



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

HEITOR MOREIRA DE QUEIROGA

**AS NUANCES DA PRISÃO CAUTELAR FRENTE AO PRINCÍPIO DA  
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

SOUSA – PB

2018

HEITOR MOREIRA DE QUEIROGA

**AS NUANCES DA PRISÃO CAUTELAR FRENTE AO PRINCÍPIO DA  
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Especialização em Direito Penal e Processo Penal do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande como requisito parcial para obtenção de título de Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup>. Jacyara Farias Souza Marques

SOUSA – PB

2018

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA NA FONTE  
Biblioteca Setorial de Sousa UFCG/CCJS  
Bibliotecária – Documentalista: MARLY FELIX DA SILVA – CRB 15/855

Q3n            Queiroga, Heitor Moreira de.  
                  As nuances da prisão cautelar frente ao princípio da  
                  presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro. /  
                  Heitor Moreira de Queiroga. - Sousa: [s.n], 2018.

                  75 fl.

                  Monografia (Especialização em Direito Penal e Processo  
                  Penal) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais - CCJS/UFCG,  
                  2018.

                  Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Jacyara Farias Souza Marques.

                  1. Prisão cautelar. 2. Princípio constitucional. 3. Ordenamento  
                  jurídico. 4. Estado democrático de direito. 5. Técnica de  
                  ponderação. Título.

HEITOR MOREIRA DE QUEIROGA

**AS NUANCES DA PRISÃO CAUTELAR FRENTE AO PRINCÍPIO DA  
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Aprovado em: 09 de Outubro de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Jacyara Farias Souza – UFCG  
Professora Orientadora

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Jônica Marques Coura Aragão  
Professora Examinadora

---

Prof. Dr. Allison Haley dos Santos  
Professor Examinador

Talvez não tenha conseguido fazer o melhor, mas lutei para que o melhor fosse feito. Não sou o que deveria ser, mas Graças a Deus, não sou o que era antes.

(Marthin Luther King)

## AGRADECIMENTOS

A Deus, primeiramente, por ter me concedido o dom da inteligência e da perseverança, para que, ainda que enfrentasse momentos difíceis, continuasse na luta para nunca desistir.

A minha mãe, Maria do Socorro Nóbrega Moreira, que me guiou sempre no caminho do bem e que esteve ao meu lado sempre.

A meu pai, Francisco Moreira de Queiroga Sobrinho (*in memoriam*), que, apesar de não estar aqui para fazer parte desse momento, me enche de bênçãos.

As minhas irmãs, Solange Moreira de Queiroga e Suely Moreira de Queiroga, que sempre torceram por mim e por minha vitória.

Aos meus amigos de modo geral, que direcionavam sempre palavras de incentivo e motivação.

A minha orientadora, Jacyara Farias de Souza, por me acompanhar nessa etapa de conclusão e me dá todo o apoio necessário.

A todos, que de forma direta ou indireta, contribuíram comigo por todo esse tempo. Meu humilde e sincero obrigado.

Dedico à minha família que sempre me apoiou. De modo especial a minha mãe que sempre esteve ao meu lado me incentivando e motivando para nunca desistir. Ao eu pai (*in memoriam*) que lá de cima torce por mim todos os dias. As minhas irmãs por trazerem aos meus dias mais sabedoria e paz. E a minha sobrinha que sempre me alegra e me dá forças quando penso que não sou capaz.

## RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo geral tratar da correlação da prisão cautelar frente ao princípio constitucional da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro, no que tange a aplicação de um em detrimento do outro, isto é, solucionando o problema de se determinar qual irá se sobrepor ao outro dentro da situação concreta, uma vez que hora será o princípio da presunção de inocência, ora será a prisão cautelar. O método de abordagem utilizado será o hipotético-dedutivo, analisando a origem e evolução de tal instituto dentro das situações concretas e de que forma tais decisões tomadas possam ser as mais justas possíveis. Dessa forma, será demonstrado através do método de procedimento histórico-evolutivo que para tanto deverá ser aplicado o princípio da proporcionalidade com o auxílio da técnica da ponderação de valores constitucionais, conforme algumas pesquisas bibliográficas e jurisprudências apontam. A argumentação jurídica utilizada pelo julgador será a validadora das decisões tomadas com base no *fumus commissi delicti* e no *periculum libertatis*, como se analisará através da técnica de pesquisa bibliográfica. Ainda será abordado como o princípio da presunção de inocência ganhou essa importância dentro do ordenamento jurídico pátrio no processo histórico que se iniciou com a Revolução Francesa e se consolidou com a decretação do Estado Democrático de Direito. Em seguida, conceituar-se-á o que vem a ser prisão junto a um breve histórico de seu surgimento, tratando após quais as espécies de prisões cautelares previstas no Código de Processo Penal bem como algumas alterações que estas sofreram no decorrer do tempo. Por fim, será mostrado como solucionar os possíveis conflitos entre o princípio constitucional e o dispositivo penal e alguns posicionamentos do Judiciário a respeito desse tema, na tentativa de esclarecer como se deve proceder nesses casos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Encarceramento Provisório. Dignidade da Pessoa Humana. Técnica da Ponderação.

## ABSTRACT

The present research has as general objective to deal with the correlation of the precautionary prison with respect to the constitutional principle of the presumption of innocence in the Brazilian legal order, regarding the application of one to the detriment of the other, that is, solving the problem of determining what will happen to overlap the other within the concrete situation, since time will be the principle of presumption of innocence, now it will be the precautionary prison. The method of approach used will be hypothetic-deductive, analyzing the origin and evolution of such institute within the concrete situations and in what form such decisions taken can be the most just possible. In this way, it will be demonstrated through the method of historical-evolutionary procedure that the principle of proportionality must be applied with the aid of the technique of weighing constitutional values, as some bibliographical research and jurisprudence point out. The legal argument used by the judge will be the validator of the decisions taken on the basis of the *fumus commissi delicti* and *periculum libertatis*, as will be analyzed through the technique of bibliographic research. It will still be approached as the principle of presumption of innocence gained this importance within the legal order of the country in the historical process that began with the French Revolution and was consolidated with the decree of the Democratic State of Law. Then, what will become prison will be conceptualized along with a brief history of its emergence, dealing with what the types of precautionary prisons provided for in the Code of Criminal Procedure as well as some changes that have suffered over time. Finally, it will be shown how to resolve possible conflicts between the constitutional principle and the penal system and some Judicial positions on this issue, in an attempt to clarify how to proceed in such cases.

**KEY WORDS:** Interim incarceration. Dignity of human person. Weighting Technique.

## LISTA DE SIGLAS

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade  
Art. – Artigo  
CF/88 – Constituição Federal de 1988  
CP – Código Penal  
CPP – Código de Processo Penal  
FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço  
LEP – Lei de Execuções Penais  
MP – Ministério Público  
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil  
STF – Supremo Tribunal Federal  
STJ – Superior Tribunal de Justiça  
TJ-MG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais  
TJ-MT – Tribunal de Justiça de Mato Grosso  
TJ-PA – Tribunal de Justiça do Pará  
TJ-PE – Tribunal de Justiça de Pernambuco

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: DIREITO FUNDAMENTAL PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988</b> .....	<b>13</b>
2.1 PRINCIPAIS NUANCES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	13
2.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ESBOÇO CONSTITUCIONAL .....	15
2.3 POSSIBILIDADE DE COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ..	19
2.4 RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DIANTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS	20
2.5 DESDOBRAMENTOS LEGAIS DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA .....	22
<b>3 A PRISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	<b>27</b>
3.1 ASPECTOS CARACTERIZADORES DA PRISÃO .....	27
3.2 NUANCES CONSTITUCIONAIS SOBRE A PRISÃO .....	28
3.3 OS TIPOS DE PRISÃO PREVISTA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	31
3.4 O INSTITUTO DA PRISÃO CAUTELAR.....	33
3.5 AS ESPÉCIES DE PRISÃO CAUTELAR .....	37
3.5.1 A Prisão Preventiva .....	37
3.5.2 A Prisão em Flagrante .....	42
3.5.3 A Prisão Temporária .....	45
3.5.4 A Prisão Imposta em Sentença Condenatória Recorrível.....	48
3.5.5 A Prisão Imposta em Decisão de Pronúncia.....	53
<b>4 A COLISÃO ENTRE O INSTITUTO DA PRISÃO CAUTELAR E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA</b> .....	<b>56</b>
4.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA <i>VERSUS</i> A PRISÃO CAUTELAR.....	56
4.2 AS INOVAÇÕES DA LEI Nº 12.403/2011 .....	60
4.3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM FACE DA REGRA DA PONDERAÇÃO DE VALORES .....	61
4.4 OS ENTENDIMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) .....	65
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>70</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>72</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A consagração de um Estado Democrático de Direito passa essencialmente pela efetivação dos instrumentos que garantem os direitos fundamentais, nessa pesquisa, em especial, o direito da presunção de inocência.

Sendo assim, é possível afirmar que, sem qualquer limitação, o sistema processual penal vigente no Estado Democrático de Direito brasileiro é necessariamente garantista, como se percebe pela leitura dos incisos LIV e LVII, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Uma vez que seja relevante o respeito aos direitos fundamentais, a leitura crua do texto constitucional, ignorando em parte outras garantias, a exemplo da segurança pública e do bem-estar social, vem fazendo com que a sociedade de maneira geral se sinta refém em face dos criminosos, ou seja, desprestigiando de forma significativa as instituições que garantem, em especial, a segurança do cidadão.

Diante de tal cenário, discutir-se-á a aplicação das prisões cautelares, bem como sua validade frente ao sistema garantista e a necessidade de sua utilização como meio eficaz de defesa do corpo social, uma vez que, tratando de casos concretos, se perceberá a dificuldade de se aplicar tal instituto e se, aplicado for à situação concreta, estará ou não violando a dignidade da pessoa humana. Todas as medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal (CPP) precedem os atos necessários ao processo em sua plenitude e atingem diretamente a liberdade do indivíduo, seu bem de maior valor.

Nesse sentido, depreende-se que o Processo Penal é a disciplina que tem como objeto de estudo os procedimentos que o Estado acha necessários ao exercício de seu poder persecutório penal. Isto é, a sanção criminal apenas será aplicada quando tais procedimentos previstos no Ordenamento Jurídico forem respeitados.

Ainda importante lembrar que regras processuais, oportunamente mencionadas, são delimitados desde o princípio da investigação criminal. Vale dizer então, que no Direito Penal Brasileiro, a liberdade é a regra.

Diante de tal contexto, a pessoa acusada apenas será presa depois do trânsito em julgado de sentença penal que a condenou. Entretanto, é sabido que há situações que autorizam o recolhimento de autores de infração penal, antes de sua efetiva condenação. Essas situações específicas, que derivam de regras processuais, tem o intuito de amparar a própria persecução penal em seu trâmite regular.

Exige-se, à luz da situação fática, que a prisão cautelar se descortine como forma de assegurar o império da lei penal, da garantia da ordem pública, da ordem econômica ou por conveniência da instrução criminal, de outro modo poder-se-ia afirmar que seu caráter é, por vezes, inconstitucional, existindo ainda a previsão legal de indenizar o indivíduo que, preso cautelarmente, seja declarado inocente no final.

Esta possibilidade por si só poderia retirar a inconstitucionalidade das medidas cautelares, contudo a situação não deve ser analisada somente sob o aspecto legal, mas também sob o aspecto prático e social, já que não existe um posicionamento unânime nem doutrinário nem jurisprudencial, adequando-se à situação concreta.

Nesse lume, a presente pesquisa tem como objetivo geral analisar o princípio da presunção de inocência, e as prisões cautelares, tratando da possível colisão que possa vir a existir dentro situações concretas entre esses dois institutos e de que forma poderia ser resolvido essa problemática.

Para tanto, será feita uma análise das principais modificações sofridas pelas medidas cautelares após 2011, incluindo as medidas alternativas ao recolhimento ao cárcere, e seus reflexos nos demais institutos e diplomas legais, uma vez que tal assunto é de suma importância para futuros estudos e pesquisas nessa área.

Será analisado também os pressupostos processuais que se fazem necessários para a aplicabilidade de cada medida cautelar existente, frente à doutrina majoritária e a jurisprudência nacional. Sabendo que tal temática já foi (e ainda é) objeto de discussão especialmente com o surgimento da Lei nº 12.403/2011, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares.

Pretende-se discutir, ainda, no presente trabalho se as medidas cautelares do processo penal são ou não constitucionais, abordando o tema sob a ótica constitucional da dignidade da pessoa humana, onde se estabelece que todos devem receber tratamento digno e compatível com sua condição de sujeito de direitos, todos expressamente dispostos pela Constituição Federal de 1988.

Sendo assim, conforme restará demonstrado, a problemática da vinculação dos particulares se coloca, em princípio, para boa parte dos direitos fundamentais em espécie, consoante a utilização do método de abordagem hipotético-dedutivo, suscitando questionamentos específicos, em que pese a utilização de pesquisa bibliográfica e análise de jurisprudências a respeito do tema em questão, para melhor esclarecimento e para uma possível solução para as relações privadas onde determinados direitos fundamentais tenham sido postos em julgamento.

## **2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: DIREITO FUNDAMENTAL PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

De início, cabe ressaltar que a presunção de inocência como princípio constitucional, importando entender que os direitos fundamentais como se conhece nos dias atuais surgiram dentro das Constituições que sofreram influência, a priori, da Revolução Francesa de 1789. E foi a partir desse marco histórico que, com o passar do tempo, se firmaram nas constituições atuais com o aparecimento do movimento do Estado Social, que se preocupava com a aplicabilidade dos direitos relacionados à dignidade da pessoa humana.

Nesse lume, é que tais direitos foram se incorporando à CF/88, sofrendo influência a cada nova constituição que ia sendo promulgada, até finalmente se consolidar na CF/88. E dentre as garantias direcionadas à dignidade da pessoa humana está o princípio da presunção de inocência que é fundamental diante do ordenamento jurídico penal e processual penal.

Por seu turno, a aplicabilidade e eficácia de tal princípio fundamental entra por vezes em confronto com o dispositivo da prisão cautelar que está disciplinada pelo Código de Processo Penal, sendo necessário para resolução desse impasse a utilização da técnica da ponderação com o auxílio do dispositivo da proporcionalidade, de modo que cada situação *in concreto* deve ser analisada para que a decisão a ser tomada sobre a aplicação da prisão cautelar seja sempre a mais justa possível.

### **2.1 PRINCIPAIS NUANCES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A oposição que passou a existir entre a burguesia e o absolutismo monárquico culminou, em 1789, com a Revolução Francesa, que se inspirava nos ideais de fraternidade, liberdade e igualdade, consagrando, desta forma, o ideário de que toda sociedade que não tenham assegurados os direitos fundamentais e a separação de poderes não é detentora, pois, de uma Constituição, conforme preleciona o art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

A partir daquele momento histórico, o padrão estatal estava simplificado e determinado na necessidade de se irromper com o Antigo Regime e, sendo assim, a liberdade passava a constituir o novo rumo na consecução do Estado.

A respeito do surgimento dos direitos fundamentais, Moraes (1999, p. 178) acrescenta que:

[...] surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosóficos-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural.

Sendo assim, depreende-se que a teoria dos direitos fundamentais, como se conhece atualmente, é o resultado de uma lenta e profunda transformação das instituições políticas e das concepções jurídicas, sendo fortemente influenciada por institutos consagrados na Carta Maior.

Os embates travados contra o absolutismo dos soberanos, a afirmação de direitos naturais inerentes ao homem, e, ainda como assevera Cavalcanti (1964, p. 194): “a agitação política em torno das ideias de Locke, Rousseau, os enciclopedistas, os liberais que conquistaram a independência americana”. Tudo isso estabeleceu os elementos essenciais ao desenvolvimento do ideário concretizado na Declaração de Virgínia de 1777 e na Declaração de Direitos do Homem, proclamadas pela Revolução Francesa.

Nesse cenário, superado o momento de afastamento que existia entre o Estado e as relações privadas, a sociedade percebeu que a lei, sempre de natureza geral e abstrata, não tinha capacidade de assegurar a liberdade e a igualdade, visto que esta (a lei) se vinculava diretamente aos ideais burgueses de igualdade classista. Desta forma, é diante desta percepção e da ausência do Estado que a sociedade procura, então, a intervenção estatal, afim de limitar os abusos que vieram juntos com o surgimento do capitalismo.

É então que se dá início o movimento social, passando a estabelecer o ideal de que o Estado deve atuar positivamente para o conseguimento dos direitos fundamentais, ou seja, deve o Estado proporcionar condições básicas para uma vida digna à sociedade, consagrando o Estado Social, ao passo que busca o desenvolvimento econômico-social.

Com efeito, é possível perceber a influência que os movimentos na Europa tiveram nos textos constitucionais do Brasil, refletindo os novos ideais sociais. Diante dessa conjuntura, deduz-se que, no Brasil, foi após duas décadas de regime de exceção e da limitação aos direitos individuais, que a atual Constituição Brasileira,

inspirada pelos ideais democráticos, consagrou os direitos fundamentais, impondo o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento primordial da República Federativa do Brasil, circunstâncias que se preponderaram para a efetiva constitucionalização do direito e a consolidação da democracia no Estado Democrático de Direito.

## 2.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ESBOÇO CONSTITUCIONAL

Diante do contexto no qual surgiram os direitos fundamentais, conforme oportunamente discorrido, Bechara (2005, p. 17) ainda afirma que “[...] a expressão maior da força normativa da nossa Carta Magna reside nas normas que dispõem sobre direitos fundamentais”.

Partindo para uma perspectiva de caráter histórico, tem-se que uma o nascimento da primeira dimensão acerca dos direitos humanos foi provocada pelo pensamento individualista. Isso porque, segundo Bechara (2005, p. 17) “[...] o individualismo concebe a liberdade como a faculdade de autodeterminação de todo ser humano”, e desta forma a visão de é tida não mais como apenas um planeta de um universo infinito, mas também, ainda determina Bechara (2005, p. 17) como um contíguo “de individualidades isoladas que constituem a base da realidade”.

