

A prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência

Preventive custody and the principle of presumption of innocence

Carolina Figueiredo Pinto Ferreira*

* Graduada em Direito pela Universidade Norte do Paraná (UNOPAR).

e-mail: <carolinafpf@unopar.br>

Resumo

O estudo apresentado desenvolve-se em torno no Processo Penal Cautelar, demonstrando a importância da efetividade do mesmo para tornar as decisões úteis, elencando as características e os pressupostos encontrados na doutrina pesquisada, enfocando a prisão preventiva em sua natureza jurídica, seus pressupostos, as hipóteses previstas em lei que autorizam tal medida, o momento de sua decretação, quem pode requerer a custódia cautelar e quem é a autoridade competente para decretá-la, as proibições legais da imposição da medida, considerando tal instituto processual penal em face do princípio da presunção de inocência, disposto expressamente na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Prisão. Preventiva. Princípio. Presunção. Inocência.

Abstract

The present study develops around Preventive Criminal Process, demonstrating the importance of its effectiveness to take useful decisions. It shows the characteristics and the presuppositions found in the studied doctrine, focusing on the juridical nature of preventive custody and its presuppositions. It also analyzes the hypotheses foreseen in law that authorize such procedure, the moment of its enactment, who is entitled to request preventive custody and who is the competent authority to decree it. Finally, the legal prohibitions for the imposition of preventive custody are discussed, considering such criminal procedural institute in the face of the principle of presumption of innocence, disposed expressly in the Federal Constitution from 1988.

Key words: Imprisonment. Preventive. Principle. Presumption. Innocence.

1 Introdução

Este trabalho tem por objetivo discorrer sobre a prisão preventiva, apresentando-a em sua finalidade, bem como seus pressupostos, as hipóteses legais de cabimento, o momento de sua decretação, quem pode decretar a medida e quem pode requerê-la, as proibições na imposição da custódia cautelar, sua revogação, enfim, mostrar a importância da medida que resguarda o indivíduo denunciado e a própria sociedade, se for o caso.

As partes em que o trabalho se divide visam dar clareza ao texto, bem como ordená-lo de modo objetivo, facilitando, desta forma, aos interessados sobre o assunto. A divisão é mais de cunho didático do que imposição do assunto.

Da mesma forma que a Constituição Federal garante e limita a prisão preventiva, elenca expressamente o Princípio da Presunção de Inocência, em seu artigo 5º, inciso LVII.

No entanto, tem-se o confronto de dois interesses relevantes. A liberdade de uma pessoa garantida constitucionalmente e o interesse social na legítima defesa da sociedade.

Que o caminho aqui mostrado é de fato fundamental ao Direito não se discute, conseqüentemente o

aprofundamento se faz necessário, seguindo cada passo com espírito crítico, bom senso e perspicácia a fim de que se evitem tropeços para não deturpar a lei, tampouco ferir os princípios de liberdade do indivíduo.

2 Da Prisão Preventiva

2.1 Natureza jurídica e finalidade

De acordo com Capez (2000, p. 227): “A prisão preventiva é uma espécie de prisão provisória, possuindo natureza tipicamente cautelar”. Visa, portanto, à garantia da eficácia de um provimento jurisdicional futuro.

Por sua vez, Mirabete (2000, p. 384) declara:

É uma medida cautelar, constituída da privação de liberdade do indigitado autor do crime e decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal em face da existência de pressupostos legais, para resguardar os interesses sociais de segurança.

A cautelaridade da medida justifica-se uma vez que poderá tornar-se inútil o pronunciamento jurisdicional definitivo se o acusado, em algumas hipóteses, permanecer em liberdade.

A prisão preventiva está disposta dentro das chamadas prisões processuais. É a prisão anterior à condenação que consiste numa limitação mais ou menos intensa da liberdade física de uma pessoa, com

uma finalidade processual penal. Também conhecida por prisão sem pena por alguns autores como Tourinho Filho (2000, p. 392): “A prisão sem pena, de que cuidamos, nada mais é do que uma execução cautelar de natureza pessoal e que se justifica como medida imprescindível para assegurar o império da lei penal”.

Tratando-se, pois, de medida cautelar típica, a necessidade e a conveniência deverão ser examinadas prudentemente pelo juiz, evitando-se intervenções desnecessárias na liberdade do acusado, equilibrando-se, assim, com a função punitiva do Estado.

