração da constrição à liberdade. Se a prisão, quanto ao seu fundamento, deve estar pautada na extrema necessidade, a legislação preocupou-se em preestabelecer quais os fatores que representam o perigo da liberdade do agente (*periculum libertatis*), justificando a possibilidade do encarceramento.

No tocante às hipóteses trazidas pelo preceito legal, de decretação da prisão preventiva, aqui em análise, não se tratam de situações cumulativas, mas sim, alternativas. Não é necessário que, no caso concreto, estejam as quatro hipóteses presentes. Basta apenas uma delas para que seja decretada a segregação, todavia, necessário se faz ressaltar que, este decreto, deverá ser fundamentado, e com muita cautela pelo juiz ou tribunal.

Nesse sentido, é que se pontua a importância dessa, que deverá ser, uma criteriosa fundamentação, pois, dentro das hipóteses de cabimento da decretação da preventiva, duas, são verdadeiramente cautelares (conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal) e as outras que não são cautelares, mas que têm sido utilizadas de forma abusiva, autoritária, com conceitos vagos e imprecisos que só fortalecem o autoritarismo estatal, remetendo-as para suas origens, a Alemanha de 1930.

Com isso, não basta fundamentar de forma genérica ou aleatória, tampouco, apenas por uma “leve fumaça” de autoria e materialidade, assim como, o perigo do acusado permanecer em liberdade, não pode estar embasado no pensamento, dedução ou suposição do magistrado para que decreta a prisão, pois esta, é medida extrema, a última a ser tomada no processo penal.

Preleciona Fernando da Costa Tourinho Filho (1998, p. 469) que “toda e qualquer prisão que anteceda à decisão definitiva do juiz é medida drástica, ou, como dizia Bento de Faria, é uma injustiça necessária do Estado contra o indivíduo, e por isso, deve ser reservada para os casos excepcionais”. Essa digressão sobre a natureza da preventiva, que por sua vez, deve ser a *ultima ratio*, encontra abrigo no artigo 315 do Código de Processo Penal, pelo qual fica determinado que “a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”.

O cuidado demonstrado pelo legislador infraconstitucional não foi aplicar um cumprimento provisório de pena, o que caracterizaria uma antecipação de condenação, ofendendo integralmente o princípio constitucional da presunção de inocência, mas sim, como lecionado por Fernando Capez (1998, p.224) de restar demonstrado que há uma efetiva necessidade para o processo, caso contrário, a prisão preventiva seria:

Uma execução da pena privativa de liberdade antes da condenação transitada em julgado, e, isto, sim, violaria o princípio da presunção da inocência. Sim, porque se o sujeito está preso sem que haja necessidade cautelar, na verdade estará apenas cumprindo antecipadamente a futura e possível pena privativa de liberdade.

Torna-se salutar, explanar sobre as quatro hipóteses, que correspondem ao fundamento da prisão preventiva. Para que didaticamente fique mais cristalino e se traga ao contexto a

fundamentação do *periculum libertatis*, vale transcrever o artigo 312 do Código de Processo Penal:

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.

Decretar a prisão preventiva, sob a égide de garantia da ordem pública, tem sido um dos maiores requisitos utilizados para fundamentar tais decretos, não obstante a sua elasticidade interpretativa, tal qual, o direito penal veda todo tipo de interpretação extensiva, principalmente as que são *in malan parte*. Todavia, seu conceito é vago e impreciso. Variados conceitos na *práxis* forense criminal tem sido utilizado, valendo-se da ordem pública, seja o “clamor social”, “gravidade do crime”, “credibilidade da justiça”, etc., nenhum deles incidem nos preceitos legais, logo, não estão amparados pelo princípio da legalidade, sendo até mesmo, inconstitucionais, tais fundamentações.

O certo é que, mesmo com o advento da Lei nº 12.403/2011, o termo vago desta hipótese permaneceu, trazendo uma insegurança jurídica no tocante a esta fundamentação na decretação da preventiva. Algumas das expressões são contrárias ao próprio Estado, por exemplo, prender alguém para proteção dele próprio, já resta evidente na jurisprudência que tal aplicação é incabível. Outro exemplo claro da admissão do Estado quanto à sua falha e ausência, é a decisão motivada na “credibilidade da justiça”, pois, não está se adentrando no mérito da manutenção do bom andamento do processo penal, pelo contrário, estar-se injetando um paliativo na sociedade, para dar uma impressão que a sociedade está segura, pois o “clamor social” foi atendido.