Diante desse contexto, pode-se afirmar que o primário direito individual que surgiu nesse processo foi o da liberdade religiosa, nascendo com a quebra da integração religiosa. Ainda nesse sentido, nota-se a origem do ideário do Direito Natural, que expõe a teoria do contrato social como forma de explicação da origem do Estado, da sociedade e do Direito. Nas palavras de Bechara (2005, p. 18):

Há uma relação direta entre a teoria política de Locke e os princípios que inspiraram a tutela dos direitos fundamentais do homem no constitucionalismo. A passagem do Estado Absolutista para o Estado de Direito transita pela preocupação do individualismo em estabelecer limites ao abuso de poder do todo em relação ao indivíduo, daí porque o surgimento da divisão dos poderes na lição de Montesquieu. A grande novidade foi a ideia de que os homens podem organizar o Estado e a sociedade de acordo com a sua vontade e a sua razão, pondo de lado a tradição e os costumes. O contrato social deixou de estar relegado à origem hipotética do Estado e passou a ser parte integrante de sua história através do poder constituinte originário. O titular desse poder é a Nação, que elabora a Constituição. O jusnaturalismo inspirou o constitucionalismo, e os direitos do homem eram visto como direitos inatos e tidos como verdade evidente, a compêlir a mente. A proclamação dos direitos do homem surge quando a fonte da lei passa a ser o homem e não mais o comando de Deus ou os costumes.

É nessa perspectiva que se começa o processo que vem para alterar a gama dos direitos humanos que até então existiam nas Constituições por todo mundo e nas demais normas de caráter internacional. Foi com o fim da Segunda Guerra Mundial que ficou estabelecido que alguns princípios eram necessariamente importantes ao desenvolvimento humano. Entendeu-se, nesse sentido, que o homem ocupava o centro do ordenamento jurídico, e, portanto, protegido e apoiado pelo Estado deveria ser. Como aduz Bechara (2005, p. 19): “Este, por sua vez, deveria ter sua atuação legalmente limitada, uma vez que se encontra a serviço da sociedade e, especificamente, do homem enquanto sujeito de direitos”.

Dessa forma, passar a existir a ideia de democracia, e, por consequência, a ideia do Estado Democrático de Direito, que tinha por base uma sociedade que protege a liberdade, a dignidade e os direitos humanos, que a partir daquele momento se viram inseridos dentro dos princípios gerais do direito, segundo expõe Bechara (2005, pp. 20-21): “A tutela dos direitos do homem apresenta-se como uma conquista histórica, e, ao mesmo tempo, revela a filosofia de um regime político, o seu espírito e objetivos”.

Ainda nesse contexto, é possível dizer que os “direitos humanos” possuem as mais diversas nomenclaturas, podendo-se citar, nas palavras de Sarlet (2005, p. 33):

[...] direitos individuais, direitos fundamentais, garantias de liberdade, direitos participativos, direitos personalíssimos, direitos do homem, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas, liberdades fundamentais, direitos humanos fundamentais.

Nessa mesma linha de raciocínio, ao se tratar desses termos que tentam determinar os direitos basilares dos homens, Sampaio (2004, pp. 7-22) ainda destaca em um capítulo intitulado “Eterno Problema de Nomes” dessa problemática. Segundo esse mesmo autor, a presença de tantas terminologias se dá pelo processo legal, histórico e cultural ao qual se submete cada país no momento da escolha. Como afirma ainda, por exemplo, (pp. 9-10): “Na França, por exemplo, adota-se ora o termo ‘direitos fundamentais’, ora direitos individuais, e ainda, abrangendo um rol mais limitado de direitos, a expressão liberdades públicas”.

Sendo assim, é possível perceber que no Brasil, a CF/88 optou por essa diversidade terminológica, quando se utiliza das mais diversas expressões para se designar os direitos fundamentais. Desse modo, percebe Sarlet (2005, pp. 33-34):

[...] há referências a direitos humanos (art. 4º, II); a direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II e art. 5º, § 1º); a direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI); a direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV), dentre outros.

Contudo, importa salientar que, ainda que os termos direitos fundamentais e direitos humanos sejam muitas vezes usados como sinônimos, existem diversos doutrinadores que preferem diferenciá-los da seguinte forma: os direitos fundamentais se destinam aos direitos estabelecidos e consolidados no âmbito do direito de cada país dentro do constitucionalismo positivado; por seu turno, a terminologia direitos humanos ficaria mais restrita ao direito internacional, em que, de acordo com Sarlet (2005, pp. 35-36), “se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos”.

Diante disso, é possível asseverar que os direitos fundamentais estão relacionados com os direitos humanos constitucionalizados, isto é, pela positivação de tais valores e, é claro, pelos princípios que são intrínsecos ao ser humano, englobando, assim, a raça humana como um todo. Citando os ensinamentos de Ibáñez, Bechara (2005, p. 21) entende que “constitui o núcleo do constitucionalismo atual, aberto à diversidade cultural, e que acaba por configurar como elemento enriquecedor nos atuais tratados internacionais de direitos”.

Sendo assim, assevera Bechara (2005, p. 22) a importância da universalidade dos direitos humanos, ao dizer que: “é própria dos direitos fundamentais a característica de serem universais, de não se restringirem a determinados credos, raças, religiões ou ideologias: para ser titular dos mesmos a única condição é ser sujeito de direitos”.

Nesse mesmo pensamento, ensina Sampaio (2004, p. 27) que:

[...] as mesmas características atribuídas outrora pelos jusnaturalistas aos direitos naturais, quais sejam, universais, inatos, originários, inalienáveis e pré-estatais, ainda hoje são atribuídas, por muitos autores, aos direitos fundamentais.

Bechara (2005, p. 30) ainda destaca que:

[...] uma vez que a justiça se constitui o fundamento dos direitos humanos, fez-se necessária sua inserção no ordenamento jurídico, por meio de sua positivação, objetivando a produção de efeitos jurídicos. A positivação dos direitos humanos não se faz necessariamente pela simples inserção no texto de forma expressa, mas sim pela infiltração no seio social, condicionando os comportamentos e instruindo as mais variadas atividades.

É importante perceber, então, que os direitos fundamentais por vezes vêm expressos explicitamente na Carta Magna bem como implicitamente, através de princípios amplos, específicos ou gerais. No entendimento de Bechara (2005, pp. 30-31) “o que é comum a todos eles, é o entendimento de que a pessoa humana é o bem jurídico maior a ser preservado”.

Todavia, é preciso ressaltar que os direitos fundamentais uma vez positivados de nada valem se não houver por parte do Estado-Juiz a devida valoração e a importância no que tange a sua aplicação efetiva diante dos casos concretos. Isso é o que observa Luiz Flávio Gomes (1994, p. 102), quando escreve que “de nada valem os textos constitucionais e internacionais, com toda carga liberal e humanitária que ostentam, se não se incorporarem na praxe judicial”. E continua Gomes (1993, p. 93):

O exercício dos direitos fundamentais tem como pressuposto básico o império do ordenamento jurídico. Em um Estado Democrático de Direito, como o nosso, todos devem estar submetidos a este ordenamento, principalmente o Estado, porém quem pode assegurá-lo em sua plenitude só pode ser o Poder Judiciário, por meio da tutela judicial efetiva.

Diante de tal contexto, a sociedade pós-moderna aspira que o juiz dessa era tecnológica atue distintamente daquele papel desempenhado pelo, como destaca Gomes (1994, p. 103), “juiz napoleônico, legalista e positivista, autômato”. Tal necessidade se deve ao porque, na maioria das vezes, existe a não incidência do direito positivado direcionado aos anseios da sociedade, consistindo puramente numa vontade política. Como afirma Gomes (1994, p. 103) “o juiz, por isso, tem que ter consciência de que é um instrumento do poder e saber que papel está cumprindo”.

Dessa forma, é necessário que o magistrado esteja consciente e atento a respeito de seu papel equilibrado, equitativo, democrático e ético, efetivando de forma justa a aplicação dos direitos fundamentais, sem excluí-los imprudentemente na situação concreta.

## 2.3 POSSIBILIDADE DE COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Diante da real abundância de normas que já existem dentro do ordenamento jurídico pátrio, bem como o grande número de normas que passam a vigorar cotidianamente, é evidente que, como afirma Bechara (2005, p. 83), “se tornam constantes possíveis colisões entre as mesmas”.

Ainda, nesse sentido, continua Bechara (2005, p.83):

[...] quando o conflito for de regras, ou seja, antinomia, a solução já terá contornos mais definidos. Há critérios norteadores que poderão ser utilizados nesses casos: o cronológico, o hierárquico ou a especialidade.

Todavia, é evidente que quando se trata de conflito entre direitos, valores fundamentais ou princípios, e a resolução não se dará de forma tão simples. Tal fato se deve ao fato de que os direitos fundamentais, de caráter geral, encontram-se positivados constitucionalmente, ainda que de forma implícita, ou seja, todos esses direitos ocupam a mesma hierarquia. Portanto, já que estão presentes no texto constitucional, por anseio do legislador constituinte, tais dispositivos necessitam, e, é claro, devem coexistir, isto é, se tais normas foram escolhidas para se fazerem presentes dentro da CF/88, depreende-se, então, que todas são primordiais à formação e ao estabelecimento do modelo de Estado que se tem hoje. Sendo assim, não é possível admitir que, como ensina Bechara (2005, p. 83) “[...] um direito ali estabelecido negue vigência a outro, ou vice-versa, sob pena de se negar a força diretiva que o texto constitucional exerce sobre todo o sistema”.

Diante de tal contexto, é perceptível que a possibilidade de existência de conflito entre direitos fundamentais se trata, como assevera Steinmetz (2001, p. 63) “de um conflito *in concreto* de direitos fundamentais”. Steinmetz (2001, p. 63) explana ainda, citando José Carlos Vieira de Andrade, que:

Haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta (...). O problema agora é outro: é o de saber como vai resolver-se esta contradição entre bens, quando ambos (todos) se apresentam efetivamente protegidos como fundamentais.

Assim, vê-se que a colisão entre tais direitos se dá por conta de os mesmos serem frutos de conceitos móveis, abertos, com uma demarcação difícil de ser fixada

de forma prévia. Desta forma, os direitos fundamentais colidem porque, nas palavras de Steinmetz (2001, p. 63), “[...] não se esgotam no plano da interpretação *in abstracto*. Diante de um rol de direitos fundamentais constitucionalmente postos, haverá colisões *in concreto*”.

Isso porque, afirma Steinmetz (2001, p.69) “[...] o que entra em colisão são normas constitucionais que dispõem de mesma hierarquia e força vinculativa”. Importa perceber então que a colisão existente no âmbito dos direitos fundamentais cogita, num contexto geral, em casos mais complicados e trazem consigo grandes dúvidas.

## 2.4 RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DIANTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS

Na existência de situações em que se visualize a possibilidade de colisão entre direitos fundamentais ou princípios constitucionais, a melhor solução a ser tomada, como entende Bechara (2005), é a execução do princípio da proporcionalidade.

Bechara (2005, p.84) aduz ainda que, ao seu ver:

Diante do pluralismo democrático, os direitos fundamentais determinam o princípio lógico e o motivo de ser de todo o ordenamento jurídico e, é claro, da própria Constituição. Constituem a base do sistema estatal ou mais precisamente representam os critérios de legitimação e de justificação do complexo de poderes públicos que constituem a autoridade política.

Refere-se, na percepção de Bechara (2005), de se apelar ao princípio maior: o Princípio da Proporcionalidade, que procurará uma solução que seja mais justa, fazendo-se respeitar, dentro de uma situação concreta, a aplicação de um dos princípios em observância do outro, buscando desobedecer o mínimo possível do outro, que naquele caso em específico não foi aplicado.

Nessa mesma linha de pensamento, Steinmetz (2001, p. 69) ensina que a solução de um conflito não pode acontecer:

[...] com a mera subsunção a normas ou com a estrita aplicação dos cânones clássicos de interpretação. Será fundamental a aplicação do princípio da proporcionalidade, bem como a ponderação de bens, além da argumentação jusfundamental.

É esse também a concepção do doutrinador Guerra Filho (2006, p. 103), afirmando que “[...] a essência e a destinação do princípio da proporcionalidade são a preservação dos direitos fundamentais”.

Diante do que foi dito, pode-se auferir que por não serem dotados de um caráter absoluto, os direitos fundamentais podem, em algum momento, serem restringidos, contudo, tal restrição tem por finalidade proteger outro valor, também, constitucional.

Partindo desse entendimento, Marmelstein (2014, p. 370) ensina que “[...] para se verificar se a lei que limita determinado direito fundamental é válida ou não, deve-se fazer uso do princípio da proporcionalidade”.

Depreende-se, dessa maneira, que o Princípio da Proporcionalidade deve funcionar como meio imperativo para a determinação da legitimidade de leis e atos administrativos que venham a restringir direitos fundamentais, segundo as palavras de Sarmiento (2002, p. 77): “[...] é uma poderosa ferramenta para aferição da conformidade das leis e dos atos administrativos como os ditames da razão e da justiça”.

Por seu turno, a técnica da ponderação se baseia em um equilíbrio dos bens, isto é, tem-se uma técnica com capacidade para decidir que visa estabelecer de forma apropriada os dois casos distintos que colidem entre si.

Acerca da ponderação, ensina Rodrigues (2011) que:

Entra-se, em cena, pois, a técnica da ponderação de valores, regra-mestra da moderna hermenêutica constitucional, que permite ao julgador, diante uma dialética nevrálgica entre direitos/princípios de mesma hierarquia, sopesar os valores intrínsecos nas normas litigiosas, solucionando o conflito [...] da maneira menos traumática para o sistema como um todo, de modo que as normas em oposição continuem a conviver, sem a negação de qualquer delas, ainda que em determinado caso concreto elas possam ser aplicadas em intensidades diferentes.

Diante de tal contexto, Bechara (2005, p. 85) ainda afirma que “[...] a técnica da ponderação entre os princípios constitucionais em conflito encaixa-se perfeitamente à opção política do Estado Democrático de Direito” que se baseia o ordenamento jurídico pátrio, e continua citado autor, uma vez que preconiza “o respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos, visando ao atendimento de certos princípios, sendo perfeitamente admissível e razoável o sacrifício mínimo de outros princípios”.

Perante a enumeração de direitos e princípios fundamentais estabelecidos na CF/88, é que, apenas diante de uma situação concreta, se alcançará uma inferência razoável que diz respeito a qual princípio ou direito se sobreporá em face dos demais. Tendo em vista que, segundo Marmelstein (2014, p. 389):

Certamente, alguns direitos, “valem” mais do que outros, sobretudo diante de conflitos que podem surgir em casos concretos, podendo, nesse aspecto, falar-se em hierarquia axiológica entre as normas constitucionais, incluindo-se aí, obviamente, os direitos fundamentais.

Uma vez que se atribua pesos, no processo de ponderação, surge, como consequência lógica, a argumentação jurídica. É através dela que os interesses que estão se contrapondo serão defendidos, com a finalidade maior de se chegar à solução da colisão entre direitos fundamentais, ou seja, decide-se pela aplicação do princípio que deve prevalecer ao caso concreto e qual o seu grau de intensidade. É com a argumentação jurídica que se aproxima as decisões judiciais do controle da racionalidade.

Com efeito, pode-se deduzir que o emprego da técnica da ponderação dos princípios pode pôr em risco a decisão final, sabendo que tal decisão pode estar dotada de subjetivismos exacerbado, que decorre em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências. Por esse motivo, é necessário ter em mente alguns limites que devem ser respeitados na utilização da ponderação.

## 2.5 DESDOBRAMENTOS LEGAIS DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Em consonância com o pensamento de Gomes Filho (1991, p. 9) “o princípio da presunção de inocência constituía-se regra geral do *common law*, encontrando-se inserido entre os parâmetros essenciais que foram responsáveis pela reforma do sistema repressivo intentada pela revolução liberal do século XVIII”. Tal princípio nasce com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, quando expressamente previsto em seu art. 9<sup>o</sup>.

Nesse lume, afirma-se que a decretação do direito à presunção de inocência originou da necessidade de se extinguir o sistema da tortura e da prova legal, que remetam aos antigos julgamentos divinos ou provas extremas de Deus, que são próprios do período inquisitório. Almejou-se, assim, nas palavras de Gomes Filho (1991, p. 9), “[...] a implementação do sistema da livre apreciação da prova, afastando

---

<sup>1</sup> *Tout homme étant présumé innocent, s’il est jugé indispensable de l’arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement reprimée par la loi.*

a ideia de que caberia tão somente ao suspeito a prova de sua inocência perante a sociedade”.

Delmanto Junior (2001, p. 59) ainda esboça que “o direito à presunção de inocência encontra-se positivado, de forma expressa, em diversos diplomas internacionais”. Em meio a tais diplomas internacionais, o autor cita, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, consagrada, em 1948 pela Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU) que o evidenciou em seu artigo XI<sup>2</sup>; o Pacto Internacional sobre Direitos Políticos e Civis que dispõe sobre esse princípio no artigo 14.2<sup>3</sup>; e até mesmo o Pacto de San José da Costa Rica que sugere a ideia da presunção da inocência no artigo 8º, 2, 1ª parte<sup>4</sup>.

Partindo para o ordenamento jurídico pátrio, o princípio da presunção de inocência estava implicitamente previsto no período que antecedeu a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, ou seja, tal princípio era disciplinado tão-somente dentro da garantia do devido processo legal. Entretanto, com a vigência da Carta Magna de 1988, o princípio da presunção de inocência passou a fazer parte do artigo 5º, inciso LVII, isto é, explicitamente, consistindo nos dizeres de Lima (2011, p. 13):

[...] direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).

Sendo assim, o princípio da presunção da inocência como disciplinado na Constituição Federal de 1988, se refere de início apenas ao direito à renúncia prévia de culpabilidade, devido ao fato de que, de acordo com Lima (2011, p. 14) “em nenhum momento há a utilização do termo inocente e sim da expressão culpado”. Contudo, como disciplinado no artigo 5º, § 2º<sup>5</sup>, é possível afirmar que, conforme dispõe

---

<sup>2</sup> Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

<sup>3</sup> Toda pessoa acusada de um delito terá o direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa.

<sup>4</sup> Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove sua culpa.

<sup>5</sup> Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Delmanto Júnior (2001, p. 60) “o ordenamento brasileiro preferiu adotar a garantia da presunção da inocência nos moldes dados pela legislação internacional”.

Nesse contexto, Delmanto Junior (2001, p. 60) ainda entende que:

O direito à presunção de inocência encontra-se consagrado em nosso ordenamento constitucional do modo mais amplo possível, traduzindo-se em um verdadeiro direito fundamental internacional, cuja aplicação é imediata, segundo expressa previsão constitucional.

A CF/88 ainda ressalta a amplitude que essa garantia exerce dentro do ordenamento jurídico brasileiro, ao se referir à sua extensão se prolonga até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ao passo que na Convenção Americana de Direitos Humanos esse prognóstico alcança apenas até a comprovação legal da culpa.

Assim sendo, essa conjectura legal possui o aspecto de ser absoluta, determinando que apenas o Estado, através da cabível persecução penal, pode desconstitui-la, por meio do trânsito em julgado de uma sentença condenatória, como afirma Delmanto Júnior (2001). É, então, que apenas através dessa circunstância legal, segundo Lima (2011, p. 14) “[...] se poderá afastar o estado inicial de não-culpado de que todos gozam”.