2.2 Pressupostos

Conforme explicitado anteriormente, a prisão preventiva é uma medida cautelar típica e, portanto, deve obedecer aos pressupostos atinentes à natureza cautelar. Desta forma, são pressupostos essenciais à prisão preventiva o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

O Código de Processo Penal vigente traz o instituto da Prisão Preventiva em seus artigos 311 ao 316, mas é no artigo 312 que se estabelecem, de forma expressa, os pressupostos:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (BRASIL, 2001, p. 60).

O *fumus boni juris* consiste na “prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”, ou seja, são os chamados pressupostos da prisão.

Não havendo a coexistência destes dois elementos, resulta em constrangimento ilegal, perfeitamente sanável por meio do remédio constitucional *habeas corpus*.

A “prova da existência de crime” corresponde à tipicidade comprovada, ou seja, uma realidade da qual não se tenha dúvida. Os fatos devem estar revestidos de todos os elementos do tipo delitivo. Segundo Faggioni (2003, p. 135), “é necessário que haja prova direta do crime. Que o juiz tenha a seu dispor um elemento que leve sua percepção diretamente a constatar que uma conduta típica foi realizada”.

No dizer de Tornaghi (1995, p. 90):

[...] na prisão preventiva é necessário que esteja provada a existência de fato *que seja crime em tese* (típico, pois ninguém pode ser preso preventivamente por fato não definido na lei penal como crime) e *que seja crime também na hipótese* (pois se houver prova de ter sido praticado em qualquer das circunstâncias que excluem a ilicitude: CP, art. 23 – o juiz não deve decretar a prisão: CPP, art. 314). (Grifo do autor).

Com isso, conclui-se que, se um fato é típico, adequado à descrição legal do crime, é sinal de que, em geral, ele é ilícito e, portanto, a ilicitude é presumida até prova em contrário, ou seja, de que naquele caso ele foi lícito.

O outro elemento que constitui, também, o *fumus boni juris* são os “indícios suficientes de autoria”. Este admite temperamentos, pois a expressão “indícios” está

a indicar que não há necessidade de prova plena. Basta a suspeita razoável, a probabilidade de ser o réu o autor do crime. Assim, no que se refere à autoria, o legislador contenta-se com indícios, ou seja, meros sinais. Havendo maiores provas, será melhor; mas a lei não as requer. Nos ensinamentos de Tornaghi (1995, p. 91): “No entanto não bastam quaisquer indícios; é preciso que os indícios sejam suficientes para admitir-se a autoria”.

Com isso, verifica-se que a mera possibilidade de determinada pessoa ser o autor de um fato criminoso não enseja a prisão preventiva. Além disso, o Código de Processo Penal é expresso quanto a “indícios suficientes”, ou seja, não cabem possibilidades. Somente a probabilidade, provas menos robustas e não provas plenas. Havendo dúvida, ressalta Capez (2000, p. 229), “[...] esta milita em favor da sociedade, e não do réu (princípio do *in dubio pro societate*)”.

O já referido artigo 312 do Código de Processo Penal estatui como *periculum in mora* a “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal”, ou seja, são as hipóteses de cabimento da medida cautelar.

Há de se esclarecer, inicialmente, que não há na doutrina definição específica para o conceito de “ordem pública”, tanto que, segundo dispõe Alves (2001, p. 477):

O gravame à ordem pública é dos chamados conceitos indeterminados. Com efeito, a falta de uma precisão legislativa coube à doutrina e mais detidamente à jurisprudência o seu preenchimento. Muito já se discutiu e ainda mais se debaterá acerca do seu significado exato, o que denota a abertura intrínseca contida no preceito legal, de forma a ser adequado ao caso concreto.

No entanto, alguns posicionamentos serão demonstrados. De acordo com Greco Filho (1999, p. 274):

Significa a necessidade de se preservar bem jurídico essencial à convivência social, como, por exemplo, a proteção social contra réu perigoso que poderá voltar a delinquir, a proteção das testemunhas ameaçadas pelo acusado ou a proteção à vítima. *Ordem pública* não quer dizer interesse de muitas pessoas, mas interesse de segurança de bens juridicamente protegidos, ainda que de apenas um indivíduo. Não quer dizer, também, clamor público. (grifo do autor)

Nesse mesmo sentido, entende o autor Rocha (1998, p. 510). Já Capez (2000, p. 229) assim entende:

[...] a prisão cautelar é decretada com a finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, ou de acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da Justiça, em crimes que provoquem grande clamor popular.