Decretar a prisão preventiva para garantia da ordem econômica, de acordo o ensinamento de (PACELLI, 2017, n.p.):

Parece-nos, contudo, que a magnitude da lesão não seria amenizada e nem diminuídos os seus efeitos com a simples prisão preventiva de seu suposto autor. Se o risco é contra a ordem econômica, a medida cautelar mais adequada seria o sequestro e a indisponibilidade dos bens dos possíveis responsáveis pela infração. Parece-nos que é dessa maneira que se poderia melhor tutelar a ordem financeira, em que há sempre o risco de perdas econômicas generalizadas.

Assim como no fundamento estabelecido em aprisionar para garantir a ordem pública, a garantia da ordem econômica é intensamente criticada, e tida como inconstitucional. O Estado tem outros meios para garantir que a lesão financeira seja sanada, inclusive, a via administrativa, o sequestro de bens, bloqueios comerciais, mas não por intervenção penal.

Suprimir a liberdade de alguém, decretando a prisão preventiva para que sejam estancados possíveis crimes financeiros e assim, tutelar a ordem econômica.

Assertivo foi (DELMANTO JUNIOR 2001, p. 192) ao apontar que:

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

Já no decreto de prisão preventiva, com o fundamento de garantir a conveniência da instrução criminal, é totalmente cautelar, instrumental, pois, a liberdade do sujeito passivo ou acusado põe em risco ao bom andamento do processo, seja por estar intimidando testemunhas, destruindo provas de qualquer natureza, ou até mesmo, ameaçando juiz ou promotor, causando tumulto ao processo. Percebe-se que há um interesse genuíno em preservar as provas, assim como, todos os envolvidos no processo criminal e não estabelecer uma punição antecipada ao acusado, restando demonstrada sua instrumentalidade.

Nesta perspectiva, PACELLI (2017, n. p.) afirma que:

Há de se entender a prisão decretada em razão de perturbação ao regular andamento do processo, o que ocorrerá, por exemplo, quando o acusado, ou qualquer outra pessoa em seu nome, estiver intimidando testemunhas, peritos ou o próprio ofendido, ou ainda provocando qualquer incidente do qual resulte prejuízo manifesto para a instrução criminal. Evidentemente, não estamos nos referindo à eventual atuação do acusado e de seu defensor, cujo objetivo seja a procrastinação da instrução, o que pode ser feito nos limites da própria lei.

Por fim, decretar a prisão preventiva de um determinado sujeito, para assegurar a aplicação da lei penal, é cautelar, e, está intrinsecamente ligado ao risco de fuga, não sendo possível assim a aplicação da sentença, tornando-a ineficaz, logo prejudicando o processo. Não pode o juiz presumir essa fuga, isso precisa estar evidente nos autos do processo, devendo existir indícios de há uma pretensão do acusado em eximir-se da aplicação penal. Aury Lopes Jr. (2019, p. 638) propõe que:

Não basta invocar a gravidade do delito ou a situação social favorável do réu. É importante o julgador controlar a “projeção” (mecanismo de defesa do ego) para evitar decisões descoladas da realidade fática e atentar para o que realmente está demonstrado nos autos.

Por tudo quanto exposto neste tópico, resta esclarecido que, para a decretação da prisão preventiva, não basta meros indícios de autoria e materialidade, deve configurar demonstrada uma fumaça densa e, com um alto grau de probabilidade, sendo imprescindível sua cumulação com um dos requisitos que fundamentam tal decretação, ou seja, o *fumus comissi delicti* deve ser cumulado com o *periculum libertatis*, todavia, como já fora dito, não deve ser fruto de

ilações judiciais, mas pautado de uma realidade fatídica, analisado caso a caso, não de forma genérica, mas específica, para que seja atingida a marca suprema do devido processo penal legal, a justiça.

5 CUMPRIMENTO ANTECIPADO DE PENA X PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Sabe-se que nas decisões judiciais, e estas, nada esporádicas, mas sim em incontáveis processos criminais, os magistrados têm utilizado a prisão preventiva como forma de “apenar” antecipadamente os investigados em alguns casos, os acusados em outros, e os condenados, nas demais situações, utilizando-se como fundamentação, as mais variadas justificativas para tal ato, esmagando, por assim dizer, os princípios constitucionais do devido processo legal, e acima de tudo, a presunção de inocência ou não culpabilidade.