Destaca Delmanto Junior (2001, p. 66):

Verifica-se, portanto, que o direito à presunção de inocência afeta não só o mérito acerca da culpabilidade do acusado, mas, também, o modo pelo qual ele é tratado durante o processo, como deve ser tutelada a sua liberdade, integridade física e psíquica, honra e imagem, vedando-se abusos, humilhações desnecessárias, constrangimentos gratuitos e incompatíveis com o seu status, mesmo que presumido, de inocente.

Capez (2007, p. 44) percebe que “[...] o estado de inocência se constitui um dos princípios informadores do processo penal, podendo ser desdobrado em três aspectos”. O primeiro se demonstra em afinidade ao tempo da instrução criminal, momento em que existe a possibilidade de inversão do ônus da prova, diante da presunção legal relativística de não-culpabilidade do réu. No segundo aspecto existe a valoração da prova, isto é, existindo incerteza, ela deve favorecer o réu. E, por último, o terceiro aspecto que se relaciona à persecução do processo penal, versando, pois, no estado de inocência que toma forma no tratamento do acusado.

Em sentido contrário, Lima (2011, pp. 15-17) determina que “[...] do princípio da presunção de inocência decorrem duas diretrizes fundamentais: a regra probatória e a regra de tratamento”. Em que pese, continua o citado autor, “a regra probatória referir-se ao ônus da Acusação ao demonstrar a culpabilidade do acusado, ou seja, não cabe a este provar sua inocência”. Partindo para a segunda regra, a de tratamento, o mesmo autor ainda afirma que “impede qualquer antecipação de juízo condenatório, de modo que um eventual cerceamento de liberdade somente poderá ser admitido em sede cautelar e desde que presentes os pressupostos legais”. Em seguida, Lima (2011, p. 17) infere que:

A privação cautelar da liberdade, sempre qualificada pela nota da excepcionalidade, somente se justifica em hipóteses estritas, ou seja, a regra é responder o processo penal em liberdade, a exceção é estar submetido a uma medida cautelar de natureza pessoal.

Diante disso, Bechara (2005, pp. 157-158), ao discorrer a respeito do princípio da presunção de inocência, assevera que constitui correto direito fundamental, determinadamente de primeira geração, já que, para o Estado, gera:

[...] uma obrigação de abstenção ou omissiva, de caráter limitador, um verdadeiro não ao abuso, traduzido na impossibilidade de satisfação do direito penal objetivo senão após o regular trânsito em julgado da decisão condenatória.

Nesse lume, fica evidente que se versa de uma garantia em que as implicações de uma possível condenação não serão abreviados, ou seja, estarão aptos a produção de efeitos apenas depois do trânsito em julgado em que restará posto uma sentença condenatória, que, ao ver de Bechara (2005, pp. 158-159), “será consequência do desenrolar do devido processo legal, no qual o acusado poderá exercer todas as possibilidades e instrumentos que lhe permitam a mais ampla defesa”. Vê-se, pois, que se trata de uma das muitas exteriorizações assumidas pela garantia de liberdade.

Diante desse contexto, existe um julgado do Supremo Tribunal Federal (STF) que leciona acerca de tal dispositivo:

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO CULPOSO. PRISÃO PREVENTIVA. NÃO CABIMENTO. ILEGALIDADE DA MEDIDA. RELATIVIZAÇÃO DO ÓBICE PREVISTO NA SÚMULA 691/STF. ORDEM CONCEDIDA. I. Homicídio culposo na direção de veículo automotor, sem prestação de socorro à vítima. Conduta tipificada no art. 302, parágrafo único, III, da Lei 9.503/97. II. Acusado que, citado por edital, não comparece

em Juízo nem indica advogado para apresentação de defesa preliminar. Decreto de prisão preventiva do paciente, com fundamento no art. 366, parte final, do Código de Processo Penal, para garantia da aplicação da lei penal. III. Ilegalidade da medida. Consoante o disposto no art. 313 do referido código, somente se admite a imposição de prisão preventiva em face de imputação da prática de crimes dolosos. IV. Hipótese em que, consoante jurisprudência iterativa da Corte, admite-se a relativização do óbice previsto na Súmula 691/STF. V. Ordem de habeas corpus concedida, para cassar a decisão mediante a qual foi decretada a prisão cautelar do paciente.

Sendo assim, apreende-se que se verifica um impedimento constitucional por parte do Poder Público ao tratar a pessoa do indiciado, denunciado, acusado ou suspeito como culpado antes mesmo da determinação de uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

### 3 A PRISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Superado a concepção de como se deu a aclamação do princípio da Presunção de Inocência dentro do ordenamento jurídico brasileiro, passa-se agora a análise e estudo da prisão cautelar inserida nesse mesmo ordenamento que já dispõe acerca de tal princípio que, muitas vezes, colide com o instituto da prisão cautelar. De início, importa analisar o que de fato entende-se por prisão e quais as suas formas existentes.

Em seguida, deve-se entender de que forma o instituto da prisão, como forma de privação da liberdade se insere na CF/88, e quais as espécies de prisão que estão previstos no ordenamento jurídico pátrio visando melhor entender como deve se dar sua aplicação nos casos concretos previstos no Código Penal e de Processo Penal.

Sendo assim, passa-se ao estudo da prisão cautelar como meio de privar o acusado da sua liberdade antes mesmo do trânsito em julgado e, por consequência, sem a devida sentença condenatória que determine a privação de liberdade, entendo quais os princípios que devem ser levados em conta para aplicação de tal medida. Analisa-se, oportunamente, também, as espécies de prisões cautelares e como elas influenciam a vida do acusado após serem, em alguns casos, considerados inocentes.

#### 3.1 ASPECTOS CARACTERIZADORES DA PRISÃO

A terminologia “prisão” origina-se do termo em latim *prehensio*, de *prehendere*, que significa, como define Silva, no ensinamento de Delmanto Junior (2001, p. 68), “[...] o ato de prender ou o ato de agarrar uma coisa”. Daí decorre a compreensão de que se trata da privação da pessoa no que diz respeito a sua liberdade de locomoção, isto é, da sua liberdade de ir e de vir, colocando-a num local de caráter isolado e seguro, de onde, por tempo determinado, não poderá se ausentar.

Nesse mesmo diapasão, Fernando Capez (2007, p. 244) entende o instituto da prisão como sendo “[...] a privação da liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito”.

Tourinho Filho (2010, p. 427) também trata do assunto:

A supressão da liberdade individual, mediante clausura. É a privação da liberdade individual de ir e vir; e, tendo em vista a denominada prisão-albergue, podemos definir a prisão como a privação, mais ou menos intensa, da liberdade ambulatória.

Nesse mesmo pensamento, Marques (2003, p. 20) assevera que a prisão é “[...] pena privativa de liberdade imposta ao delinquente, cumprida, mediante clausura, em estabelecimento penal para esse fim destinado”.

Partindo para os dispositivos legais que tratam do assunto, o CPP, em seu art. 283 determina um possível conceito de prisão como uma forma de privação da liberdade por meio de flagrante delito, ou, ainda, por ordem fundamentada e escrita de competência de uma autoridade judiciária, como consequência de sentença penal condenatória transitada em julgada, ou no curso do processo ou da investigação, com força de prisão temporária ou prisão preventiva.

Sob essa ótica, Mirabete (2001, p. 234), trata a prisão “como privação da liberdade de locomoção, ou seja, o direito de ir e vir, por motivo lícito ou ordem legal”.

Percebe-se que é possível aprofundar em tais conceitos trazidos, de sorte que se percebe a existência de duas modalidades de prisão. A primeira modalidade é aquela imposta pelo juiz ao término da persecução criminal, denominada de prisão-pena, que está regulamentada nos arts. 32 a 42 do Código Penal e na Lei de Execução Penal (LEP – Lei nº 7.210/84), e, seu cumprimento, se dará nos regimes fechado, aberto e semiaberto.

Já a segunda modalidade de prisão é a cautelar, e esta, que é o objeto de pesquisa do presente trabalho, está consolidada pelos arts. 282 a 318 do Código de Processo Penal (CPP), que trata das prisões preventiva e em flagrante, e na Lei nº 7.960/89, que trata da prisão temporária.

### 3.2 NUANCES CONSTITUCIONAIS SOBRE A PRISÃO

A CF/88 está no ápice do sistema jurídico do país e que todos os poderes estatais só são legítimos ao passo que ela, a Constituição, os reconheça e seja por ela distribuídos. Dessa forma, concordando que é na CF/88 onde estão as normas que fundamentam e dão base ao Estado, é natural determinar a sua superioridade em detrimento às demais normas jurídicas.

Com base no art. 3º, do CPP, “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”, evidenciando-se, assim, a necessidade das normas constitucionais.

Nesse lume, Tourinho Filho (2009, p. 424) afirma que “a Constituição Federal de 1988 traz algumas disposições gerais que se aplicam a todas as modalidades de prisão”.

Nesse diapasão o art. 5º, LXI<sup>6</sup>, da CF/88, a primeira dessas disposições se relaciona à regra de que a prisão só se efetua por intermédio de ordem da autoridade competente ou nos casos determinados na legislação, salvo o flagrante delito.

Tourinho Filho (2009, p. 424) assevera ainda que:

A exigência de ordem escrita de autoridade competente, no caso, do magistrado legalmente investido nessa condição, deve-se à necessidade de garantia ao cidadão, de modo a evitar arbítrio, excessos e descomedimentos dos órgãos agentes do Estado.

Há ainda as disposições trazidas pelo art. 5º, LXII, da CF/88 de que “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente”. Seguindo as palavras de Tourinho Filho (2009, p. 425), “essa previsão legal já encontrava acento na Constituição Imperial, em seu artigo 179, X”.

Tourinho Filho (2009, p. 425) ainda chama precaução para o fato de que, “[...] após a promulgação da Constituição Federal de 1988, apenas autoridades judiciárias constituem-se autoridades competentes para a decretação do cerceamento da liberdade do indivíduo”. Entendo que tal prerrogativa poderia ser gozada por um pequeno número de autoridades administrativas, mas que, desde a nova Constituição, isso não é mais possível.

A CF/88, entretanto, aceitou como caso excepcional as os crimes militares próprios e as infrações militares, em que, nessas hipóteses, a prisão poderá ser ordenada por autoridade militar. Sendo assim, desconsiderou-se, de vez, as prisões administrativas.

Sendo assim, incorporando à imposição da ordem proveniente da autoridade judiciária competente, existe também a condição constitucional de que seja por escrita a ordem para a prisão. Refere-se ao instrumento chamado de “mandado de prisão”, nela está contida várias formalidades que devem ser levadas em consideração, conforme estabelece o art. 285 do CPP, *in verbis*:

---

<sup>6</sup> Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Art. 285. A autoridade que ordenar a prisão fará expedir respectivo mandado. Parágrafo único. O mandado de prisão:

- a) será lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade;
- b) designará a pessoa, que tiver de ser presa, por seu nome, alcunha ou sinais característicos;
- c) mencionará a infração penal que motivar a prisão;
- d) declarará o valor da fiança arbitrada, quando afiançável a infração;
- e) será dirigido a quem tiver qualidade para dar-lhe execução.

Tourinho Filho (209, p. 428) ainda preleciona que “[...] esses protocolos legais objetivam evitar os abusos contra o direito de liberdade individual. Por outro lado, a inobservância de algum desses requisitos poderá ocasionar a nulidade do mandado de prisão”.

Diante de tal contexto, induz-se que a prisão, segundo predetermina a Carta Magna de 1988, depara-se diretamente vinculada, inflexível e rigorosamente, ao princípio da legalidade, com tal força que, nas palavras de Marques (2003, p. 29) “[...] se o status *libertatis* do indivíduo for atingido por alguma coação ilegal, pode ele afastá-lo mediante o *Habeas Corpus*”.

A respeito de tal princípio, o da Legalidade da prisão, é possível perceber que ele trata do momento em que esta poderá ser estabelecida. Está expresso no art. 5º, LXI, da CF/88, *in verbis*, “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. O princípio em análise também tem previsão em seu art. 283 do CPP, oportunamente supramencionado.

Diante do exposto, constata-se que somente poderão ser aplicadas, as medidas cautelares, se explicitamente previstas em lei. Segundo Aquino e Nalini (2005, p. 97-98) o princípio da legalidade é:

Também denominado princípio da obrigatoriedade. É a exteriorização do princípio da oficialidade, segundo a qual, tanto a polícia judicial como o Ministério Público titularizam o dever de exercer a ação penal pública de acordo com a lei. Não podem inspirar-se em critérios políticos de conveniência, oportunidade ou utilidade social. (...) com a edição da Lei 9.099/95, teve seu campo de atuação reduzido vez que agora o Ministério Público pode suspender consensualmente o processo nas ações penais públicas cuja pena for igual ou inferior a um ano.

Deste modo, o Ministério Público (MP) deverá promover a ação penal pública independente de provocação e, após denunciar, o MP não poderá desistir da ação, salvo no caso da Lei nº 9.099/95, a qual prevê que o órgão ministerial poderá,

consensualmente, suspender a ação, pois é uma função sua agir em prol da coletividade.

### 3.3 OS TIPOS DE PRISÃO PREVISTA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em se tratando agora da especificação das prisões é importante ressaltar que existem divergências doutrinárias. Sendo assim, há autores, como Tourinho Filho (2009), que classifica a prisão em apenas dois tipos, quais sejam: a prisão-pena e a prisão sem pena. Em contrapartida, Lima (2011), determina três classificações para prisão, que são elas: a penal, conhecida também como prisão-pena ou simplesmente pena; a extrapenal, que se subdivide em prisão militar e civil; e a processual, provisória, cautelar ou sem pena, cuja espécies são a prisão temporária, a preventiva e a em flagrante.

Com relação a prisão-pena, uma das classificações a doutrina majoritária determina, diz respeito àquela que surge com a efetivação de uma sentença. Nas palavras de Tourinho Filho (2009, p. 408) “[...] é imposta àquele que for reconhecidamente culpado de haver cometido uma infração penal, como retribuição ao mal praticado, a fim de reintegrar a ordem jurídica injuriada”.

Ainda nesse mesmo diapasão, mas adotando nomenclatura diversa, Capez (2007) abarca à prisão-pena o termo prisão penal, chamando cuidado para a sentença penal condenatória a partir do trânsito em julgado, já que, segundo referido autor, apenas assim seria possível o cumprimento desse tipo de prisão. Importa também lembrar a necessidade da formalidade, elemento imprescindível ao devido processo legal, solidificado constitucionalmente.

Sendo assim, é possível inferir que essa forma de prisão, qual seja a prisão penal, não pressupõe caráter processual nem acautelatório. Nas palavras de Capez (2007, p. 244) “[...] trata-se de medida penal destinada à satisfação da pretensão executória do Estado”. Complementa nessa mesma linha de raciocínio, o autor Lima (2011, p. 77) que “[...] durante o trâmite do devido processo penal, ao cidadão/acusado deverão ser conferidas todas as garantias e direitos fundamentais estatuídos constitucionalmente”.

Nesse cenário, Franco acentua (1986, pp. 121-122) destaca:

Enquanto a dogmática penal mais criativa não oferecer nenhum substitutivo válido para a pena privativa de liberdade, e enquanto a prisão, embora já considerada um “mal necessário”, não sofrer total esvaziamento, o regime penitenciário, com toda a sua problemática, não poderá ser descartado.

É preciso lembrar que o nascimento da prisão como qualidade de pena se remonta ao direito eclesiástico, fruto do final do século XVI. Modernamente, tal espécie de sanção passou, a partir do fim do século XVIII e início do século XIX, a ser regulada e reconhecida, principalmente depois que, em 1808, o Código Criminal Francês entrou em vigor. Desde então, segundo entendimento de Machado (2005, p. 69), “[...] os países modernos passaram a substituir suas penas cruéis e desumanas, próprias da Idade Média e do período absolutista, pela prisão como penalidade diante de um delito cometido”.

Nas suas primícias, a prisão, ainda não era tida como uma categoria de pena, possuindo natureza de caráter eminentemente instrumental e provisório, bem como o é a prisão cautelar nos dias atuais. Desta forma, vê-se que a prisão tinha como objetivo principal exclusivamente resguardar uma tramitação processual justa, ao passo que mantivesse o acusado no adstrito da culpa, para que, só assim, fossem aplicadas as devidas sanções. Essas sanções, no entanto, muitas vezes proporcionavam uma atitude desumana, como exemplifica Machado (2005, p. 69), “[...] o açoite, o arrastamento, a ‘morte para sempre’, as ‘mil mortes’, a empalação, a fogueira, a perda da paz, etc.”.

Do exposto, explica Kato (2005, p. 14):

Na história da pena, a prisão como sanção penal não era conhecida na Antiguidade, mas, como já anteriormente afirmado, era concebida tão-somente como forma de contenção dos que aguardavam a sentença; portanto, a prisão era utilizada até os fins do século XVIII como espécie de prisão provisória, utilizando-se da nomenclatura atual.

Ainda na Antiguidade, não é sabido de certeza se os hebreus e os egípcios já utilizavam a prisão provisória com finalidades meramente processuais. Em contrapartida, os romanos, com o propósito de garantir que o acusado estivesse presente no processo depois da citação (*in ius vocatio*), se utilizaram do arresto pessoal. Por seu turno, os gregos, destinados a atender as finalidades do processo, se direcionavam à prisão preventiva com objetivo eminentemente facultativo e provisório, no entendimento de Barros (2005).

Salienta Machado (2005, p. 70) que “[...] na Idade Média, durante o processo inquisitório, a prisão provisória tornou-se obrigatória e necessária, objetivando perquirir a confissão do acusado, por meio da tortura”.

Em Portugal, e no período do Brasil-Colônia, através das Ordenações do Reino, foi que a prisão preventiva, em caráter extraordinário e excepcional, entrou em vigor, como entende Almeida Júnior (2005) e apenas para os acusados, como ensina Pierangelli (2005, p. 70), de “[...] homicídios, feridas ou chagas graves, incendiários, furto manifesto, ‘britadores de igreja’ e alguns outros”.

Mais tarde, diante da proclamação da independência no Brasil em 1822, e com a entrada em vigor da Constituição Imperial de 1824 é que foi admitida, por intermédio de ordem escrita do juiz, a prisão antecipada. O Código de Processo Criminal do Império, de 1832, dispôs também acerca da prisão sem culpa, direcionada aos crimes de natureza inafiançável, como se extrai do art. 133, que “[...] resultando do interrogatório suspeita contra o conduzido, o Juiz o mandará pôr em custódia em qualquer lugar seguro que para isso designar”; e, também do art. 175 que “[...] poderão também ser presos sem culpa formada os que forem indiciados em crimes, em que não tem lugar a fiança”.