Os maus antecedentes ou a reincidência são circunstâncias que evidenciam a provável prática de novos delitos, ensejando a decretação da prisão preventiva com base nessa hipótese.

Por sua vez, Tourinho Filho (2000, p. 403) posiciona-se da seguinte forma: “Ordem pública é a paz, a tranqüilidade no meio social. Assim, a prisão preventiva

deve ser decretada para garantir a paz coletiva”. Entende também esse autor que não caracteriza hipótese para decretação da prisão preventiva quando estiver o indiciado ameaçado por familiares da vítima, pela própria vítima ou pela população, bem como não caberia tal medida cautelar valendo-se como justificativa da repercussão do crime ou clamor social. Tal entendimento é idêntico ao de Mossin (1998, p. 403).

No que se refere à gravidade do delito cometido, Ramos (1998, p. 356) entende que “a gravidade do crime, por si só, não justifica a medida”.

Importante ressaltar que, embora com entendimentos diversos, os autores referidos anteriormente posicionam-se no sentido de constituir, ainda, o pressuposto ora analisado como medida cautelar.

No entanto, Marques (2000, p. 57), entende que:

Desde que a permanência do réu, livre e solto, possa dar motivos a novos crimes, ou cause repercussão danosa e prejudicial no meio social, cabe ao juiz decretar a prisão preventiva “como garantia da ordem pública”. Nessa hipótese, a prisão preventiva perde seu caráter de providência cautelar, constituindo verdadeira “medida de segurança”.

Outro elemento constitutivo do *periculum in mora* é a “ordem econômica”. Segundo Ramos (1998, p. 144), tal conceito se insere no de ordem pública que conceitua da seguinte forma:

[...] é, faticamente, a convivência ordenada dos agentes econômicos e, normalmente, o conjunto das regras que garantem a segurança e a liberdade das relações de produção e circulação de riquezas, bem como das que garantem a valorização do trabalho humano.

Esse pressuposto foi inserido no Código de Processo Penal pelo artigo 86, da Lei nº 8.884, de 11 de julho de 1994.

A medida cautelar decretada nesta hipótese, segundo Demercian (2001, p. 185), “[...] visa coibir a ganância daqueles que praticam condutas atentatórias à livre concorrência, à função social da propriedade, às relações de consumo e com abuso do poder econômico”.

Para Tourinho Filho (2000, p. 491), tal alteração foi desnecessária e assim se pronuncia:

Na verdade, se, por acaso, o comércio passar a servir-se da lei do abuso, com remarcações não autorizadas, se as indústrias passarem à exploração, a prisão preventiva pode ser decretada para garantia da ordem pública... expressão que abrange a própria ordem econômica.

O pressuposto da “conveniência da instrução criminal”, de acordo com Mossin (1998, p. 405), “ocorrerá esta hipótese sempre que a normalidade da apuração do crime e de sua autoria ou da própria instrução do processo o exigir”.

Os exemplos que caracterizam o tumulto causado pelo réu à instrução criminal são unânimes da doutrina. São eles: indiciado ou acusado intimidando ou afugentando testemunhas que possam depor contra ele; tentativas de suborno a quaisquer pessoas que possam levar ao conhecimento do juiz elementos úteis ao

esclarecimento do fato, incluindo peritos e funcionários da Justiça; apagando vestígios do crime; destruindo documentos. Portanto, nestes casos mencionados, será necessária a medida, caso contrário, restará deturpada a instrução criminal.

Evidente, pois, o *periculum in mora*, uma vez que não se chegará à verdade real se o réu permanecer solto até o final do processo. Pretende o legislador que haja a coleta normal da prova quando da instrução probatória em juízo e da exata apuração da infração penal e de sua autoria no decorrer do inquérito policial, para que o representante do Ministério Público ou o próprio ofendido tenha elementos seguros e sérios para a formação da *opinio delicti*.

Cumprido ressaltar, no entanto, que não se deve confundir conveniência com comodidade. Muitas vezes as testemunhas se sentem ameaçadas pelo simples fato de terem presenciado um delito. Neste sentido, seguindo os ensinamentos de Alves (2001, p. 479),

Mas tudo isso, ainda que manifestado pela própria testemunha, não será mais do que indício. Daí que demandar prova no sentido técnico (com grau de consistência maior do que os meros indícios, os indícios veementes, os indícios suficientes e as fundadas razões) é preciosismo que encaminha à sepultura esta hipótese legal.