5.1 Garantia da ordem pública e suas justificativas não cautelares

Todas estas “justificativas” estão alicerçadas na garantia da ordem pública, porém, com nomenclaturas, das quais, ordem pública se tornou gênero e “clamor público”, “credibilidade da justiça”, “clamor social”, “risco de reiteração de delitos” e etc., são espécies. Nessa perspectiva, (SANGUINÉ, 2003, p. 114) disserta a respeito de algumas justificativas utilizadas em nome da garantia da ordem pública:

Quando se argumenta com razões de exemplaridade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, aplacar o clamor criado pelo delito etc. que evidentemente nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que oficialmente se atribuem à instituição, na realidade, se introduzem elementos estranhos à natureza cautelar e processual que oficialmente se atribuem à instituição, questionáveis tanto desse o ponto de vista jurídico-constitucional como da perspectiva político-criminal. Isso revela que a prisão preventiva cumpre funções reais (preventivas gerais e especiais) de pena antecipada incompatíveis com sua natureza.

Trazendo ainda o histórico da Lei nº 12.403/2011, o Projeto de Lei que a originou, o PL 4.208/2001, havia empregado uma transformação no artigo 312 do Código de Processo Penal. É possível perceber a insatisfação com relação aos fundamentos, garantia da ordem pública e garantia da ordem econômica, através do parecer do Relator, Deputado Ibrahim Abi-Ackel, que em destaque se apresenta:

São enunciados com clareza as hipóteses de aplicação, descumprimento, revogação e substituição das medidas cautelares, fugindo desse modo o projeto das causas indeterminadas, como, no caso da prisão preventiva, a garantia da ordem pública e a

garantia da ordem econômica, substituídas por definições precisas das circunstâncias que a justificam.

Utilizar a prisão preventiva como meio de se fazer justiça é, por demasiado, um grande equívoco, pois, esta, não possui tal natureza jurídica, mas sim, é um meio utilizado em *ultima ratio*, como medida extrema, para garantir o desempenho da própria justiça. Aury Lopes Jr. (2019, p. 647) expõe que:

Fica evidenciado, assim, que as medidas cautelares não se destinam a “fazer justiça”, mas sim garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de conhecimento. Logo, são instrumentos a serviço do instrumento processo; por isso, sua característica básica é a instrumentalidade qualificada ou ao quadrado.

Uma das justificativas (espécies de garantia da ordem pública) mais utilizadas como fundamentação para decretação da prisão preventiva tem sido o “clamor público”, que por sua vez, poderia ser traduzido por “opinião pública, ou melhor, com a opinião “publicada”. A mídia, no processo penal, em todos os níveis, seja em crimes cometidos por políticos, sejam os cometidos por cidadãos comuns, tem exercido um papel de “terceiro-acusador”, uma espécie de assistente da acusação, em que o fato toma proporções agigantadas e influenciadoras para o magistrado decretar a prisão preventiva, sob o argumento de “clamor público”.

Francesco Carnelutti (2013, p. 7) na obra “*Le miserie del Processo Penale*”, traduzida pelo Professor José Antonio Cardinalli em “As Misérias do Processo Penal”, descreve o que significa o dito “clamor público”, tão utilizado pelos magistrados na decretação da preventiva. O Processo Penal virou um grande espetáculo, implicando em quebra de garantias e princípios constitucionais, pois se tem a falsa sensação que a sociedade está clamando por justiça:

O problema é que assistem ao processo do mesmo modo com que deliciam o espetáculo cinematográfico, que, de resto, simula com frequência, assim, o delito como o relativo processo. Assim como a atitude do público voltado aos protagonistas do drama penal é a mesma que tinha, uma vez, a multidão para com os gladiadores que combatiam no circo, e tem ainda, em alguns países do mundo, para a corrida de touros, o processo penal não é, infelizmente, mais que uma escola de incivilização.

Dessa forma, a utilização do clamor público, como justificativa para garantir a ordem pública, tem se valido desse clamor da sociedade, que por sua vez, é resultado da incitação midiática, mas que pouco há de fundamentação jurídica. Quando o magistrado decreta a prisão preventiva de um cidadão, fundamentada na intenção de “calar” o clamor social, atribui-se à prisão preventiva de caráter provisório, uma função, a qual, não está contida na sua natureza jurídica.