Em suma, o Código de Processo Penal de 1941, motivado no Código italiano de 1930, regimentou em caráter definitivo a prisão provisória no processo penal brasileiro, como se tem nos moldes atuais.

### 3.4 O INSTITUTO DA PRISÃO CAUTELAR

De início, importante ressaltar que o instituto da prisão cautelar também pode ser denominado provisória, sem pena ou processual, e que tal pena diz respeito àquela exigida antes mesmo da existência do trânsito em julgado de sentença penal de natureza condenatória. De modo que seu principal objetivo é garantir eficácia nas investigações ou no processo criminal, segundo entendimento Lima (2011).

Sobre o tema, Nicolitt (2006, p. 11) aborda:

No sistema inquisitivo da Idade Média a prisão durante o processo era a regra. Acreditava-se que a liberdade do acusado impedia a investigação da verdade. Por outro lado, hoje, no sistema acusatório, a ideia é oposta: a regra é a liberdade; a prisão processual, exceção.

*A priori*, as prisões processuais deveriam ter como condições gerais e básicas o *fumus boni iuris*<sup>7</sup> e o *periculum in mora*<sup>8</sup>, retirados claramente do processo civil. No entanto, mencionando Lopes Jr. (2002), Nicolitt (2006), acostado a outros autores, acredita que ao escolher essa terminologia gera-se uma inconveniência jurídica. Sendo assim, sugere, então, que as expressões mais adequadas sejam o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, que se tornariam condições direcionadas especificamente às prisões cautelares.

Seguindo essa ideia, importante entender que a condição do *fumus commissi delicti* se basearia na possibilidade de existência do acontecimento de um delito, e por seu turno, o *periculum libertatis* trataria do perigo que a liberdade do acusado possa causar, isto é, constitui para a medida cautelar, um verídico fundamento. Diante desse raciocínio, conclui Gomes Filho (1991), nas palavras de Nicolitt (2006, p. 114), que “o que importa é reconhecer que a prisão processual só pode ser concebida como medida excepcional de natureza cautelar, instrumental, ligada à estreita necessidade de preservar o processo e sua efetividade”.

Nesse lume, o indício que aponde a autoria do crime, bem como a prova de sua existência, conforme estabelece a parte final do artigo 312 do Código de Processo Penal estabelece o requisito do *fumus boni iuris* das prisões provisórias, como entende Nicolitt (2006, p. 114), citando Gomes Filho (1991).

Destarte, sabendo que o Brasil elegeu, de maneira expressa, prenciar, em sua Carta Magna de 1948, o princípio da presunção de não culpabilidade ou, em outras palavras, presunção de inocência, o mais correto seria que a limitação da liberdade apenas surgisse a partir do momento em que passasse a existir uma sentença penal condenatória diante do transitado em julgado. Todavia, dentre o cometimento do delito até a consecução do provimento jurisdicional existe o perigo de que hajam certas situações que venham comprometer a atuação do judiciário ou que atinjam intensamente a utilidade do julgado e, por consequência, a sua eficácia. E é diante de tais casos, destarte, que a admissão de medidas cautelares se faz relevante, uma vez que buscam atenuar o risco de ineficácia do judiciário, conforme entendimento de Renato Brasileiro de Lima (2011).

Partindo desse entendimento, fica claro a distinção entre o emprego da presunção da inocência e da prisão cautelar, como ensina Nicolitt (2006, p.111), “[...]”

---

<sup>7</sup> Sinal de bom direito.

<sup>8</sup> Perigo da demora.

a presunção de inocência será empregada com o fim de evitar a antecipação da pena, e a prisão cautelar tem como objetivo maior seria garantir o processo, de modo que este não tenha sua efetividade esvaziada”.

Em consonância com o exposto, o autor Almeida Fonseca (1999) afirma que:

A prisão cautelar, portanto, não se opõe de forma absoluta com a presunção de inocência, existindo, em verdade, uma convivência harmonizável entre ambas, desde que a medida cautelar preserve o seu caráter de excepcionalidade e não perca a sua qualidade instrumental.

Maria Lúcia Karam (2009, p. 3), em análise da natureza cautelar que possui a prisão provisória, apoia no sentido de que “as prisões provisórias não são penas e jamais podem fazer as vezes de penas”. Logo, considerado sua natureza excepcional, é que as mesmas poderão ser impostas. Ainda afirma que “esta, por sua vez, pressupõe a garantia de assegurar a eficácia de um possível pronunciamento final condenatório”. Conclui, pois, Karam (2009, p. 4) que a legitimidade da excepcional prisão provisória se condiciona, portanto, à concreta demonstração de fatos reveladores de sua necessidade, para assegurar que a imposição da pena, que, de início, aparece como provável, efetivamente se realize com o pronunciamento final condenatório no processo penal de conhecimento.

Como se percebe, então, a prisão cautelar, para uma convivência junto ao princípio da presunção da inocência, é necessário que exista a preservação de seu engajamento substancial com a instrumentalização do processo criminal, como ensina Renato Brasileiro de Lima (2011). Sendo assim, levado em consideração sua decretação excepcional, aduz-se que o juízo a ser tomado será o da periculosidade e não o de culpabilidade.

Esse é o entendimento insculpido pelo STF, como se observa no julgado enunciado a seguir:

"HABEAS CORPUS" - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO, NO CLAMOR PÚBLICO, NA SUPOSTA OFENSA À CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES E NA CONJECTURA DE QUE A PRISÃO CAUTELAR SE JUSTIFICA PARA CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL - UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA - AFASTAMENTO, EM CARÁTER EXCEPCIONAL, NO CASO CONCRETO, DA INCIDÊNCIA DA

SÚMULA 691/STF - "HABEAS CORPUS" CONCEDIDO DE OFÍCIO. A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA CAUTELAR DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. - A questão da decretabilidade da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Precedentes. A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. - A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. A GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. - A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes. O CLAMOR PÚBLICO NÃO BASTA PARA JUSTIFICAR A DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. - O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. - O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu. Precedentes. A PRESERVAÇÃO DA CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES NÃO SE QUALIFICA, SÓ POR SI, COMO FUNDAMENTO AUTORIZADOR DA PRISÃO CAUTELAR. - Não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação do ato excepcional da prisão cautelar, a alegação de que a prisão é necessária para resguardar a "credibilidade da Justiça". AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE. - Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão preventiva. O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL. - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação

constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.

Diante do exposto, é perceptível que a jurisprudência está em consonância com a doutrina majoritária, isto é, o STF preleciona que a prisão cautelar deve ser medida de natureza excepcional e que não deve ter tida com uma antecipação da pena, não se justificando em todo e qualquer caso, mas sim perante um fato concreto, prevalecendo, pois, o Princípio da Presunção de Inocência.

### 3.5 AS ESPÉCIES DE PRISÃO CAUTELAR

No que tange às modalidades de prisão cautelar não há unanimidade na doutrina quanto a quantidade de tal divisão. De tal modo que, para os professores Nicolitt (2006) e Machado (2005) existem quatro espécies de prisões processuais, quais sejam: prisão preventiva, prisão em razão de pronúncia, prisão temporária e prisão em flagrante.

Em contrapartida, Lima (2011), resume as prisões cautelares em três espécies: prisão temporária, em flagrante e preventiva.

Em se tratando da natureza cautelar, ou não, da prisão resultante de sentença penal condenatória de processo que ainda não transitou em julgado, há discordância entre parte da doutrina. Isto é, como pontua Nicolitt (2006) e alguns outros, esse tipo de prisão retrata-se em uma verdadeira execução provisória. Tal temática, contudo, será oportunamente abordada com mais ênfase mais adiante.

#### 3.5.1 A Prisão Preventiva

A princípio salienta-se que o instituto da prisão preventiva se encontra disciplinada pelos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal. Segundo entendimento de Tourinho Filho (2009, p. 513) tal prisão é uma categoria do gênero “[...] prisão cautelar de natureza processual”. Com efeito, entende mencionado doutrinador que qualquer prisão tem caráter essencialmente preventivo quando

anterior a uma condenação definitiva. Cita, também, que “a própria prisão em flagrante é uma prisão preventiva *lato sensu*”.

É notável também que a prisão preventiva, bem como as demais espécies de prisão cautelar, pressupõe a exigência de dois requisitos fundamentais: o *fumus comissi delicti*<sup>9</sup> e o *periculum libertatis*<sup>10</sup>. O primeiro dos requisitos citados baseia-se, como já mencionado, no indício de autoria do crime e na prova de sua existência. Ao passo que, o segundo requisito engloba uma das hipóteses previstas pelo artigo 312 do CPP, qual seja: assegurar aplicação da lei penal, garantir a ordem pública, garantir a ordem econômica ou por conveniência da instrução criminal.

A prisão preventiva tem como base, segundo ensina Antônio Scarance Fernandes (2010, p. 285), “[...] a conveniência da instrução criminal que pretende garantir a produção da prova, enquanto que aquela decretada com base na segurança da aplicação da lei penal objetiva evitar a fuga do acusado”. Nesse contexto, Kato (2004, p. 122) assevera que “[...] a prisão preventiva baseada nesse argumento se constitui na única hipótese com natureza puramente cautelar, já que serve à garantia do devido processo legal”.

Ainda vale lembrar que, foi com o estabelecimento da Lei nº 8.844/94<sup>11</sup>, que foi levado em consideração a condição da garantia da ordem econômica. Sendo assim, como assevera Fernandes (2010, p. 285), cuida-se de [...] “evitar que o agente continue a praticar delitos ofensivos à ordem econômica”. Por seu turno, na concepção de Kato (2004, p. 122), tal presunção de prisão preventiva deixa claro a precocidade da pena, “[...] considerando sua finalidade meramente substancial, de proteção ao direito material”.

No tocante à garantia da ordem pública que é uma das motivações da prisão preventiva, o autor Fernandes (2010) afirma que é nesse ponto onde estão as máximas ilegalidades evocadas pelos magistrados, afim de dar causa a restrição da liberdade. De maneira geral, tal requisito tem sido evocado como meio de se frustrar a reiteração criminosa por parte do imputado, na busca de garantir a ordem pública. Em demais casos, evoca-se, como justificativa do encarceramento do acusado, a periculosidade de que ele possa ser dotado. Entretanto, conclui Fernandes (2010, p.

---

<sup>9</sup> Fumaça do cometimento do delito.

<sup>10</sup> Perigo da liberdade.

<sup>11</sup> Dispõe sobre a fiscalização, apuração e cobrança judicial as contribuições e multas devidas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

285) que “[...] não se pode invocar a garantia da ordem pública para autorizar, largamente, a prisão preventiva, utilizando-se como fundamentos a gravidade do crime, a necessidade de ser preservada a credibilidade da justiça”.

Nesse sentido, a exemplo, decidiu o STF:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME HEDIONDO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA E CLAMOR PÚBLICO. TENTATIVAS CONCRETAS DE INFLUENCIAR NA COLETA DA PROVA TESTEMUNHAL. ORDEM DENEGADA. 1. O conceito jurídico de ordem pública não se confunde com incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 da CF/88). Sem embargo, ordem pública se constitui em bem jurídico que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de tráfico de entorpecentes e drogas afins). Daí sua categorização jurídico-positiva, não como descrição do delito nem cominação de pena, porém como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação ou de insegurança que já se localizam na gravidade incomum da execução de certos crimes. Não da incomum gravidade abstrata desse ou daquele crime, mas da incomum gravidade na perpetração em si do crime, levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito ou, de qualquer forma, representará agravo incomum a uma objetiva noção de segurança pública. Donde o vínculo operacional entre necessidade de preservação da ordem pública e acautelamento do meio social. Logo, conceito de ordem pública que se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio (assim como da violação à saúde pública), mas que se enlaça umbilicalmente à noção de acautelamento do meio social. 2. É certo que, para condenar penalmente alguém, o órgão julgador tem de olhar para trás e ver em que medida os fatos delituosos e suas coordenadas dão conta da culpabilidade do acusado. Já no tocante à decretação da prisão preventiva, se também é certo que o juiz valora esses mesmos fatos e vetores, ele o faz na perspectiva da aferição da periculosidade do agente. Não propriamente da culpabilidade. Pelo que o quantum da pena está para a culpabilidade do agente assim como o decreto de prisão preventiva está para a periculosidade, pois é tal periculosidade que pode colocar em risco o meio social alusivo à possibilidade de reiteração delitiva (cuidando-se, claro, de prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública). 3. Não se acha devidamente motivado o decreto de prisão que, quanto à ordem pública, sustenta risco à credibilidade da justiça e faz do clamor público fundamento da custódia preventiva. É que tais fundamentos não se amoldam ao balizamento constitucional da matéria. 4. Na concreta situação dos autos, esse ponto de fragilidade não se estende, porém, ao segundo fundamento do decreto de prisão preventiva. É falar: a segregação cautelar para o resguardo da instrução criminal não é de ser afastada pela carência de fundamentação idônea. Isso porque, no ponto, o decreto de prisão preventiva está assentado em manobras operadas pelo paciente para tentar alterar depoimentos de testemunhas. O que é suficiente para preencher a finalidade do art. 312 do Código de Processo Penal, no ponto em que autoriza a prisão preventiva para a preservação da instrução criminal, mormente nos casos de crimes dolosos contra a vida. Crimes cujo julgamento é timbrado pela previsão de atos instrutórios também em Plenário do Júri (arts. 473 a 475 do CPP). 5. Ordem denegada.

Em sentido igual com tal posicionamento jurisdicional, o professor Bechara (2005, p. 164) assevera que “[...] o termo ‘garantia da ordem pública’ dispõe de uma concepção muito ampla e abstrata, que corresponde a norma aberta, com conceito indeterminado e que pode inclusive sugerir insegurança jurídica”. Uma parte doutrinária determina que tal justificativa não dispõe do pressuposto de cautelaridade para que a prisão seja decretada, já que lhe falta a instrumentalidade. Sendo assim, corresponderia, pois, aos efeitos de uma possível condenação ou clara antecipação da pena. Deste modo, como ensina Bechara (2005, pp. 164-165), “[...] a rigor do que dispõe o texto constitucional acerca da garantia da presunção de inocência, a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública não deveria ser admitida”. Diante desse contexto, há os seguintes julgados do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJ-PE):

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE USO PERMITIDO. PORTE DE DROGA PARA USO PESSOAL. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PENA MÁXIMA ABSTRATA NÃO SUPERIOR A QUATRO ANOS. PACIENTE NÃO REINCIDENTE EM CRIME DOLOSO. CRIME NÃO ENVOLVE MEDIDA PROTETIVA EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PRISÃO PREVENTIVA NÃO ADMISSÍVEL. DESNECESSIDADE DA MEDIDA EXTREMA. AUSÊNCIA DE PERIGO À ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. 1. Não sendo o paciente reincidente, os delitos cometidos em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, e a soma das penas privativas de liberdade máximas cominadas aos delitos que lhe são imputados superior a 04 (quatro) anos, inadmissível a prisão preventiva (artigo 313 do Código de Processo Penal). 2. Ainda que assim não fosse, no caso, o paciente é primário, de bons antecedentes e os crimes foram cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, inexistindo, pois, evidência de periculosidade capaz de colocar em risco a ordem pública. 4. Configurado, portanto constrangimento ilegal, vez que ausentes os requisitos previstos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal. Ordem concedida.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE USO PERMITIDO. PORTE DE DROGA PARA USO PESSOAL. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PENA MÁXIMA ABSTRATA NÃO SUPERIOR A QUATRO ANOS. PACIENTE NÃO REINCIDENTE EM CRIME DOLOSO. CRIME NÃO ENVOLVE MEDIDA PROTETIVA EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PRISÃO PREVENTIVA NÃO ADMISSÍVEL. DESNECESSIDADE DA MEDIDA EXTREMA. AUSÊNCIA DE PERIGO À ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. DECISÃO UNÂNIME. 1. Com a reforma processual de 2011, ficou determinado que a prisão preventiva, medida excepcional, só é cabível, nos termos do inciso I do art. 313 do CPP, "nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos" (grifei), logo, este fato, por si só já afasta a possibilidade de medida constritiva extrema, no caso dos autos. 2. Outrossim, para os crimes dolosos apenados com pena máxima inferior ou igual a 04

(quatro) anos, apenas se admite a prisão preventiva quando o agente for reincidente em crime doloso com condenação transitada em julgado; quando o crime envolver a garantia da execução de medidas protetivas em situação de violência doméstica, ou, se houver dúvida sobre a identidade do acusado. 3. No caso dos autos, ainda que o Réu de fato tenha sido condenado, a sentença condenatória não transitou em julgado, inadmissível a prisão preventiva no caso concreto. 4. Sendo assim, não se evidencia a necessidade da segregação cautelar, eis que não restou calcada nos requisitos expostos no art. 312, do CPP, restando configurado o constrangimento ilegal. 5. Ademais, em observância ao princípio da homogeneidade não se justifica impor a prisão cautelar, quando, ao final da instrução, em caso de condenação nos termos da denúncia, há grandes possibilidades de que seja estabelecido o regime aberto para cumprimento da pena privativa de liberdade, ou, ainda, que a mesma seja substituída por restritiva de direitos. 6. Ordem parcialmente concedida para revogar a prisão preventiva do paciente, aplicando-se as medidas cautelares alternativas à prisão previstas no art. 319, I (comparecimento mensal em Juízo), IV (proibição de ausentar-se da comarca) e V (recolhimento domiciliar no período noturno e dias de folga) do Código de Processo Penal.

Ainda assim, em face a essa contextualização jurisprudencial, parte da doutrina e até mesmo dos Tribunais permanecem aceitando a prisão cautelar, justificando-se com base na garantia da ordem pública, consoante bem lembra Bechara (2005). Isso porque aceitam a assistência penal da ordem pública no que diz respeito a prática de uma transgressão penal, instaurando-se uma situação que gera, por consequência, intranquilidade social, transformando tal fato em uma necessidade de defesa social que brada pela restrição da liberdade do indivíduo transgressor. A propósito, há o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Mato Grosso (TJ-MT):

HABEAS CORPUS – DECISÃO DE MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE – ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – DECISÃO DEVIDAMENTE MOTIVADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – PERICULOSIDADE DO PACIENTE DEMONSTRADA EM SUA CONDUITA - INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE QUANDO PRESENTES OS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR– PREDICADOS PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – ORDEM DENEGADA Decisão que manteve a prisão preventiva motivada na garantia da ordem pública e da conveniência da instrução criminal, ante a periculosidade exacerbada do paciente, demonstrada no comportamento agressivo de sua conduta, necessitando de uma resposta pronta e enérgica por parte do Poder Judiciário, até mesmo como forma de resguardar a integridade física da vítima. Não há que se falar em ofensa ao princípio da proporcionalidade, quando presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, uma vez que o decreto da medida excepcional independe da possível pena in concreto a ser aplicada ou do regime de cumprimento de pena a ser fixado em sentença. Predicados pessoais favoráveis não ilidem o encarceramento cautelar quando suficientemente demonstrada a necessidade da prisão. (HC 157106/2013, DES. GILBERTO GIRALDELLI, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 05/02/2014, Publicado no DJE 13/02/2014)

Entretanto, não é porque a expressão jurídica “ordem pública” possui conceito indeterminado que a ela não seja delimitada sua amplitude. Fato é, que no ordenamento jurídico brasileiro em vigor, que o procedimento legislativo ligados aos conceitos indeterminados é muito corrente. A própria CF/88, a exemplo, é dotada de muitos conceitos jurídicos de natureza indeterminada, bem como o Código Penal e o Código de Processo Penal. Diante disso, ensina Bechara (2005, pp. 168-169) que “[...] é de fundamental relevância a atuação do intérprete, que terá uma liberdade maior em definir, diante do caso concreto, os contornos fáticos advindos dessa terminologia a princípio aberta”.