O “asseguramento da aplicação da lei penal”, através da imposição da medida cautelar, somente se justifica quando houver razões plausíveis, reais, no sentido que o indiciado ou acusado se furtará do cumprimento da pena. Os exemplos extraídos da doutrina são: quando o réu está se desfazendo injustificadamente de seus bens; houver elementos de que ele poderá desaparecer; fuga do indiciado do distrito da culpa; quando o réu não tem residência fixa ou qualquer vínculo empregatício.

Mossin (1998, p. 407) assim ensina:

A prisão preventiva decretada para assegurar a aplicação da lei penal é, inexoravelmente, a genuína medida cautelar penal, tendo em linha de consideração sua função garantidora quanto ao resultado do futuro processo de conhecimento penal de natureza condenatória.

Nessa mesma linha, manifesta-se Ramos (1998, p. 131).

A segurança da aplicação da lei significa a necessidade da prisão para que possa ser eficaz a punição, pois a impunidade ofende a ordem pública e não tem cabimento quando se refere à aplicação de pena de multa. De acordo com Greco Filho (1999, p. 275): “[...] não pode ser decretada a preventiva para assegurar a execução da pena de multa”.

2.3 Hipóteses legais

Para a decretação da prisão preventiva, não basta somente a presença do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Segundo Demercian e Maluly (2001, p. 185): “Para o juiz poder decretar a prisão preventiva, é necessária uma tríplice análise”. Quando os autores referem-se à “tríplice análise”, estão a dizer que, além dos pressupostos constantes no artigo 312, do Código

de Processo Penal, ou seja, do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, é necessária a apreciação de critérios de ordem objetiva, expressos no artigo 313, do mesmo diploma legal. Da mesma forma é o entendimento de Tourinho Filho (2000, p. 493):

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

I – punidos com reclusão;

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

III – se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal. (BRASIL, 2001, p. 60-61).

Em análise ao *caput* do artigo citado anteriormente, extrai-se, primeiramente, que a prisão preventiva somente pode ser decretada tratando-se de crime doloso. De acordo com Faggioni (2003, p. 135):

Isto é, se a criação ou aumento do risco ou a lesão ao objeto jurídico tutelado tenham sido livre e intencionalmente praticadas. Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade.

Disto resulta que não cabe a decretação da medida cautelar nos crimes culposos e nas contravenções, pois a lei é expressa quando declara “crimes dolosos”.

Por sua vez, o inciso I, do artigo 313, do Código de Processo Penal, impõe a medida cautelar para os crimes dolosos punidos com reclusão, não importando serem afiançáveis ou não. No entanto, a lei admite, como exceção, nos crimes apenados com detenção, “quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la”. Tal exceção está inserida no inciso II, do referido artigo.

O conceito de vadio é dado pelo artigo 59 da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941), que assim dispõe:

Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência mediante ocupação ilícita. (BRASIL, 1999, p. 150).

Desta definição legal, apresentada no parágrafo anterior, extrai-se que não é vadia a pessoa que não trabalha, porque é inválida fisicamente ou por encontrar-se ocasionalmente desempregada, bem como aquele que, embora viva habitualmente na ociosidade, possua renda suficiente para arcar com sua subsistência. Segundo Tourinho Filho (2000, p. 492), “não bastam simples suspeitas, meros indícios. É preciso que fique apurada a condição de vadio”.

Na última hipótese contemplada no inciso III, do artigo 313, a referência feita é ao dispositivo original do Código Penal. Atualmente, refere-se ao artigo 64 da nova Parte

Geral do mesmo estatuto, no inciso I, que dispõe sobre o prazo de prevalência da condenação anterior para o efeito da reincidência.

2.4 Momento da decretação

Prescreve o artigo 311, do Código de Processo Penal: “Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá prisão preventiva [...]” (BRASIL, 2001, p. 60).

Dizendo a lei que medida somente poderá ser decretada ante a prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria, e sendo esses elementos indispensáveis, colhidos durante o inquérito ou na instrução, o legislador estabeleceu que a prisão poderá ser decretada naquele momento, ou seja, em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução. Com isto, tem-se que, sem os elementos de informação do inquérito, não poderá haver prova suficiente que justifique a medida cautelar, embora tenha jurisprudência que aceite tal situação.

E ainda informa Tourinho Filho (2000, p. 485):

[...] é de se ponderar que, não sendo o inquérito necessariamente indispensável à propositura da ação penal, poderá ocorrer esteja o órgão do Ministério Público com informações mais que suficientes para ingressar em juízo com a denúncia.