Ressalta Aury Lopes Jr (2019, pp. 649-650) sobre o aspecto que passa a tomar, a preventiva, nesses moldes acima aduzidos:

Assume contornos de verdadeira pena antecipada, violando o devido processo legal e a presunção de inocência. (...). As funções de preservação geral e especial e retribuição são exclusivas de uma pena, que supõe um processo judicial válido e uma sentença transitada em julgado. Jamais tais funções podem ser buscadas na via cautelar. (...). É inconstitucional atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarma social, e, por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o Estado, enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo.

Outra justificativa que tem sido empregada na fundamentação, quando da decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública, é o “restabelecimento da credibilidade da justiça”. Assim como o manuseio do “clamor social” para segregar um indivíduo, a utilização da preventiva para trazer credibilidade às instituições judiciárias não passa de uma admissão do Estado que precisa utilizar do autoritarismo, prendendo pessoas, para gerar “fé” na justiça.

Ora, não há que se falar na possibilidade de tonar instituições tão robustas e consolidadas, como as que pertencem ao sistema judiciário, fragilizadas ou desacreditadas se não houver a segregação de um indivíduo que goza da presunção de ser inocente até sentença penal condenatória transitada em julgado, e que, não este, tem o dever de provar sua inocência, mas aquele que o acusa, não podendo assim o Estado aprisionar para que garanta a credibilidade da justiça.

Com isso, resta a indagação entre a relação da “credibilidade da justiça” e a garantia da ordem pública. Outrora burlar o princípio do devido processo legal e a presunção de inocência, tal fundamentação é totalmente contrária ao princípio da legalidade, pois, não há esta possibilidade positivada no artigo 312 do Código de Processo Penal, assim como, não se pode fazer uma interpretação extensiva *in malam parte*, pois rege no sistema jurídico brasileiro o *in dubio pro reu* durante a fase processual.

É o que se constata no voto do Relator, Ministro Rogério Schietti Cruz no Recurso Ordinário em sede do HC 87.385-BA:

A necessidade de fundamentação decorre do fato de que, em se tratando de restringir uma garantia constitucional, é preciso que se conheça dos motivos que a justificam. É nesse contexto que se afirma que a prisão cautelar não pode existir *ex legis*, mas deve resultar de ato motivado do juiz. Assim, não havendo - como *in casu* não há - a indicação de elementos específicos do caso que, concretamente, apontem a necessidade da medida cautelar, não pode subsistir a decisão, por falta de motivação idônea. Essa tem sido a orientação deste Superior Tribunal de Justiça, abominando-se a fundamentação da prisão calcada apenas em proposições genéricas.

Por fim, no que tange às justificativas que englobam as fundamentações como garantia da ordem pública, está o “risco de reiteração delitiva”. Dentre as demais, essa, é a que mais se distancia, não só da prisão cautelar, mas do processo penal como um todo. Está se falando de

uma vidência, de um achismo, ou seja, pré-julgamento de que o acusado voltará a delinquir, caso seja mantido em liberdade, portanto, segregar é a “melhor” alternativa.

Para Aury Lopes Jr (2019, p. 653):

A prisão para garantia da ordem pública sob o argumento de “perigo de reiteração” bem reflete o anseio mítico por um direito penal do futuro, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer. Nem o direito penal, menos ainda o processo, está legitimado à pseudotutela do futuro (que é aberto, indeterminado, imprevisível). Além de inexistir um *periculosômetro* (tomando emprestada a expressão de ZAFFARONI), é um argumento inquisitório, pois irrefutável.

Neste sentido, Francesco Carnelutti (2013, p. 25) ao discorrer sobre a tarefa real do processo penal, em não presumir culpabilidade, mas sim, averiguar a existência de um crime ou não, automaticamente, se há um culpado, declara:

A tarefa do processo penal está no saber se o acusado é inocente ou culpado. Isto quer dizer, antes de tudo, se aconteceu ou não um determinado fato: um homem foi ou não assassinado, uma mulher foi ou não violentada, um documento foi ou não falsificado, uma joia foi ou não foi levada embora?

Por fim, com as lições de Fernando da Costa Tourinho Filho (2007, p. 624), em excelente explanação, define a síntese deste subtópico:

“Ordem pública” é fundamento geralmente invocável, sob diversos pretextos, para se decretar a preventiva, fazendo-se total abstração de que esta é uma coação cautelar e, sem cautelaridade, não se admite à luz da Constituição, prisão provisória. (...) “Comoção social”, “perigosidade do réu”, “crime perverso”, insensibilidade moral”, os espalhafatos da mídia”, reiteradas divulgações da mídia”, “credibilidade da justiça”, “idiosincrasia do Juiz por este ou aquele crime”, tudo, absolutamente tudo, ajusta-se a expressão genérica “ordem pública”.