Diante do exposto, é preciso assimilar que a prisão cautelar que tenha como fundamento a ordem pública garantida precisa ser alvo de uma análise minuciosa da situação *in concreto*, sendo necessário levar-se em apreço, entre outros, as consequências do crime, vida pregressa do réu, a gravidade da infração, nas palavras de Bechara (2005, p. 169) “[...] justamente a fim de proporcionar um tratamento proporcional e compatível com o caso concreto, assim como se faz na dosimetria da pena e na própria prisão preventiva nos arts. 313 e 314 do Código de Processo Penal”. Nesse contexto infere Machado (2005, p. 142):

O fato é que esse conceito de ordem, embora vago e indeterminado, sempre haverá de ser definido pelo aplicador da lei, no caso concreto. E tal definição, mesmo sem chegar a resultados precisos e unânimes, deve ao menos buscar uma aproximação razoável da realidade sobre aquilo que se deve entender como uma situação de ameaça à ordem social.

Vê-se que é necessário que o aplicador da lei leve em consideração cada caso concreto em análise afim de buscar o melhor resultado, levando em consideração sempre a proporcionalidade e a ponderação como basilares nas decisões, sem ser necessário que tais decisões sejam sempre as mesmas, mas que pelo menos sejam as mais justas.

### 3.5.2 A Prisão em Flagrante

Sobre a prisão em flagrante, Tourinho Filho (2009, p. 457) “[...] flagrante, do latim *flagrans*, *flagrantins* (do verbo *flagrare*, queimar), significa ardente, que está em chamas, que arde, que está crepitando”. Ou seja, diz respeito àquela prisão em que finalizada uma conduta ilegal realizou-se a decretação no mesmo momento.

Vale salientar, contudo, que a prisão em flagrante pode ser determinada sem uma ordem judicial, caracterizando-se com única e excepcional nesse sentido. Como explica Karam (2009, p. 26) “[...] trata-se de privação da liberdade imposta por ato administrativo, motivado por uma verificada situação de urgência”.

Segundo o ensinamento de Fernandes (2010, pp. 285-286):

Essa espécie de prisão cautelar demanda a existência de dois elementos essenciais: a atualidade e a visibilidade. O primeiro refere-se à própria situação de flagrância, na qual um fato delituoso está a acontecer no instante em que se opera a prisão. Por outro lado, aliado a esse elemento se coaduna a questão da visibilidade, que pressupõe alguém ter presenciado o fato, podendo atestar a sua ocorrência.

Segundo disciplinado pelo art. 302<sup>12</sup>, do CPP, existem quatro conjunturas que validam a circunstância de flagrância do infrator. Nas hipóteses dos incisos I e II, é evidente e claro o flagrante, já que, como se lê em tais dispositivos, o agente está cometendo ou acaba de cometer a infração penal. Em se tratando da hipótese do inciso III, a situação é dita como quase flagrante; e por último, na hipótese descrita pelo inciso IV, o flagrante é dito presumido, pois o possível infrator é encontrado transportando armas, papéis, instrumentos ou objetos logo em seguida ao cometimento do delito, fazendo-se pressupor que seja ele o autor da infração. Tal classificação da flagrância de determinado delito é caracterizado, Fernandes (2010).

Fundamentado nessa classificação de flagrância, pode-se afirmar que o flagrante propriamente dito, nos casos dos incisos I e II, do artigo 302, do CPP, é perfeitamente determinado, como ensina Karam (2009, p. 26) “[...] pela necessidade de coerção urgente e imediata do agressor com finalidade de impedir o dano e os efeitos imediatos do ataque ao bem jurídico, bem como restabelecer a tranquilidade social”. Contudo, é sabido que existem alcances legais exigidos pela peculiaridade desse instituto que devem ser minuciosamente levados em consideração no que se refere a uma prisão em flagrante, quais sejam, nas palavras de Karam (2009, p. 27) “[...] a iminência ou atualidade do ataque ao bem jurídico, a necessidade e a

---

<sup>12</sup> Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

proporcionalidade dos meios empregados para repelir o ataque, a ponderação entre o bem a ser salvo e o bem a ser sacrificado”.

Partindo para os casos de quase-flagrância, são as situações em que a prisão em flagrante advém logo após à agressão ao bem jurídico, isto é, a agressão já foi finalizada, mas as conjunturas posteriores advertem que houvera uma conduta delituosa. Sendo assim, em tais casos, o objetivo da restrição de liberdade não é mais assegurar o bem jurídico, pois este já fora violado. Contudo, pretende-se, segundo Karam (2009, p. 27), “[...] instruir a futura propositura da ação penal condenatória”, com a captação de informações instrutórias sobre a possível materialidade e autoria. Essas espécies de prisão acontecerão conforme previstos nas situações hipotéticas dos incisos III e IV, do artigo 302, do CPP.

Nesse contexto, seguindo a linha de pensamento de Karam (2009), superado o período do estado de flagrância, ou seja, findado o abuso ao bem jurídico ou ainda nas hipóteses de quase-flagrância, apanhadas as provas de que se tinham acesso, a prisão em flagrante já alcançou seu desígnio e não deve mais subsistir. Em consequência, tal prisão não decorrente de ordem judicial se converte em medida cautelar, submetendo-se à apreciação imediata do órgão jurisdicional.

Desta feita, a prisão em flagrante automaticamente se transfigura em medida cautelar, e adquire, pois, a natureza de toda e qualquer prisão provisória e, sendo assim, sua conservação só acontece quando pré-requisitos basilares das prisões cautelares, quais sejam: os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, sejam atendidos. Portanto, a prisão se manterá caso seja realmente necessário, como explica Karam (2009, p. 28), “[...] para evitar o risco de inviabilização da satisfação prática do direito alegado na ação penal condenatória”.

Nessa mesma acepção, elucida Fernandes (2010, p. 287):

[...] o legislador preocupou-se, no texto constitucional (art. 5º, LXII), em que houvesse rápida comunicação ao juiz de direito sobre a prisão em flagrante. Permite-se que a pessoa fique recolhida, sem controle judicial sobre a necessidade da custódia, por um tempo curto, breve, devendo o juiz verificar, pela cópia do auto de prisão em flagrante, se a prisão deve permanecer. Caso não estejam presentes os requisitos da prisão preventiva, deve conceder liberdade provisória nos termos do art. 310 do Código de Processo Penal.

Diante do contexto até agora abordado, Karam (2009) indica que, apenas porque existiram provas do cometimento da infração penal, conservar a prisão em flagrante seria o mesmo que precipitar a pena do acusado, ou seja, violando o

princípio do devido processo legal, e, por consequência, dispositivos constitucionais de direitos fundamentais.

Nesse lume, se não houver a precisão de conservação da prisão, o magistrado deverá conferir a liberdade provisória ao imputado, já que a mesma não será transformada em prisão preventiva, nos termos no artigo 310 do Código de Processo Penal, com alterações da Lei nº 12.403/2011<sup>13</sup>.

### 3.5.3 A Prisão Temporária

Partindo para o estudo da prisão temporária, importa destacar que tal modalidade de prisão cautelar é regimentada pela Lei nº 7.960/89<sup>14</sup>, proveniente da resolução da Medida Provisória nº 111/89, que, como explica Fernandes (2010, p. 286) “[...] buscou regulamentar a antecedente prisão para averiguações, ilícita, mas largamente utilizada”.

Como o nome dessa espécie cautelar sugere, versa-se sobre uma prisão que possui tempo determinado e que tem um objetivo específico e particularmente próprio, não se submetendo, como informa Machado (2005, p. 103), “[...] ao objetivo principal das medidas cautelares clássicas que é o de manter o indiciado no distrito da culpa com o fim de assegurar a efetiva aplicação da lei penal”.

Sendo assim, depreende-se que a finalidade desse tipo de prisão cautelar é tão-somente permitir a conclusão de alguma ação investigatória que, caso o imputado não esteja privado de liberdade, não será possível se realizar. Ou seja, assevera Machado (2005, p. 104), “[...] somente se justifica a prisão temporária se ela for absolutamente indispensável para a prática de alguma diligência investigatória que ficaria prejudicada se o autor do crime estivesse solto”.

Nesse lume, a prisão temporária não é apresentada como uma medida cautelar que assiste à ação penal, já que, para o processo que venha a ser instaurado, ela expressa-se como uma medida preparatória. Segundo Machado (2005, p. 104) “[...] não se trata, por isso, de medida incidental, mas, sim, de medida cautelar preparatória da futura ação penal”.

---

<sup>13</sup> Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

<sup>14</sup> Dispõe sobre prisão temporária.

Em contrapartida, tal prisão de caráter temporário só poderá ser outorgada por representação de alguma autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, como explica Fernandes (2010). E, corroborando com o acima mencionado, Freitas (2004, p. 81), “[...] somente será admitida durante o curso do procedimento investigatório policial, objetivando agilizar o recolhimento das informações e fatos capazes de melhor elucidar o delito”.

Sendo um instituto particular dentre as medidas cautelares, existem alguns ditames legais exclusivos que orientam a outorga da prisão temporária. Dentre as quais, é possível citar a sua permanência de cinco ou de trinta dias, nesta última hipótese para os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, hediondos, de terrorismo e de tortura. Tais limites temporários podem ser delongados nas hipóteses de comprovada e urgente necessidade. Como explana Fernandes (2010), o magistrado, pode decretar a prisão preventiva ao preso temporário antes mesmo que se finde sua permanência temporal.

Recomenda-se, pois, sobre o risco de, no transcurso do processo ou da investigação policial, perder-se de vista o caráter cautelar de toda prisão que se dá nesse momento. Coadunando com tal pensamento, Fernandes (2010, p. 290) destaca:

Cabe, portanto, ao intérprete a análise atenta da presença, ou não, dos requisitos genéricos das prisões cautelares, a saber, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, especificamente na Lei que dispõe sobre a prisão temporária, de forma a amoldá-la ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Pairava, contudo, uma incerteza no que tange a plausível inconstitucionalidade da Lei nº 7.960/89, que trata da prisão temporária, sabendo que a mesma não foi proveniente de um projeto de lei, e sim de uma medida provisória, fato que, para alguns doutrinadores e estudiosos, acarretava em um vício de iniciativa, já feria o princípio da legalidade, em que a competência caberia ao Congresso Nacional, como ensina Freitas (2004).

Nesse diapasão, o Conselho Federal da OAB impetrou Ação Direta de Inconstitucionalidade ante o STF (ADIn nº 162-1/DF), evidenciando danos irreparáveis e concretos aos cidadãos brasileiros, na tentativa de suspender os efeitos da Medida Provisória nº 111. Entretanto, o Tribunal Pleno da Corte Constitucional decidiu rejeitar

a liminar, em 14/12/1989, por maior parte de votos (8 a 2), conforme expõe Jayme Walmer de Freitas (2004).

Todavia, tal decisão jurisprudencial não pôs um ponto final na desarmonia, que ainda persiste entre boa parte da doutrina no que diz respeito a questão da inconstitucionalidade ou não da Lei da Prisão Temporária. Contudo, Jayme Walmer de Freitas (2004, p. 94) finaliza esclarecendo:

Essa modalidade de prisão provisória da liberdade encontra guarida no Texto Constitucional (art. 5º, LXI), quando se permite a custódia por mandado judicial expedido pela autoridade judiciária competente. Assim, basta que a determinação judicial atenda aos pressupostos de fundar-se na materialidade e presença de indícios leves, às vezes agudos, contra pessoa determinada e apontada como autora de crime potencialmente grave, para inexistir ofensa a direito substancial maior. Repise-se que na contenda entre o jus libertatis e o jus puniendi, apesar dos equívocos ocorrentes e que sempre acontecerão, dada a fragilidade do homem, há de preponderar este último, como único meio de salvaguardar contra crimes que atormentam a sociedade.

Em consonância com essa posição, o STF assim decidiu nos julgados que se seguem abaixo:

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. DUPLO HOMICÍDIO. PERICULOSIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DECRETAÇÃO FUNDAMENTADA. ORDEM DENEGADA. 1. A presunção de inocência, ou de não culpabilidade, é princípio cardeal no processo penal em um Estado Democrático de Direito. Teve longo desenvolvimento histórico, sendo considerada uma conquista da humanidade. Não impede, porém, em absoluto, a imposição de restrições ao direito do acusado antes do final processo, exigindo apenas que essas sejam necessárias e que não sejam prodigalizadas. “A antecipação cautelar da prisão”, conforme lição do eminente Ministro Celso de Mello, “não se revela incompatível com o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade” (HC 94.194/CE, decisão monocrática, 28.8.2008, DJE nº 165, de 2.9.2008). Não constitui um véu inibidor da apreensão da realidade pelo juiz, ou mais especificamente do conhecimento dos fatos do processo e da valoração das provas, ainda que em cognição sumária e provisória. O mundo não pode ser colocado entre parênteses. O entendimento de que o fato criminoso em si não pode ser valorado para decretação ou manutenção da prisão cautelar não é consentâneo com o próprio instituto da prisão preventiva, já que a imposição desta tem por pressuposto a presença de prova da materialidade do crime e de indícios de autoria. Se as circunstâncias concretas da prática do crime revelam a periculosidade do agente e o risco à ordem pública, justificada está a decretação ou a manutenção da prisão cautelar, desde que igualmente presentes boas provas da materialidade e da autoria. 3 Na espécie, a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente está devidamente fundamentada e embasada em elementos concretos comprobatórios de sua necessidade. 4. Bons antecedentes, primariedade e residência fixa não impedem a decretação da prisão preventiva, quando presentes seus pressupostos e fundamentos, como ocorre no presente caso. Precedentes. 5. Writ denegado.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. MÉRITO. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE. PRISÃO TEMPORÁRIA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO. IDONEIDADE. MODUS OPERANDI. PACIENTE FORAGIDO. IMPRESCINDIBILIDADE PARA A CONCLUSÃO DAS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES. INADEQUAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal. 2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 1º da Lei n. 7.960/1980, que dispõe sobre a prisão temporária. 3. No caso, as decisões que decretaram/mantiveram a prisão temporária do paciente demonstraram a necessidade da medida extrema, destacando o modus operandi (o paciente teria perseguido a vítima e, por motivo fútil, realizado os disparos de arma de fogo, que a levaram a óbito), revelador da periculosidade social da agente. Ressalta-se, ainda, a imprescindibilidade da prisão para a elucidação dos fatos e conclusão do inquérito policial. Ademais, há notícias de ameaças às testemunhas e o paciente está foragido; os mandados de prisão expedidos em seu desfavor ainda não foram cumpridos. 4. O fato de o paciente estar foragido há mais de 4 (quatro) anos reforça a necessidade da prisão temporária, tendo em vista a dificuldade de continuidade e conclusão das investigações criminais. Ausência de constrangimento ilegal. Precedentes. 5. Eventuais condições subjetivas favoráveis da paciente, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão cautelar. Precedentes. 6. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando a segregação se encontra fundada na gravidade concreta do delito, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública. 7. Inexiste, portanto, constrangimento ilegal a ser reparado, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça. 8. Habeas corpus não conhecido.

Desse modo, nota-se que, em alguns casos, o preso temporário é sentenciado como inocente, transformando-se mártir de erros judiciários, que em determinadas hipóteses são irreparáveis, levando-o à obrigação de protestar prestação jurisdicional, cabendo-lhe exigir a carecida indenização, estabelecida constitucionalmente, embora distante de apartar efeitos desastrosos duma prisão ilegal.

#### 3.5.4 A Prisão Imposta em Sentença Condenatória Recorrível

OMachado (2005) faz alusão, com base no artigo 393, I do CPP, até 2010, à prisão resultante de sentença apelável, já que fora revogado pela Lei nº 12.403/2011.

Citando Afrânio Silva Jardim (1985), Machado (2005) aduz que essa modalidade de prisão não possui caráter cautelar que seria inerente a sua existência. Ao contrário, figura-se como tutela meramente satisfativa, ao passo que, como explica Machado (2005, p. 100) “[...] denota uma autêntica execução antecipada da pena”. Nesse mesmo sentido é o que entende Karam (2009).

Sob outra ótica, é importante lembrar que esse tipo de prisão não se dá automaticamente após a pronúncia da sentença condenatória, pois, caso fosse assim, apresentaria sua clara natureza de pena antecipatória. Nesse lume, dispõe Machado (2005, p. 100) “[...] a sistemática das prisões cautelares no direito processual penal brasileiro impõe que essa custódia somente poderá ser decretada se atendidos todos os requisitos da prisão cautelar em geral”.

Diante desse contexto, a prisão decorrente de sentença recorrível, tinha fundamentação em uma das condições conjecturadas para a prisão preventiva, como entende Machado (2005). Isso se deve ao fato de que o princípio da presunção de inocência apenas se exaure a partir da existência de sentença condenatória transitada em julgado. Sendo, então, a sentença recorrível, existe a probabilidade de se recorrer ordinariamente aos tribunais de 2º grau de jurisdição, persistindo a garantia da presunção da inocência. Logo, como infere Karam (2009, p. 50) “[...] não terminado o processo de conhecimento, o réu não poderá sofrer pena”.