Fica evidente que, o juiz ao decretar a prisão preventiva baseando-se no risco provável do agente voltar a delinquir, configura-se uma dupla presunção, não de inocência, mas de culpabilidade em duplo grau, primeiramente por presumir que este é culpado antes da sentença penal condenatória transitado em julgado, e depois, uma presunção de criminalidade futura. Tal posicionamento retrata, de fato, um Código Penal e Processual Penal futurista, desconsiderando veementemente as garantias e princípios constitucionais.

5.2 Da presunção antecipada de condenação e a prova de inocência

Deveras o sistema constitucional/penal brasileiro ser misto, inquisitório na fase pré-processual, e, acusatório em toda a fase processual, desde o recebimento da denúncia até o trânsito em julgado nas instâncias superiores, o que se está a ver, é um sistema estritamente inquisitivo, no qual, aquele que goza da presunção de ser inocente, deve ser preso inicialmente, para então, provar sua inocência. Ou seja, um sistema que funciona inverso. Quem acusa, goza

da presunção de veracidade, enquanto se retira a garantia constitucional, das mais importantes para os cidadãos, a liberdade.

O artigo 5º, inciso, LIV, da Constituição Federal afirma que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Isso significa que, deve-se respeitar e observar o processo penal legal, remetendo-se sempre para ideia de que, deve restar claro para o magistrado o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, sendo que estes, não resultam de uma mera presunção, além da necessidade imprescindível de se aplicar a medida extrema. Além do mais, no devido processo legal, o caráter repressivo e preventivo pertence à pena e não à medida cautelar.

Ademais, o artigo 8º, ponto 2, do Pacto de São José da Costa Rica, ao qual, o Brasil é signatário, tendo-o recepcionado com força de Emenda Constitucional, declara categoricamente que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Não deveria, em hipótese alguma, haver prisão, para que se prove a existência ou não de autoria e materialidade, nem tão pouco, pelo risco abstrato do sujeito está em liberdade.

O que resta confuso no ordenamento jurídico penal brasileiro, é a inversão destes valores, que, para além de serem princípios, são dispositivos de lei, ou seja, estão no sistema positivado, impregnados no ordenamento, não cabendo, portanto, violação, nem muito menos, interpretação extensiva *in malan parte*, como já fora mencionado no presente artigo. Todavia, mesmo diante da lei, a *praxi* penal revela que estes preceitos não estão sendo velados. Pelo contrário, o inocente hoje tem o dever de provar sua inocência, enquanto aquele que acusa (o Estado), goza da presunção de veracidade nos fatos narrados na denúncia.

Diante de um processo penal invertido, a prisão preventiva é decretada não em observância dos pressupostos objetivos do artigo 312 do Código de Processo Penal, mas sim, na análise subjetiva de um juiz, que careceria ser a figura da imparcialidade dentro do Processo Penal, mas que diante de um Código ultrapassado, onde se tem ainda o instituto da prevenção, resulta em um juiz inquisitorial, onde o mesmo que decreta a prisão preventiva, ainda na fase inaugural do processo, vai analisar o pedido de revogação da preventiva elaborado pela defesa do acusado, e, também, ao final do ato instrutório, irá julgar, e provavelmente condenar, até para “justificar” suas “razões” motivadoras anteriores.

Da mesma forma, a prisão preventiva quando requerida pelo Ministério Público, que por sua vez, não deveria exercer apenas a função de acusador, mas também, de um órgão fiscal

da lei, e, como fiscal que é, necessitaria observar os ditames legais, a fim de que, uma vez denunciando, demonstrasse por meio de provas legais, dentro do processo penal em andamento, a culpabilidade do acusado.

Por isso mesmo que, no ordenamento jurídico brasileiro, regendo o Processo Penal, no tocante as decisões do juiz, está o princípio da verdade formal, onde não se pode decidir apenas por um clamor “publicado”, ou por probabilidade de reiteração delitiva, e ainda, pela gravidade do delito, quem dera, por um ato subjetivo do magistrado, pelo contrário, necessita que toda decisão seja fundamentada mediante o livre convencimento motivado, mediante o exercício do contraditório. É o que o artigo 155 do Código de Processo Penal alude.

Em continuidade, Fernando da Costa Tourinho Filho (2007, p. 624) declara:

(...) Na maior parte das vezes, é o próprio Juiz ou órgão do Ministério Público que, como verdadeiros “sismógrafos”, mensuram e valoram a conduta criminosa (...), sem nenhum, absolutamente nenhum, elemento de fato, tudo ao sabor de preconceitos e da maior ou menor sensibilidade desses operadores da Justiça. E a prisão preventiva, nesses casos, não passará de uma execução sumária. Decisão dessa natureza é eminentemente bastarda, malferindo a Constituição da República.

À vista disso, tais decisões, ocasiona numa dupla desagregação do princípio da presunção de inocência. A primeira delas, consiste naquele indivíduo que está sendo acusado de um crime, e que recebeu em seu desfavor, a decretação da prisão preventiva sem fundamento no *fumus commissi delicti* e no *periculum libertatis*, apenas nos moldes já citados anteriormente. Sofre, antecipadamente, uma presunção de ser culpado, sem mesmo a ocorrência do devido processo legal.

A segunda forma desagregadora do princípio da não culpabilidade, é a duração desta cautelar, que deixou de ter essa natureza há muito tempo. O acusado fica à mercê do judiciário, que neste momento, já não tem a mesma velocidade que teve para segregar. Então, se tem um verdadeiro cumprimento de sentença antecipado, automaticamente, uma presunção não apenas de culpa, mas, agora, de condenação. Ou seja, presume-se, que ao final do processo, o sujeito, será condenado, então, nada mais “justo” que já cumpra antecipadamente os efeitos da condenação que ainda está por vir.

A Suprema Corte Brasileira, em recente decisão, sobre a segregação após condenação pelo tribunal do júri, mesmo não sendo o tema do presente artigo, mas em seu voto como Relator no HC 174.759/CE, o Ministro Celso de Mello faz menção a legitimação necessária da decretação da prisão preventiva, vislumbrando sempre à necessidade do julgador observar a

presunção de inocência, devendo esta ser tomada como medida excepcional, mediante os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal:

É importante enfatizar, como anteriormente assinalado, que a execução provisória de condenação penal não se confunde nem se identifica com a prisão cautelar fundada em sentença condenatória recorrível, notadamente porque esta, para ser legitimamente decretada, exige que o respectivo ato que a ordena tenha suporte em qualquer dos fundamentos a que alude o art. 312 do CPP, a significar que se impõe ao órgão judiciário competente adequada fundamentação, apoiada em fatos concretos que, ajustando-se aos elementos delineados no referido art. 312 do CPP, justifiquem a adoção da medida extraordinária da privação cautelar da liberdade do réu.

É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em sede do HC 408.794/SP, pelo Relator Ministro Felix Fischer, diante do não cabimento da prisão preventiva após condenação na primeira instância, sendo passível de revogação, por ferir o princípio constitucional da presunção de inocência, ainda mais que, no caso em tela, o réu permaneceu em liberdade durante a instrução, como é possível observar no julgado abaixo:

PROCESSUAL PENAL. 'HABEAS CORPUS' SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. REGIME FECHADO. DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. NEGADO O APELO EM LIBERDADE. RÉU QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. FLAGRANTE ILEGALIDADE CONFIGURADA. 'HABEAS CORPUS' NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

III - No caso, a manutenção da prisão preventiva ao paciente não apresenta devida fundamentação, uma vez que a simples invocação da gravidade genérica do delito não se revela suficiente para autorizar a segregação cautelar com fundamento na garantia da ordem pública. Principalmente, quando o réu respondeu ao processo criminal em liberdade (**Precedentes**).

(...)

(STJ - HABEAS CORPUS Nº 408.794 - SP (2017/0176411-0) – RELATOR MINISTRO FELIX FISCHER – DATA DO JULGAMENTO 19/07/2017)

Coadunando com a mesma perspectiva de que o princípio da presunção de inocência deva resistir, mesmo diante de condenação em primeira instância, o Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, no julgamento do HC 431.817/RJ votou da seguinte forma:

HABEAS CORPUS'. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. 'PERICULUM LIBERTATIS'. FUNDAMENTAÇÃO INEXISTENTE. SUPERAÇÃO DA SÚMULA N. 691 DO STF. ORDEM CONCEDIDA.

(...)

2. Para ser compatível com o Estado Democrático de Direito – o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade quanto a segurança e a paz públicas – e com a presunção de não culpabilidade, é necessário que a decretação e a manutenção da prisão cautelar se revistam de caráter excepcional e provisório. A par disso, a decisão judicial deve ser suficientemente motivada, mediante análise da concreta necessidade

da cautela, nos termos do art. 282, I e II, c/c o art. 312, ambos do Código de Processo Penal. (*grifo nosso*)

(...)