Nesse lume, o STF assim dispõe no julgado abaixo:

Trata-se de “habeas corpus” impetrado contra decisão que, emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, acha-se consubstanciada em acórdão assim ementado: “PROCESSUAL PENAL E PENAL. ‘HABEAS CORPUS’. PRISÃO PREVENTIVA. ROUBO MAJORADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. APLICAÇÃO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO. INSUFICIÊNCIA À GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ‘HABEAS CORPUS’ DENEGADO. 1. Apresentada fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva, evidenciada na referência às circunstâncias do crime, as quais denotam a presença de relevante número de assaltantes, quatro, dentre eles o paciente, a utilização de mais de uma arma, bem como a pluralidade de vítimas, não há que se falar em ilegalidade do decreto de prisão preventiva. 2. Havendo a indicação de fundamentos concretos para justificar a custódia cautelar, não se revela cabível a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, visto que insuficientes para resguardar a ordem pública. 3. ‘Habeas corpus’ denegado.” (HC 416.578/SP, Rel. Min. NEFI CORDEIRO – grifei) Busca-se, nesta sede processual, a revogação da prisão cautelar do ora paciente. Subsidiariamente, pleiteia-se a substituição da custódia preventiva pelas medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. O Ministério Público Federal, em manifestação da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. CLÁUDIA SAMPAIO MARQUES, opinou contrariamente à concessão da ordem de “habeas corpus” em parecer assim ementado: “‘HABEAS CORPUS’. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE

AGENTES. IMPUGNAÇÃO À CUSTÓDIA CAUTELAR. INADMISSIBILIDADE DE 'HC' SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO 'WRIT'." (grifei) Sendo esse o contexto, passo a apreciar o pleito em causa. E, ao fazê-lo, entendo assistir razão à douta Procuradoria-Geral da República, pois os fundamentos que dão suporte ao seu parecer ajustam-se, com integral fidelidade, à orientação jurisprudencial firmada por esta Suprema Corte na matéria ora em exame. Todos sabemos que a privação cautelar da liberdade individual é sempre qualificada pela nota da excepcionalidade. Não obstante o seu caráter extraordinário, a prisão cautelar pode efetivar-se, desde que o ato judicial formalizador de sua decretação tenha fundamentação substancial, apoiando-se em elementos concretos e reais que se ajustem aos requisitos abstratos – juridicamente definidos em sede legal – autorizadores da utilização dessa modalidade de tutela cautelar penal (RTJ 134/798, Red. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, v.g.). É por essa razão que o Supremo Tribunal Federal, em pronunciamentos sobre a matéria (RTJ 64/77, Rel. Min. LUIZ GALLOTTI, v.g.), tem acentuado, na linha de autorizado magistério doutrinário (JULIO FABBRINI MIRABETE, "Código de Processo Penal Interpretado", p. 688, 7ª ed., 2000, Atlas; PAULO LÚCIO NOGUEIRA, "Curso Completo de Processo Penal", p. 250, item n. 3, 9ª ed., 1995, Saraiva; VICENTE GRECO FILHO, "Manual de Processo Penal", p. 274/278, 4ª ed., 1997, Saraiva), que, uma vez comprovada a materialidade dos fatos delituosos e constatada a existência de meros indícios de autoria – e desde que concretamente ocorrente qualquer das situações referidas no art. 312 do Código de Processo Penal –, torna-se legítima, presentes razões de necessidade, a decretação, pelo Poder Judiciário, dessa especial modalidade de prisão cautelar: "A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL – A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada ou mantida em situações de absoluta necessidade. – A questão da decretabilidade ou da manutenção da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Precedentes. DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO CAUTELAR DO PACIENTE – Revela-se legítima a prisão cautelar se a decisão que a decreta, mesmo em grau recursal, encontra suporte idôneo em elementos concretos e reais que – além de ajustarem-se aos fundamentos abstratos definidos em sede legal – demonstram que a permanência em liberdade do suposto autor do delito comprometerá a garantia da ordem pública e frustrará a aplicação da lei penal." (HC 101.026/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO) É inquestionável, portanto, que a antecipação cautelar da prisão – qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente da decisão de pronúncia e prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível) – não se revela incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência (RTJ 133/280 – RTJ 138/216 – RTJ 142/855 – RTJ 142/878 – RTJ 148/429 – HC 68.726/DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, v.g.). O exame da decisão que impôs a prisão preventiva ao paciente, mantida tanto pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo quanto pelo E. Superior Tribunal de Justiça, evidencia que tal ato sustenta-se em razões de necessidade, confirmadas, no caso, pela existência de base empírica idônea. Vale acentuar, no ponto, o pronunciamento da douta Procuradoria-Geral da República, notadamente na parte em que destaca a plena legitimidade jurídica da medida judicial de privação cautelar da liberdade do ora paciente: "6. Como visto, as peculiaridades do caso, de fato, demonstram que a prisão preventiva atendeu aos requisitos do art. 312 do CPP, sendo certo que o

‘modus operandi’ revela a maior periculosidade do paciente e confirma a necessidade de seu encarceramento provisório para a garantia da ordem pública, em consonância com a Jurisprudência desse Pretório Excelso.

..... 8. Pelo exposto, o Ministério Público manifesta-se pelo não conhecimento do ‘writ’.” (grifei) Cumpre registrar, por relevante, que o Supremo Tribunal Federal tem entendido, em precedentes de ambas as Turmas (HC 94.330/SP, Rel. Min. AYRES BRITTO – HC 98.754/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE – HC 104.862/SC, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – HC 109.436/ES, Rel. Min. AYRES BRITTO – HC 110.848/SC, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – HC 122.409/SP, Rel. Min. LUIZ FUX – HC 134.396/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – HC 140.733/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES – HC 142.795-AgR/SP, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – RHC 106.697/PE, Rel. Min. ROSA WEBER, v.g.), que se reveste de fundamentação idônea a prisão cautelar decretada contra acusados/réus cujo comportamento revele, concretamente, sua periculosidade, evidenciada pelo “modus operandi” da realização da prática delituosa e/ou pela real possibilidade de reiteração delitiva: “PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM ‘HABEAS CORPUS’. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. REITERAÇÃO DELITIVA. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA, ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. .... 2. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a periculosidade do agente, evidenciada pelo ‘modus operandi’, e a probabilidade concreta de reiteração na prática criminosa constituem fundamentação idônea para a decretação da custódia cautelar. Hipótese em que o paciente ostenta duas condenações anteriores pelo mesmo delito e ainda responde a uma outra ação penal por crime diverso. 3. Agravo regimental desprovido.” (HC 137.131-AgR/RS, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – grifei) “‘HABEAS CORPUS’. PROCESSUAL PENAL. ‘WRIT’ SUBSTITUTO DE RECURSO ORDINÁRIO: ADMISSIBILIDADE. SÃO MOTIVOS IDÔNEOS PARA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR A PERICULOSIDADE DO AGENTE, EVIDENCIADA PELO ‘MODUS OPERANDI’, E O RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. ORDEM DENEGADA. I – Embora o presente ‘writ’ tenha sido impetrado em substituição a recurso ordinário, esta Segunda Turma não opõe óbice ao seu conhecimento. II – A periculosidade do agente, evidenciada pelo ‘modus operandi’, e o risco concreto de reiteração criminosa são motivos idôneos para a manutenção da custódia cautelar. III – Ordem denegada.” (HC 140.512/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – grifei) “‘HABEAS CORPUS’ SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES DA SEGUNDA TURMA. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. PRISÃO PREVENTIVA. ‘MODUS OPERANDI’. EXTENSO ROL DE REGISTROS CRIMINAIS NÃO TRANSITADOS EM JULGADO. PERICULOSIDADE DO AGENTE E RISCO DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. FUGA DO DISTRITO DA CULPA. RISCO À APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DENEGADA. 1. A Segunda Turma desta Suprema Corte admite a impetração de ‘habeas corpus’ em substituição ao recurso ordinário constitucional. Precedentes. 2. O especial modo de execução do crime, mediante disparos de arma de fogo em via pública que teriam resultado na paraplegia da vítima, a desvelar a gravidade concreta da infração, legitimam a prisão processual. Na mesma linha, o registro de anotações penais em desfavor do paciente, ainda que despidos de trânsito em julgado, podem, em tese, reforçar a periculosidade do agente e o risco de reiteração delituosa. 3. A fuga do agente do distrito da culpa, que, segundo o Juiz da causa, teria permanecido evadido por cerca de 10 anos, é circunstância apta a sinalizar fundado risco à aplicação da lei penal. 4. Ordem denegada.” (HC 141.152/CE, Rel. Min. EDSON FACHIN – grifei) Vê-se, pois, que esta Corte Suprema tem considerado legítimas as decisões que, apoiadas no “modus operandi” do comportamento delituoso e/ou na possibilidade concreta de reiteração criminosa, decretam a prisão cautelar,

tal como ocorreu na espécie ora em julgamento. Em uma palavra: “(...) Mostra-se idôneo o decreto de prisão preventiva quando assentado na garantia da ordem pública, ante a periculosidade do agente, evidenciada não só pela gravidade ‘in concreto’ do delito, em razão de seu ‘modus operandi’, mas também pelo risco real da reiteração delitiva (...)” (HC 141.170-AgR/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – grifei). Legítima, ainda, a manifestação da douta Procuradoria-Geral da República, no ponto em que revela ser incabível, no caso, a conversão da prisão preventiva em qualquer das medidas cautelares pessoais alternativas fundadas no art. 319 do CPP, na redação que lhe deu a Lei nº 12.403/2011: “7. Nesse contexto, aliás, mostra-se igualmente inviável a pretendida substituição da prisão preventiva por medida cautelar diversa, porquanto nenhuma daquelas previstas pelo art. 319 do CPP seria adequada diante do quadro fático retratado.” (grifei) Em suma: tenho para mim que os fundamentos subjacentes à decisão que decretou a prisão preventiva do ora paciente ajustam-se aos estritos critérios que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consagrou nessa matéria: “(...) a prisão preventiva deve ser convincentemente motivada (...). A fundamentação deve ser substancial, com base em fatos concretos, e não mero ato formal.” (RTJ 73/411, Rel. Min. ALIOMAR BALEEIRO – grifei) Sendo assim, em face das razões expostas, e acolhendo, ainda, os fundamentos do parecer da douta Procuradoria-Geral da República, indefiro o pedido de “habeas corpus”. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 24 de setembro de 2018. Ministro CELSO DE MELLO Relator

Essa espécie de prisão cautelar demonstra, portanto, como expõe Machado (2005, p. 101):

[...] apenas um momento processual específico em que o magistrado reavaliará, diante do caso concreto e das circunstâncias fáticas do momento da prolação da sentença condenatória, se manterá, uma vez já decretada, ou se imporá, caso o acusado encontre-se em liberdade, a respectiva prisão preventiva.

Em consonância, adverte Karam (2009, p. 50):

Prisão que eventualmente seja imposta ou mantida na sentença proferida em 1º grau ou no acórdão em 2º grau continuará sendo uma daquelas excepcionalmente autorizadas prisões provisórias de natureza cautelar, condicionando-se à demonstração de fatos reveladores de sua necessidade, no individualizado caso concreto, para assegurar que aquele processo ainda em curso chegue normalmente a seu final, eventualmente permitindo a satisfação prática da pretensão punitiva nele veiculada.

Fica claro que a aspiração da prisão no caso de existência de sentença apelável, estabelecendo um cumprimento provisório da pena aplicada, descreve límpido abuso à garantia da presunção de inocência, ainda que caiba recurso.

Karam (2009) determina que no ordenamento jurídico pátrio ainda existem leis ordinárias que preveem a obrigatoriedade de o imputado continuar preso para

recorrer, como é o caso da Lei nº 9.034/95, art. 9<sup>o</sup><sup>15</sup>; da Lei nº 9.613/98, art. 3<sup>o</sup><sup>16</sup>; e da Lei nº 8.072/90, art. 2<sup>o</sup>, § 3<sup>o</sup><sup>17</sup>. Essa cominação (i)legal, por sua vez, informa Karam (2009, p. 52-53), entra em conflito terminantemente não só com as “[...] normas fundamentais garantidoras da presunção de inocência, mas ainda claramente violam as normas fundamentais garantidoras da ampla defesa, do acesso à justiça e de sua expressão particularizada no acesso ao duplo grau de jurisdição”.

Fica claro, então, que se deve preservar a presunção de inocência como garantia constitucional consolidada, sempre que for admissível a intervenção de qualquer recurso e a natural possibilidade de absolvição. Isto é, qualquer tentativa, ainda que sutil, da execução provisória ou até mesmo da antecipação da pena deve ser evitado pelo Estado-Juiz.

Conclui, então, Antônio Alberto Machado (2005, p. 101) ensinando que “isto confirma mais uma vez a preponderância da prisão preventiva como custódia cautelar autêntica no processo penal brasileiro”.

Foi a partir de tais ensinamentos e entendimentos que as supracitadas leis foram em parte (Lei nº 9.613/98) ou ao todo (Lei nº 9.034/95) revogadas ou ainda tiveram parte de seu texto modificado (Lei nº 8.072/90) por leis supervenientes, consolidando a ideia de que a prisão imposta em sentença condenatória recorrível fere o Princípio da Presunção de Inocência, e por consequência a dignidade da pessoa humana.

### 3.5.5 A Prisão Imposta em Decisão de Pronúncia

Por fim, essa modalidade de prisão demonstrava, de início, segundo previa o antigo texto do artigo 451, § 1<sup>o</sup> do CPP, a necessidade da presença do imputado no julgamento a ser presidido pelo júri, sabendo que fora modificado pela Lei nº 11.689/2008. Destarte, trata-se de uma espécie de prisão fundamentada pela, como explica Machado (2005, pp. 97-98) “[...] facultatividade, pela modificabilidade, pela provisoriedade e pelo caráter instrumental”.

---

<sup>15</sup> O réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta lei.

<sup>16</sup> Os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

<sup>17</sup> Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

Nos dias atuais, a expedição desse tipo de prisão não é feita automaticamente depois do julgamento de pronúncia. Pelo contrário, se faz imperativo a pertinente validação da existência das condições da prisão preventiva, pois, só assim, é que se privará a liberdade do acusado, ou mesmo estabelecer-lhe tal medida. Logo, entende Machado (2005, p. 98) que “não há muito sentido prático na distinção que se faz entre prisão preventiva e prisão por pronúncia”.

Sendo assim, percebe-se ao magistrado cabe determinar que o processo seja continuado pelo tribunal do júri, uma vez que a pronúncia estabelece uma disposição interlocutória. Nesse sentido, conforme dispunha os revogados §§ 1º e 3º, do artigo 408 do CPP, tal decisão não pode compor um novo mérito para casual prisão provisória. Haja vista que essa previsão ia de encontro ao princípio de exceção da prisão provisória, como assevera, Karam (2009, pp. 48-49) “[...] para fazer da prisão a regra e da liberdade a exceção”.

Já no que tange à disposição de pronúncia, como não há de fato nenhuma decisão condenatória, esta induz somente de um juízo de possibilidade em relação à autoria da infração penal. Nos dizeres de Marques (2003, p. 95), “[...] na pronúncia, declara-se provável a imputação, ao revés do que sucede na sentença condenatória, em que se dá esta como certa e demonstrada”.

Nesse sentido, entende o STF, a respeito do tema, conforme julgado:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO EM LIBERDADE. INOCORRÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. O art. 594 do Código de Processo Penal não estabelece hipótese de prisão compulsória ou de execução provisória da sanção imposta, mas sim de prisão preventiva. 2. Antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, a custódia do paciente somente pode ser decretada quando tiver índole cautelar, ou seja, quando presentes os requisitos e pressupostos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. 3. Ordem concedida, para garantir que o paciente apele em liberdade, porque inexistente fundamentação cautelar para sua prisão.

Conforme entendimento da doutrina majoritária e como se extrai do próprio julgado acima, não há mais que se falar em prisão compulsória do imputado em decorrência de sentença de pronúncia, destacando que já não mais está em vigência tal instituto. Depreende-se desta análise, então, que para haver a possibilidade de prisão em decorrência de tal decisão, esta restará ser fundamentada com vistas as hipóteses de prisão preventiva. De todo modo, se o pronunciado já se ache preso,

imprescindível é que exista um novo ato que dê causa a sua permanência no encarceramento.

Em síntese, Karam (2009, p. 49) conclui que “[...] a demonstração ou não da necessidade da prisão, assim como a demonstração ou não da superação dessa necessidade, se fará em qualquer fase de qualquer procedimento”.

Em suma, diante de tal momento processual quando se dá a sentença de pronúncia, cabe ao magistrado a decisão, de maneira justificada, pela manutenção, revogação ou decretação da prisão do acusado agora devidamente pronunciado. Destarte, isto constitui que a prisão por pronúncia não é mesmo uma espécie própria da prisão cautelar.

## 4 A COLISÃO ENTRE O INSTITUTO DA PRISÃO CAUTELAR E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A aplicabilidade do princípio da presunção de inocência ao imputado de alguma infração penal tem por escopo assegurar que a ele não seja tomado o valor constitucional da liberdade de locomoção, ou como se conhece a liberdade de ir vir; ao passo que o instituto processual penal das prisões cautelares, considerando-se suas espécies, também tem o escopo de assegurar outros princípios constitucionais, a exemplo da paz pública e da ordem econômica. Contudo, é perceptível que, enquanto este assegura um princípio de caráter social, geral; aquele garante um princípio de natureza individual, particular, mas ambos tão importantes que gera conflito se inserem numa situação concreta.

É diante desses casos, que o julgador deve fazer uso do princípio da proporcionalidade na tentativa de sanar esse conflito normativo de caráter fundamental, buscando, como se esclarecerá, usar a técnica da ponderação como ferramenta que auxilie a determinar qual princípio deverá prevalecer em prejuízo do outro, levando em consideração se os requisitos que regem a determinação das prisões cautelares (do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*) estão presentes e fazem valer tal medida.

Analisar-se-á, por fim, alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça e do STF demonstrando alguns posicionamentos jurisprudenciais que exemplificaram como se dá a resolução dessa colisão nas situações concretas e tais decisões não universais e solidificadas, dependendo de cada caso.

### 4.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA *VERSUS* A PRISÃO CAUTELAR

A prisão cautelar sempre esteve prevista no ordenamento brasileiro e tem, como é sabido, natureza cautelar, devendo, pois, ser imposta de maneira excepcional, nas hipóteses de extrema necessidade. Diante disso, para que seja legítima a supressão de liberdade, é imperativo que se demonstrem razões que justifiquem a substancialidade dessa importante medida acautelatória de privação de liberdade do acusado ou do imputado, antes de sentença condenatória.

Desde que o princípio da presunção de inocência se consolidou na CF/88, que se instaurou um grande embate entre doutrina e jurisprudência, a princípio mais

aferrada, no que tange à conciliabilidade entre este princípio constitucional e as prisões cautelares previstas no Código de Processo Penal. Contudo, Machado (2005, pp. 239-240), citando Jardim, expõe que:

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

Desse modo, apreende-se que, para mencionado autor, a prisão cautelar necessita conservar os critérios da imprescindibilidade, da instrumentalidade da proteção que são fins buscados pelo processo penal, afim de ser conciliável com a prerrogativa da presunção de inocência. Como explica Bechara (2005, p. 161), “[...] essa reconhecida necessidade social é que acaba por explicar a convivência harmoniosa entre a prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência”.

Nesse sentido, ainda que haja uma coexistência pacífica entre ambos dispositivos, é importante entender que o instituto do constrangimento da liberdade cautelar precisa ser observado como um meio que tem por finalidade assessorar a administração da justiça, com límpida natureza de garantia. Logo, diante desse ensinamento, como explana Bechara (2005, p. 161), tal dispositivo penal “[...] deve ser dotado do caráter de excepcionalidade, já que constitui medida de restrição à liberdade antes da decisão condenatória definitiva”.

Fica claro, então, que nas prisões cautelares, há a superveniência de um, nas palavras de Bechara (2005, p. 162), “[...] ponto de tensão que envolve o objeto do processo penal, de um lado, e o direito de liberdade, de outro”.

Nesse lume, infere-se que, ao abranger o direito social à segurança e proteger a ordem pública afim de refletir a paz e a harmonia social, o primeiro aspecto se relaciona com a precisão de defesa social. Em contrapartida, existe um segundo bem jurídico a ser tutelado, qual seja a presunção de inocência como garantia fundamental. Trata-se, segundo Bechara (2005, p. 162) “[...] de um ponto de delimitação à legalidade ou ilegalidade das possíveis restrições à liberdade do indivíduo”.

Em consonância com exposto, entende-se que a inclusão da presunção de inocência dentro do ordenamento constitucional pátrio acompanha a propositura do Estado liberal burguês, ao passo que lida com as dubiedades típicas de seu caráter e finalidades, qual seja, por um lado, como expõe o autor Machado (2005, p. 240), “[...] assegurar a permanência da ordem vigente, fazendo atuar a repressão; e, de outro, garantir as liberdades públicas fundamentais, proclamando os direitos e princípios que as tutelem”. Instala-se, portanto, conclui Machado (2005, p. 240), “[...] um aparente conflito entre a necessidade de manutenção da ordem e as exigências de garantia da liberdade”.

Diante desse contexto, é que o doutrinador Bechara (2005, p. 162) explica:

Logo, o fundamento constitucional da prisão cautelar encontra-se na proteção do direito social à segurança. É claro que na prisão cautelar há uma afirmação mínima de culpabilidade, mas não no sentido de antecipação dos efeitos de uma condenação e, sim, como pressuposto de legalidade necessária a autorizar a medida constritiva. Da mesma forma que o constituinte consagrou a presunção de inocência como direito fundamental de natureza individual, admitiu expressamente a intervenção estatal na esfera pessoal do acusado, não somente através da possibilidade da pena, mas através da previsão dos instrumentos necessários a tornar eficiente a persecução criminal, legitimando, inclusive, as providências de caráter constritivo aos direitos fundamentais.

O professor Machado (2005, p. 240), citando Gomes Filho (1991), expressa que o princípio da presunção de inocência presente na Carta Maior de 1988 desempenha uma “[...] função político-retórica de inculcar no cidadão a ideia de que o direito penal é aplicado com observância de todas as garantias para o acusado, considerado inocente antes de uma condenação definitiva”.

Nessa mesma linha de pensamento, o doutrinador Machado (2005, p. 241), acrescenta que “[...] a presunção de inocência transmite, a priori, uma sensação mística e encantadora de isonomia entre todos os acusados, quaisquer que sejam suas condições socioeconômicas”. Contudo, tem-se que deixar claro que tal fato acaba puramente por mascarar a verdadeira realidade, qual seja a de que muitos réus não dispõem de meios e/ou recursos que sejam eficientes na promoção de uma ampla defesa dentro da persecução do processo ao qual está submetido.

Assim, o que resta, a essa grande maioria, é o não recebimento do constitucional acolhimento isonômico a que tem direito e nem mesmo a consideração de que são inocentes até que se determine uma sentença penal condenatória por meio do trânsito em julgado.

Mas ainda que seja “místico e encantador” tal princípio, é importante destacar que ele possui *status* constitucional, e, portanto, tem a prerrogativa de se sobrepor frente a normas infraconstitucionais, a exemplo do CPP.

Desse modo, Machado (2005, pp. 242-243) critica artigos 393, I e II<sup>18</sup>, e 594<sup>19</sup> do CPP, oportunamente revogados, que dispunham a respeito do lançamento do nome do imputado a lista de culpados, a partir da decretação da prisão do mesmo depois de vinculado a sentença condenatória recorrível e ainda a precisão de que se submetesse a prisão para recorrer. Versava-se de pronunciados legais com clara natureza de execução provisória da pena. Explica:

Apesar de suas funções nitidamente retóricas, é imperioso reconhecer que o princípio liberal de inocência pode mesmo produzir algumas consequências práticas. Assim, por força desse princípio as prisões cautelares a) devem ser decretadas em caráter excepcional, quando absolutamente necessárias; b) devem ser impostas com observância dos princípios de estrita legalidade, do contraditório e da ampla defesa; c) mediante decisões devidamente fundamentadas; d) pelo tempo mínimo necessário; e) observando-se rigorosa proporcionalidade com a pena prevista para o crime; f) com plena garantia da integridade física e moral do preso; e g) sem que esse tipo de prisão seja utilizado como forma de punição ou prevenção da criminalidade.

Diante dos termos de natureza cautelar das prisões provisórias, o STF proferiu, em 2010, como exemplifica Lima (2011, p. 18) que os recursos extraordinários não detêm caráter suspensivo, não sendo plausível, enquanto não haja a determinação de sentença penal condenatória transitada em julgado, a efetivação da pena privativa de liberdade, conforme segue:

Prisão Preventiva: Pendência de Recurso sem Efeito Suspensivo e Execução Provisória Ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP. Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, concedeu habeas corpus, afetado ao Pleno pela 1ª Turma, para determinar que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória. Tratava-se de habeas corpus impetrado contra acórdão do STJ que mantivera a prisão preventiva do paciente/impetrante, ao fundamento de que os recursos especial e extraordinário, em regra, não possuem efeito suspensivo — v. Informativos 367, 371 e 501. Salientou-se, de início, que a orientação até agora adotada

---

<sup>18</sup> Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível:

I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;

II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.

<sup>19</sup> Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.

pelo Supremo, segundo a qual não há óbice à execução da sentença quando pendente apenas recursos sem efeito suspensivo, deveria ser revista. Esclareceu-se que os preceitos veiculados pela Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal, artigos 105, 147 e 164), além de adequados à ordem constitucional vigente (art. 5º, LVII: —ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória), sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP, que estabelece que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo e, uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença. Asseverou-se que, quanto à execução da pena privativa de liberdade, dever-se-ia aplicar o mesmo entendimento fixado, por ambas as Turmas, relativamente à pena restritiva de direitos, no sentido de não ser possível a execução da sentença sem que se dê o seu trânsito em julgado. Aduziu-se que, do contrário, além da violação ao disposto no art. 5º, LVII, da CF, estar-se-ia desrespeitando o princípio da isonomia.

Diante do exposto, o doutrinador Lima (2011, p. 18) assevera que, “por muito tempo, na jurisprudência brasileira, prevaleceu o entendimento de que uma vez pendentes apenas recursos sem efeito suspensivo, não haveria empecilho ao cumprimento da sentença exarada”. É o que se pode perceber e inferir do artigo 637 do Código de Processo Penal. Dessa forma, como explica Renato Brasileiro de Lima (2011, pp. 18-19), “mesmo que o acusado tivesse interposto recurso extraordinário ou especial, estaria sujeito à prisão, não se vinculando esta aos pressupostos da prisão preventiva”.

Todavia, diante da redação do julgado supramencionado, a Suprema Corte estabeleceu conformidade no sentido de não ser possível, antes do trânsito em julgado do processo, o cumprimento provisório da sentença penal condenatória.

#### 4.2 AS INOVAÇÕES DA LEI Nº 12.403/2011

Por um longo período, o sistema de processo penal pátrio dispunha ao magistrado somente duas alternativas ao tratar das medidas cautelares de caráter pessoal, quais sejam: prisão cautelar ou liberdade provisória. Ensejava-se, segundo Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 4), “[...] da bipolaridade cautelar do sistema brasileiro”.

Contudo, desde a promulgação e entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, essa lista de medidas cautelares pessoais foi ampliada, de forma considerável, distintas da prisão cautelar, dando ao magistrado a possibilidade da decretação daquela que, em análise do caso concreto, fosse mais acertada, segundo os princípios da proporcionalidade e da legalidade, como se percebe nas palavras de Renato de Lima.

Dessa forma, o artigo 319 do Código de Processo Penal, modificado pela oportunamente citada lei, ficou previsto, a partir de então, nove medidas cautelares distintas da prisão, que podem ser empregadas pelo magistrado em particular, de forma independente, ou em conjunto. Nesse lume, é possível, inclusive, evitar o proferimento da prisão preventiva, através da aplicação dessas medidas, como aduz Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 5) “[...] porquanto o juiz pode nelas encontrar resposta suficiente para tutelar a eficácia do processo, sem necessidade de adoção da medida extrema do cárcere *ad custodiam*”.

Entretanto, vale ressaltar que tanto na decretação da prisão preventiva quanto na aplicação das medidas cautelares sem se falar em prisão, devem pressupor a presença dos requisitos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, já anteriormente estudados, além, é claro, de se considerar os princípios da jurisdicionalidade, da proporcionalidade e da presunção de inocência, como infere o autor Lima (2011).

Como assevera o autor Gemaque (2011), “além do que servirá aos juízes como um leque de opções para melhor fazer frente a situações de cautelaridade que se apresentem no processo”.

Diante desse contexto, é possível perceber que muitos doutrinadores enxergam a nova lei como uma ferramenta que vem proporcionar ao instituto da prisão cautelar um melhor regramento. Sabendo que se trata de uma lei atual e esta veio para alicerçar entendimentos já insculpidos pela jurisprudência e doutrina.

#### 4.3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM FACE DA REGRA DA PONDERAÇÃO DE VALORES

A colisão em meio aos direitos fundamentais é uma possibilidade de ocorrer, haja vista que a Constituição, muitas vezes, ampara ou resguarda dois ou mais direitos de natureza fundamental que podem, diante de uma situação concreta, se oporem.

Nesse sentido, Andrade (1987, p. 220) aponta que “[...] haverá conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta. Desta forma, existe a possibilidade de conflitos entre tais bens jurídicos tutelados”.

Com efeito, no entendimento de Steinmetz (2001, p. 63), a colisão entre direitos fundamentais pode ocorrer porque:

[...] não estão dados de uma vez por todas; não se esgotam no plano da interpretação *in abstracto*. As normas de direito fundamental se mostram abertas e móveis quando de sua realização ou concretização na vida social. Daí a ocorrência de colisões. Onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizados, há colisão *in concreto*.

Dessa forma, portanto, depreende-se que o acontecimento desse tipo de conflito se dá em razão de as normas de direitos fundamentais possuírem certa flexibilidade no que diz respeito a sua efetivação na vida social das pessoas, já que conforme fora falado, dentro do trâmite penal, o acusado deve ter seus direitos garantidos e protegidos.

Diante desse contexto, pode-se auferir que a colisão em meio aos direitos fundamentais se dá justamente quando, numa situação concreta, como explica Steinmetz (2001, p. 139), quando “[...] o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de um outro titular”.

Na situação analisada no presente trabalho, a peculiar colisão se dá por parte do princípio constitucional da presunção de inocência diante do instituto dos tipos de prisões cautelares.

Em consonância com o que já foi abordado, pode-se perceber que a constitucionalidade das prisões processuais frente ao princípio da inocência é capaz de existir desde que justificada sob o pressuposto do princípio da proporcionalidade face à regra da ponderação de valores constitucionais, já que, como ensina Rodrigues (2010), “[...] esta regra de hermenêutica constitucional legitima a tese de validade das prisões provisórias, especialmente por ter como seu suporte a própria Constituição Federal”.

Evidencia-se, por toda essa temática sobre tal problemática no âmbito jurídico, que tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátria, de maneira majoritária, sempre optou por defender a constitucionalidade das prisões cautelares frente ao princípio da presunção de inocência, baseado, como expõe Rodrigues (2010) nos seguintes aspectos: “a) a mesma hierarquia entre as regras conflitantes; b) a excepcionalidade das prisões cautelares”.

Diante de tal contexto, sobre a técnica da ponderação de valores, aduz Barroso (2004, p. 330):

A denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. Assim, perfeitamente aplicável a ponderação de valores constitucionais ao caso em testilha, eis que estamos diante do conflito entre o princípio/direito/interesse constitucional do réu de ser considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e os princípios/interesses/normas referentes à paz social, segurança pública, e, por que não, dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, corrobora Steinmetz (2001, p. 140) que “[...] a ponderação de bens é o método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito; o método que determinará qual o direito ou bem, e em que medida, prevalecerá, solucionando a colisão”.

Nesse sentido, operando-se a tal técnica oportunamente mencionada, a liberdade do acusado, dependendo da situação concreta, não deverá ser superior a outro valor também constitucional que esteja em colisão. Em outras palavras, se existe a chance de o réu em liberdade pôr em perigo outros bens jurídico-constitucionais mais importantes, podendo citar, a exemplo, a dignidade da pessoa humana e a segurança pública, será preciso que se decreta prisão cautelar, usando o julgador a técnica da ponderação de valores, como explana Colnago Rodrigues (2010).

Em consonância com tal entendimento, o doutrinador Tourinho Filho (2001, p. 479) lembra que, ainda que pareça injustificada a prisão cautelar do acusado, “[...] por outro lado, em determinadas hipóteses, a Justiça Penal correria um risco muito grande deixando o indigitado autor do crime em liberdade”.

Nesse lume, a aplicação da ponderação de valores se dá apenas, como entende Steinmetz (2001), com o aproveitamento do princípio da proporcionalidade. Todavia, importa apreender que a técnica da ponderação muitas vezes se confunde com tal princípio constitucional, dificultando a distinção de tais conceitos. Sendo assim, Steinmetz (2001, p. 144) esclarece que “[...] de fato, não há como separar a ponderação de bens do princípio da proporcionalidade”.

Do exposto, é possível extrair que, de fato, o princípio da proporcionalidade se situa como gênero e abarca a própria ponderação de bens, que seria sua espécie. Isto é, são definições que estão intimamente conectados e que objetivam a correção ou atenuação no tocante ao problema da colisão entre direitos fundamentais, parafraseando Steinmetz (2010).

De maneira a facilitar a praticidade que possibilita a técnica da ponderação dentro da proporcionalidade, importa ler as ementas listadas abaixo que tratam sobre essa ideia da ponderação envolvendo os institutos em análise, como trata os julgados do Tribunal de Justiça do Pará (TJ-PA) e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG):

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS DA MEDIDA CAUTELAR. IMPROCEDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO SATISFATÓRIA. OBEDIÊNCIA AO ART. 93, INCISO IX, DA CF. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE DA AÇÃO CRIMINOSA. PRINCÍPIO DO JUIZ PRÓXIMO DA CAUSA. CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E PRISÃO CAUTELAR. COMPATIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL DEVIDAMENTE OBEDECIDOS. ORDEM DENEGADA. DECISÃO UNÂNIME. 1. O Juízo a quo consubstanciou sua decisão (decreto constritivo), de forma satisfatória, vez que pautada nos motivos autorizadores da prisão preventiva, mormente a garantia da ordem pública, diante da periculosidade concreta do paciente, demonstrada pelo modus operandi em que se deu o crime, e da gravidade da ação perpetrada. 2. As condições subjetivas favoráveis atribuídas ao paciente como residência fixa, ocupação lícita, primariedade e bons antecedentes, não são suficientes, por si sós, para impedir a segregação cautelar, se presente pelo menos um dos requisitos da prisão preventiva. 3. Em uma perspectiva de modelo constitucional de processo, voltado à 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. Assim, a medida cautelar garante o bom andamento processual, enquanto o princípio da presunção de inocência promove a afirmação do acusado como sujeito de direitos, garantindo a realização dos direitos fundamentais no processo penal, a exemplo da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal. 4. Ordem denegada, à unanimidade.

HABEAS CORPUS - DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA - NEGATIVA DE AUTORIA - VIA IMPRÓPIA - PRISÃO PREVENTIVA - DECISÃO FUNDAMENTADA - RISCO À INTEGRIDADE FÍSICA E PSICOLÓGICA DA VÍTIMA - APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E EXPECTATIVA DE PENA MAIS BRANDA - INVIABILIDADE - PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS - IRRELEVÂNCIA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. - A estreita via do Habeas Corpus não se mostra como meio adequado para discutir negativa de autoria. - Tratando-se de paciente preso em virtude do descumprimento de medidas protetivas anteriormente impostas em favor de sua ex-companheira, motivada está a decisão que decreta a prisão preventiva, uma vez fundada em dados concretos e objetivos dos autos, à luz dos artigos 312 e 313, III do Código de Processo Penal. - Não há que se falar em concessão de liberdade provisória com aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando a segregação provisória do paciente se mostra indispensável a atender o princípio da necessidade. - Inviável conceder liberdade, in casu, com base na expectativa de pena futura, uma vez que não há como antever, neste momento, quais seriam os limites da provável sentença condenatória. Ademais, as medidas protetivas de urgência possuem natureza autônoma e satisfativa, não dependendo do ajuizamento de eventual "ação principal",

cível ou criminal para a prestação jurisdicional. - Não há, nas hipóteses da prisão preventiva, prejuízo ao princípio da presunção de inocência, quando presentes os requisitos autorizadores da medida cautelar. - Somente condições subjetivas favoráveis não permitem a revogação do decreto da prisão preventiva.

Partindo da leitura dos julgados do TJ-PA (primeiro) e de TJ-MG (segundo), fica evidente que o julgador levou em consideração a regra da ponderação de valores, posto que a presunção de inocência do acusado foi, a priori, apartada, em face a outra norma de caráter fundamental, qual seja: a paz pública, tratada no primeiro julgado; e a integridade física e psicológica da vítima, no segundo julgado. Logo, tanto na primeira situação quanto na segunda, o julgador justificou com bases legais a sua decisão, protegendo outros valores que também estão assegurados na Constituição Federal de 1988.

Rodrigues (2010) ainda esclarece:

É certo que os conflitos existentes entre estado de inocência e prisão cautelar dever-se-á pautar-se sob o manto da ponderação de valores, uma vez que esta técnica é a que, a priori, melhor atende os ditames constitucionais, haja vista a exegese da Constituição como um todo, sistematicamente, não privilegiando somente um interesse fundamental em detrimento de outro, quiçá em detrimento de outros.