(STJ - HABEAS CORPUS Nº 431.817 – RJ (2017/0335890-6) – RELATOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ – DATA DO JULGAMENTO 24/04/2018)

Portanto, como se vê, a presunção consagrada no ordenamento jurídico brasileiro, garantida constitucionalmente, é a de inocência ou não culpabilidade, e não, de condenação. Ainda que condenado em primeira instância, esta presunção deverá ser respeitada, não sendo fundamento para violação do bem jurídico tão tutelado quanto a vida, a liberdade. A prisão sempre será a *ultima ratio*, medida extrema, excepcional e provisória no processo penal legal.

5.3 Do advento da Lei nº 13.964/2019 e a proibição expressa da pena antecipada

Muito se esperava que, com a introdução do Pacote Anticrime, como assim ficou reconhecida a Lei nº 13.964 de 2019, a prisão preventiva recebesse um tratamento mais sensível no tocante a delicadeza com que sempre foi tratado o tema, especificamente no que tange à sua utilização em demasia pelo judiciário, como “remédio” imediato para os crimes apurados, ainda que em fase investigativa, e foi. É notável tal preocupação, quando se infere na inserção do parágrafo 2º, do artigo 313, do Código de Processo Penal:

Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.

Observa-se que o texto legal enfatiza e destaca que a prisão na poderá, jamais, ser utilizada como primeira razão, e mais, de forma pré-matura, ou seja, em hipótese alguma, esta, deverá ser manejada como antecipação de pena, como se condenado já fosse considerado o acusado, que, sequer fora investigado, quiçá participado de um processo penal legal.

É verdade que os problemas no sistema penitenciários são os mais diversos, porém, se existe uma grande parcela de culpa, esta, consiste nas prisões preventivas decretadas totalmente dissonantes com o artigo supramencionado. Ora, o Legislador Penal percebeu a falha no judiciário brasileiro e criou um artigo de lei na tentativa de restringir o número de decretos prisionais provisórios.

Os artigos 315 e seguintes, do Código de Processo Penal são frutos do temor de tais medidas drásticas. Mas, no artigo 316, do supramencionado Código, resta consignado o anseio

do legislador para que não se apropriem da prisão preventiva para antecipar uma pena que ainda não fora decretada. Como se vê:

Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

O estabelecimento de um prazo legal para que, aquele que decretou a prisão preventiva, possa revisá-la, é, de perto, a mais das acertadas exigências escritas nesta Lei. Porém, ná é o que se vê nas decisões que, de maneira reiterada, afirmam não existir nenhum fato novo que faça com que se revogue tal decreto prisional, portanto, a prisão deve ser mantida. Este é um tema que, talvez, nunca se esgotará, devido tamanha sensibilidade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal do Brasil, que está no topo da pirâmide hierárquica do ordenamento jurídico, consagrou a prisão como medida excepcionalíssima, autorizando-a apenas em casos de flagrante delito e transgressão militar, ou crime propriamente militar, por demais, deverá ser por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente, ou seja, a *ultima ratio* do sistema.

Consequentemente, o Código de Processo Penal, especificamente, posterior a Lei nº 12.403/2011, estabeleceu o instituto das medidas cautelares diversa de prisão, restando cristalino que o legislador imprimiu um caráter consoante à Constituição Federal. Inclusive, o artigo 282, parágrafo 6º, da Lei Processual Penal atenta para a utilização da prisão preventiva somente quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.

Quando observados os critérios objetivos e subjetivos, autorizadores da decretação da prisão, esta, necessitará ter um caráter provisório, excepcional, proporcional e contemporânea. Provisório, por ser uma prisão processual, e não definitiva. O acusado não pode suportar longos dias, meses, anos, dentro de um sistema carcerário falido enquanto ainda não houve uma sentença condenatória transitada em julgado. De igual modo, não deverá ser a primeira deliberação do juiz ou tribunal, utilizar-se da prisão preventiva como “resposta” de um clamor que está eclodindo na sociedade, na mídia ou até mesmo na cognição do magistrado, pois esta é uma postura excepcional no processo penal.

Ademais, a prisão cautelar sempre deverá ser proporcional, seja ao fato, ao tipo criminal e a possível pena em abstrato que será aplicada, caso seja o acusado, condenado. Por ser uma

medida drástica, deverá haver uma necessidade maior de observância da proporcionalidade na aplicação da medida extrema. E, incorporada em todo esse contexto principiológico, o ato que decretar a prisão preventiva, necessitará ser contemporânea ao fato, sob pena de ser uma decisão passível de revogação.

Diante desse entendimento, é totalmente salutar e residual que, o juiz, no caso concreto, tenha o mínimo diante dele de juízo probatório. Como fora mencionado no decorrer do presente artigo, não há possibilidade de certeza, pois não fora ainda exarado todo conteúdo de prova, por isso, fala-se em juízo de probabilidade. Portanto, deve haver prova da existência de um crime e indícios suficientes de autoria, que por sua vez, restará a segunda análise, o propósito pela qual será decretada a prisão, pois esta, tem que restar comprovada a necessidade de garantir a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução penal e a aplicação da lei penal.

Ante o exposto, se observa como o parágrafo 6º, do artigo 282, do Código de Processo Penal é enfático em aludir que, a prisão preventiva só será decretada, se não for cabível outras medidas cautelares, previstas no artigo 319, da mesma Lei Processual. Ora, se a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica, apontam para o mesmo fundamento e princípio, que todos gozam da presunção de serem inocentes até a sentença penal condenatória transitada em julgado, por que então segregar alguém, expor ao opróbrio dos calabouços atuais, se não se tem ainda um juízo de certeza, e mais, se existem outras medidas a serem tomadas, diferentes de prisão.

Por conseguinte, viola-se a presunção de inocência, e impõe-se uma presunção de condenação antecipada, ou seja, primeiro priva o acusado de sua liberdade, para depois, o mesmo, que goza de presumir-se ser inocente, prove que o é, lutando em disparidade de armas contra o Estado Punitivo que, legalmente deve provar com todo arcabouço constante no instituto das provas, a acusação que faz. Isso significa, papeis e valores invertidos, totalmente dissonantes com o ordenamento jurídico penal.

Portanto, faz-se necessário que seja realizada uma verdadeira e radical mudança no sentido em que está indo o Processo Penal Brasileiro. O país está com um contingente imenso de presos, e na maior parte deles, provisórios, convivendo juntos, condenados com provisórios, descumprindo a Lei, degradando e rasgando a Constituição, pois é no princípio da dignidade da pessoa humana que está fundamentada a Carta Magna, tudo isso, fruto de decretações desenfreadas de prisão preventiva, que poderia ter outro tipo de medida a ser tomada.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**: São Paulo: Martin Claret, 2017.
- BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. Poder Executivo. **Projeto de Lei 4208/2001**. Transformado na Lei Ordinária 12403/2011 que altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão, medidas cautelares e liberdade, e dá outras providências. Disponível em:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=677918&filename=PRL+4+CSPCCO+%3D%3E+PL+4208/2001. Acesso em 22 out 2019. Texto Original.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 1ª ed. Campinas: Russel, 2013.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- CAPEZ, Rodrigo. **Prisão e medidas cautelares diversas**. São Paulo: Quartier Latin, 2017.
- CIRILO DE VARGAS, José. **Processo Penal e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte. Del Rey, 1992.
- GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 9ª ed. Niterói: Impetus, 2015.
- LOPES, Jr. Aury. **Direito Processual Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- SANGUINÉ, Odone. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva**. Porto Alegre: Revista de Estudos Criminais, nº 10, 2003.
- SOUZA DE OLIVEIRA, Fábio Corrêa. **Por uma Teoria dos Princípios – o princípio constitucional da razoabilidade**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2003.
- STF. HABEAS CORPUS. HC: 174749 CE 2019. Relator: Ministro Celso de Mello. DJE: 24/09/2019. STF, 2019. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5756267>. Acesso em: 12 out. 2019.
- STJ. HABEAS CORPUS. HC 408794 SP 2017 0176411-0. Relator: Ministro Félix Fischer. DJ: 26/09/2017. STJ, 2017. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201701764110&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 12 out. 2019.

_____. HC: 492659 PR 2019/0038084 – Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro (1182) – DJ 21/05/2019. STJ, 2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 09 nov. 2019.

_____. HC: 431817 RJ 2017/0335890-6. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. DJ: 11/05/2018. STJ, 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201703358906&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 12 out. 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12ª ed. Salvador: Podivm, 2017.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Processo Penal**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 3.

_____. **Processo Penal**. 32ª ed. rev e atual, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2010.