Em suma, o doutrinador Steinmetz (2001) conclui, parafraseando-o, que em se tratando da aplicação da técnica da ponderação constitucional deve-se entender que não há como se chegar a apenas um resultado possível e correto, ou a uma única solução correta, em virtude de que tal técnica admite ao julgador, dentro das situações concretas proceder sempre com novas argumentações, determinando que tal procedimento seja aberto e mutável, sempre com base e fundamentos jurisprudenciais, doutrinários e legais que sejam plausíveis em cada caso em análise, possibilitando a preferência de um direito em prejuízo de outro.

#### 4.4 OS ENTENDIMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

Ainda que já se tenha expostos o entendimento do STF e até mesmo do STJ, no corpo desta pesquisa, conveniente é analisar alguns outros oportuno se faz retomar alguns posicionamentos de tais Tribunais afim de consolidar a contenda aqui sugerida. Nesse sentido, tem o julgado do STF:

PRISÃO CAUTELAR. INCONSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS EM QUE SE APÓIA A QUE A DECRETOU: GRAVIDADE OBJETIVA DO CRIME, NÃO-VINCULAÇÃO DO RÉU AO DISTRITO DA CULPA E RECUSA DO ACUSADO EM APRESENTAR A SUA VERSÃO PARA OS FATOS DELITUOSOS. INCOMPATIBILIDADE DESSES FUNDAMENTOS COM OS CRITÉRIOS FIRMADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL. DIREITO DO INDICIADO/RÉU DE NÃO SER CONSTRANGIDO A PRODUZIR PROVAS CONTRA SI PRÓPRIO. DECISÃO QUE, AO DESRESPEITAR ESSA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL, DECRETA A PRISÃO PREVENTIVA DO ACUSADO. INADMISSIBILIDADE. NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. DOCTRINA. PRECEDENTES. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. - A privação cautelar da liberdade individual 'qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia e prisão resultante de condenação penal recorrível)' não se destina a infligir punição antecipada à pessoa contra quem essa medida excepcional é decretada ou efetivada. É que a ideia de sanção é absolutamente estranha à prisão cautelar ('carcer ad custodiam'), que não se confunde com a prisão penal ('carcer ad poenam'). Doutrina. Precedentes. - A utilização da prisão cautelar com fins punitivos traduz deformação desse instituto de direito processual, eis que o desvio arbitrário de sua finalidade importa em manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal. Precedentes. - A gravidade em abstrato do crime não basta, por si só, para justificar a privação cautelar da liberdade individual do suposto autor do fato delituoso. O Supremo Tribunal Federal tem advertido que a natureza da infração penal não se revela circunstância apta a legitimar a prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes. - A ausência de vinculação do indiciado ou do réu ao distrito da culpa não constitui, só por si, motivo autorizador da decretação da sua prisão cautelar. Precedentes. - A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a autoincriminação, especialmente aquela exposta a atos de persecução penal. O Estado - que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus como se culpados fossem (RTJ 176/805-806) - também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512). Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para efeito de perícia criminal. (...)

Este julgado do STF, de outubro/2008, já trazia os principais pontos acerca dos quais esta Corte Constitucional tem firmado entendimento a respeito da prisão cautelar e presunção de inocência. Cita-se:

- A privação cautelar da liberdade individual não se destina a infligir punição antecipada à pessoa contra quem essa medida excepcional é decretada ou efetivada;

- A gravidade em abstrato do crime não basta, por si só, para justificar a privação cautelar da liberdade individual do suposto autor do fato delituoso;
- A ausência de vinculação do indiciado ou do réu ao distrito da culpa não constitui, só por si, motivo autorizador da decretação da sua prisão cautelar;
- A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a autoincriminação, especialmente aquela exposta a atos de persecução penal.

Na realidade, são questões já abordadas no decorrer desta pesquisa e que vêm se firmando, já há algum tempo, como jurisprudência dominante no STF. Em um julgado mais recente, de fevereiro de 2012, observa-se que prevalece a mesma orientação jurisprudencial do STF:

DENEGAÇÃO DE LIMINAR EM PROCESSO DE "HABEAS CORPUS" INSTAURADO PERANTE O E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRISÃO CAUTELAR DECRETADA POR TRIBUNAL DE JUSTIÇA MEDIANTE UTILIZAÇÃO DE FÓRMULA GENÉRICA DESPROVIDA DE FUNDAMENTAÇÃO E, POR ISSO MESMO, CONFLITANTE TANTO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO COM A NORMA INSCRITA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 387 DO CPP. POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO DA RESTRIÇÃO FUNDADA NA SÚMULA 691/STF. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO, EM CADA CASO OCORRENTE, DOS PRESSUPOSTOS DE CAUTELARIDADE JUSTIFICADORES DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PROCESSUAL, MESMO TRATANDO-SE DE RÉUS CONDENADOS, EM CUJO FAVOR MILITA, COMO REGRA GERAL, O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PRECEDENTES. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.- Para efeito de legitimação da prisão cautelar, ainda que motivada por condenação recorrível, exigir-se-á, sempre, considerada a inconstitucionalidade da execução penal provisória, a observância de certos requisitos, hoje estabelecidos em sede legal (CPP, art. 387, parágrafo único, acrescentado pela Lei nº 11.719/2008), sem os quais não terá validade jurídica alguma esse ato excepcional de constrição da liberdade pessoal do sentenciado, sendo destituída de eficácia, por arbitrária, a fórmula genérica ("Expeça-se mandado de prisão") utilizada por Cortes judiciárias. Doutrina. Precedentes.- A denegação, ao sentenciado, do direito de recorrer (ou de permanecer) em liberdade depende, para legitimar-se, da ocorrência concreta de qualquer das hipóteses referidas no art. 312 do CPP, a significar, portanto, que, inexistindo fundamento autorizador da privação meramente processual da liberdade do réu, esse ato de constrição reputar-se-á ilegal, porque dele ausente a necessária observância da exigência de cautelaridade. Precedentes.- A prisão processual, de ordem meramente cautelar, ainda que fundada em condenação penal recorrível, tem como requisito legitimador a existência de situação de real necessidade, apta a ensejar, ao Estado, quando efetivamente configurada, a adoção -sempre excepcional - dessa medida constritiva de caráter pessoal, a evidenciar que se mostra insuficiente, para tal fim, a exclusiva motivação subjacente ao decreto de condenação, cujos elementos não se confundem nem satisfazem a exigência de específica demonstração da ocorrência, em cada caso, dos pressupostos de cautelaridade inerentes à prisão meramente processual. [...]

Portanto, resta configurado o entendimento do STF de que, desde que devidamente fundamentada pelo julgador, a prisão cautelar não se mostra inconstitucional, não ferindo, neste caso, o princípio da presunção de inocência.

O Superior Tribunal de Justiça também dispõe de orientação jurisprudencial semelhante, conforme se depreende da análise desses julgados:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE REQUISITOS PARA A PRISÃO CAUTELAR. DECISÃO FUNDAMENTADA EM FATOS CONCRETOS. RÉU FORAGIDO HÁ QUASE 13 ANOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. ORDEM DENEGADA. 1. A liberdade, não se pode olvidar, é a regra em nosso ordenamento constitucional, somente sendo possível sua mitigação em hipóteses estritamente necessárias. Contudo, a prisão de natureza cautelar não conflita com a presunção de inocência, quando devidamente fundamentada pelo juiz a sua necessidade, como é o caso dos autos. 2. A negativa do direito de recorrer em liberdade encontra-se devidamente fundamentada no fato do paciente encontrar-se, desde a data da decretação da custódia (em 18 de novembro de 1999), ou seja, há quase 13 anos, em local incerto e não sabido, expressando a necessidade da medida extrema para garantir a aplicação da lei penal. 3. Habeas corpus denegado.

Neste julgado, percebe-se que a decretação da prisão preventiva não se conflita com a garantia da presunção de inocência, uma vez presentes os requisitos que fundamentam aquela medida cautelar e desde que evidenciada sua necessidade concreta.

Outra ementa que referenda o que acima se propôs:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO. CLAMOR SOCIAL. PRESUNÇÕES ABSTRATAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA. I. Não se aplica a vedação do art. 44 da Lei nº 11.343/06, que obstrui a concessão de liberdade provisória aos acusados pelo delito de tráfico ilícito de entorpecentes, em hipótese na qual o flagrante foi relaxado por inexistência do estado de flagrância. 4411.343II. A prisão preventiva é medida excepcional que deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda e a ser cumprida quando da condenação. 312Código de Processo Penal III. O simples juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado ao recorrente, assim como o volume de drogas apreendidas -cerca de 105 gramas - ou o clamor social não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculados de qualquer fator concreto ensejador da configuração dos requisitos do art. 312 do CPP. 312CPPIV. Ordem concedida, nos termos do voto do relator.

Percebe-se expressamente a orientação do Superior Tribunal de Justiça de que o clamor social, nem mesmo o simples juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito podem constituir-se fundamento plausível para a decretação da prisão cautelar, sob pena de antecipar-se a condenação.

Portanto, de uma maneira geral, parece não haver divergências entre as duas Cortes, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, acerca dos critérios a serem observados pela prisão cautelar a fim de evidenciar-se constitucional. A Lei nº 12.403/2011<sup>20</sup> veio para firmar esses entendimentos, oportunizando ao julgador novas medidas cautelares diversas da prisão.

Por sua vez, é tarefa do julgador, diante da necessidade evidenciada no caso concreto, aplicar o método da ponderação dos valores, fazendo valer o texto constitucional, de modo a prevalecer o direito fundamental mais relevante naquele momento, mesmo que em detrimento de outro.

A questão central residirá na necessidade de fundamentação objetiva, a teor do que dispõe a Carta Magna em seu artigo 93, inciso IX, da CF/88:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

A partir da fundamentação jurídica pertinente e legalmente estatuída, esvaziada de qualquer subjetividade que macule seu caráter, a prisão cautelar evidenciará sua constitucionalidade, afastando, assim, qualquer suspeita de colisão com o princípio constitucional da presunção de inocência.

---

<sup>20</sup> Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A consagração do Princípio da Presunção da Inocência dentro do ordenamento jurídico-constitucional pátrio expôs novidades dentro do processo penal, conferindo-lhe uma natureza mais humanitária.

Diante da CF/88, o imputado é considerado como um sujeito detentor de direitos a quem são resguardados uma série de garantias fundamentais, cuja finalidade maior é a de impedir a aleatoriedade do Estado-Juiz no trâmite de qualquer processo penal.

A partir de tal concepção, necessária é a fidelidade rigorosa sobre a natureza das prisões cautelares, que é excepcional, haja vista que uma condenação futura é, dentro de um contexto maior, apenas uma simples possibilidade.

Nesta linha de raciocínio, grande parte da doutrina e da jurisprudência entende, em consonância com esta pesquisa, que a antecipação cautelar da prisão não é de todo incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, uma vez que levem-se em consideração os pressupostos legais para que tal antecipação da prisão seja cabível, quais sejam o *periculum libertatis* e *fumus comissi delicti*, e, sobretudo, se avalie sobre sua real necessidade, sabendo-se que, via de regra, a liberdade do acusado é presumida.

Pode, portanto, o magistrado, em casos excepcionais, devidamente motivados e fundamentados nas provas dos autos, adotar medidas que antecipem a restrição da liberdade individual. Nestes casos, o julgador se vinculará rigorosamente aos pressupostos legais e à efetiva necessidade de aplicação da medida cautelar, provando o prejuízo estatal do direito de punir, assim como o real prejuízo à sociedade em caso da não decretação do encarceramento do acusado. Ao decretar uma prisão acautelatória, o juiz deve motivar sua decisão pautado em provas contidas nos autos, subsumindo os fatos aos requisitos apresentados na lei como indispensáveis ao seu cumprimento.

Com o advento da Lei nº 12.403/2011, novas medidas cautelares poderão ter aplicabilidade no processo penal. Desse modo, o art. 319 do diploma processual penal, alterado pela supracitada legislação, passa a prever uma série de medidas cautelares, diversas da prisão, que poderão ser impostas aos acusados. Portanto, resta mais uma vez configurada a excepcionalidade da prisão cautelar, que deverá

ser utilizada apenas em *ultima ratio*, caso não se logre êxito com as demais medidas cautelares trazidas pela nova legislação.

A coadunar com esse entendimento, assim prevê o parágrafo sexto do artigo 282 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 12.403/2011: 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). Portanto, a prisão cautelar restou ainda mais restringida pela nova legislação, uma vez que se privilegiam outras medidas cautelares, diversas da prisão, como forma de garantir a instrumentalidade do processo.

Em contrapartida, qualquer segregação cautelar imposta ao indivíduo, sem a devida fundamentação dos pressupostos e a presença dos elementos necessários ao convencimento do magistrado, será tida como medida antecipadora da pena, afrontando expressamente o princípio da presunção de inocência.

Por ocasião do trabalho de pesquisa que aqui se empreendeu, percebe-se a ocorrência de dois direitos que não necessariamente se contrapõem: o direito do cidadão de ser presumido inocente e o direito estatal de garantir a eficácia do processo penal, evitando o *periculum in mora*, em busca da justiça e da proteção social.

A partir das restrições trazidas pela própria legislação, é possível sim a convivência harmônica entre o princípio da presunção da inocência e o instituto da prisão processual. Far-se-á, todavia, necessária, conforme já exaustivamente abordado, a estrita observância dos pressupostos e requisitos legalmente estatuídos.

Por fim, ressalta-se que a abordagem teórica e baseada em alguns julgados desta pesquisa não pretende esgotar ou restringir a discussão acerca da temática. Pelo contrário, diante da atualidade, relevância e complexidade do tema, sempre haverá espaço para a busca de novos rumos e novas reflexões na busca da concretização dos direitos da pessoa humana, da diminuição das desigualdades e da efetivação da justiça.

Contudo da pesquisa em estudo, é possível inferir que ela restou fortalecida no entendimento de que, diante de um caso concreto, deve haver a análise minuciosa dos princípios legais penais e se eles realmente estão sendo preenchidos, para que só assim aplique-se as medidas cautelares possíveis, caso contrário deverá o acusado permanecer livre, preservando seu caráter de inocência e, por consequência, sua dignidade como pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BRASIL. **Código de processo penal**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 20 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.210/84**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 20 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.960/89**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm)>. Acesso em: 20 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.072/90**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm)>. Acesso em: 20 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.844/94**. Disponível em:  
<<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/107906/lei-8844-94htm>>. Acesso em: 20 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.034/95**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/cCivil\\_03/LEIS/L9034.htm](http://www.planalto.gov.br/cCivil_03/LEIS/L9034.htm)>. Acesso em: 20 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.613/98**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/cCivil\\_03/LEIS/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/cCivil_03/LEIS/L9613.htm)>. Acesso em: 20 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.403/2011**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm)>. Acesso em: 20 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal** - HC: 116504 MG, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 06/08/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-163 DIVULG 20-08-2013 PUBLIC 21-08-2013. Disponível em:  
<<https://www.jusbrasil.com.br/home>>. Acesso em: 20 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal** - HC: 96095 SP, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 03/02/2009, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-04 PP-00623. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/home>>. Acesso em: 20 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal** - HC 102065, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 23/11/2010, DJe-030 DIVULG 14-02-2011 PUBLIC 15-02-2011 EMENT VOL-02464-02 PP-00366. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/home>>. Acesso em: 20 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça** - HC: 278681 PR 2013/0332364-3, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 13/12/2016, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2017. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/home>>. Acesso em: 20 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal** - HC: 106474 BA, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 06/03/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-065 DIVULG 29-03-2012 PUBLIC 30-03-2012. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/home>>. Acesso em: 20 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal** - HC: 155402 SP - SÃO PAULO, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 24/09/2018, Data de Publicação: DJe-204 26/09/2018. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/home>>. Acesso em: 20 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal** - HC: 83592 RJ, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 10/02/2004, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 23-04-2004 PP-00025 EMENT VOL-02148-05 PP-01003. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/home>>. Acesso em: 20 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas corpus 96219 SP. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 09 out. 2008. DJe 15 out. 2008. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/home>>. Acesso em: 20 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas corpus 112071 SP. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 27 fev. 2012. DJe 01 mar. 2012. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/home>>. Acesso em: 20 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas corpus 201495 SP 2011/0065067-1. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 07 fev. 2012. DJe 28 fev. 2012. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/home>>. Acesso em: 20 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas corpus 211700 CE 2011/0152555-5. Relator: Gilson Dipp. Brasília, DF, 14 fev. 2012. DJe 24 fev. 2012. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/home>>. Acesso em: 20 set. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Princípios gerais de direito público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1964.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 20 set. 2018.

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

DISTRITO FEDERAL. **Tribunal de Justiça** - HBC: 20140020333963 DF 0033940-96.2014.8.07.0000, Relator: CESAR LABOISSIERE LOYOLA, Data de Julgamento: 29/01/2015, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE: 23/02/2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/home>>. Acesso em: 20 set. 2018.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FONSECA, Adriano Almeida. **O princípio da presunção de inocência e sua repercussão infraconstitucional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 36, 1 nov. 1999. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/162>>. Acesso em: 24 abr. 2011.

FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GEMAQUE, Sílvio César Arouck. **Lei nº 12.403/2011 - Prisão cautelar ficou mais bem disciplinada**. Disponível em: <<http://otaviodequeiroga.blogspot.com/2011/05/lei-n-124032011-prisao-cautelar-ficou.html>>. Acesso em: 23 set. 2018.

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

GOMES, Luiz Flávio. **A questão do controle externo do poder judiciário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. **Direito de apelar em liberdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. **A (des) razão da prisão provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar – Doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MATO GROSSO. **Tribunal de Justiça** - HC: 01571069120138110000 157106/2013, Relator: DES. GILBERTO GIRALDELLI, Data de Julgamento: 05/02/2014, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 13/02/2014. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/home>>. Acesso em: 20 set. 2018.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça** - HC: 10000170756183000 MG, Relator: Cássio Salomé, Data de Julgamento: 04/10/2017, Câmaras Criminais / 7ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 11/10/2017. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/home>>. Acesso em: 20 set. 2018.

PARÁ. **Tribunal de Justiça** - HC: 00005613420148140045 BELÉM, Relator: ALTEMAR DA SILVA PAES - JUIZ CONVOCADO, Data de Julgamento: 22/09/2014, CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS, Data de Publicação: 24/09/2014. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/home>>. Acesso em: 20 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça** - HC: 00131035420168140000 BELÉM, Relator: VANIA LUCIA CARVALHO DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 28/11/2016, CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS, Data de Publicação: 01/12/2016.

PERNAMBUCO. **Tribunal de Justiça** - HC: 4773742 PE, Relator: Waldemir Tavares de Albuquerque Filho, Data de Julgamento: 17/08/2017, 1ª Câmara Regional de Caruaru - 2ª Turma, Data de Publicação: 30/10/2017. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/home>>. Acesso em: 20 set. 2018.