Assim, mesmo sem inquérito, é cabível a medida, desde que as informações sejam suficientes.

Do artigo ora analisado ainda se extrai que, dispondo ser cabível a prisão preventiva “em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal”, evidente que a medida cautelar só pode ser decretada até o oferecimento das “alegações finais”, que encerram a fase instrutória. O citado autor ainda entende que melhor seria até a fase do artigo 499, do Código de Processo Penal, que dispõe sobre as diligências, antes das “alegações finais”.

2.5 Da autoridade competente para a decretação e quem pode requerer a medida

Ainda em consonância com o artigo 311, do Código de Processo Penal, que dispõe: “[...] caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial” (BRASIL, 2001, p. 60).

Segundo a disposição expressa do diploma legal mencionado, a autoridade competente para decretar a medida cautelar é o Juiz. E para decretá-la, não haverá necessidade de provocação, segundo a disposição expressa “de ofício” constante no mencionado artigo, ou seja, sem que haja solicitação de quem quer que seja. Tourinho Filho (2000, p. 488) ainda esclarece: “Trata-se, pois, de um caso singular de jurisdição sem ação, uma vez que o Juiz, assim agindo, estará instaurando um processo cautelar”. Portanto, constitui uma exceção ao Princípio da Inércia da Jurisdição, o qual dispõe que a jurisdição deve sempre ser provocada.

A autoridade do Poder Judiciário que decretar a prisão preventiva tem de ser competente para este ato

processual, conforme ensina Mossin (1998, p. 411): “[...] se a medida cautelar for determinada pelo juiz incompetente, o ato processual será imediatamente nulo, tornando a medida cautelar absolutamente ineficaz e geradora de constrangimento ilegal caso seja cumprida”.

Por outro lado, não basta que o magistrado tenha competência para determinar o ato restritivo da liberdade do acusado, mas o pronunciamento jurisdicional deve ser motivado, conforme dispõe o artigo 315, também do Código de Processo Penal: “O despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado” (BRASIL, 2001, p. 61).

A fundamentação consiste na exposição do motivo determinante e justificativo que gerou a medida cautelar. Deverá o magistrado demonstrar a necessidade da medida e é indeclinável que essa demonstração seja operada em fatos reais contidos nos autos do inquérito policial, ou em outros elementos de informação ou nos autos da ação penal. Conforme ensina Mossin (1998, p. 413): “[...] não basta somente ao magistrado afirmar que a decretação tem por objeto a garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal”, tendo que correlacionar tais expressões a fatos demonstrados nos autos.

Aliás, a fundamentação das decisões dos órgãos do Poder Judiciário é norma genérica inserida no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Tem atribuições para requerer a medida, ainda nos termos do artigo 311, do já referido Código, o órgão do Ministério Público, o querelante, ou a autoridade policial. Os dois primeiros, sob a forma de requerimento. Quanto à autoridade policial, faz-se mediante representação, ou seja, exposição escrita de motivos.

Sendo a postulação do órgão do Ministério Público indeferida, da mesma forma quando requerida pelo querelante, nos casos de ação penal privada, é cabível recurso em sentido estrito, nos termos do artigo 581, inciso V, do mesmo diploma legal.

2.6 Proibição

A prisão preventiva não pode ser decretada constatando-se que o imputado agiu nas condições do artigo 23, incisos I, II e III, do Código Penal, que dispõem sobre as excludentes de ilicitude do fato típico:

Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

III – em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito (BRASIL, 1999, p. 49).

Extrai-se tal afirmação do disposto no artigo 314, do Código de Processo Penal:

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições do artigo 19, I, II e III, do Código Penal.

• a referência aqui é feita a dispositivo original do Código Penal. Vide art. 23, I, II e III, da nova Parte Geral do mesmo Código. (BRASIL, 2001, p. 61).

Conforme dispõe Tourinho Filho (2000, p. 497):

Não haverá necessidade na hipótese do art. 314, de que as provas sejam veementes, robustas, incontroversas. Não. O juiz não vai proferir naquele momento nenhuma sentença de mérito. Não vai absolver o pretense culpado.

Portanto, as provas devem ser suficientes para que façam gerar a convicção do juiz de que o réu ou indiciado não praticou o ato ilícito.

2.7 Revogação

Se durante o processo, o juiz verificar que os motivos que ensejaram a medida cautelar não mais subsistirem, este poderá revogá-la. É o que dispõe o artigo 316, do diploma legal referido: “O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista [...]”.(BRASIL, 2001, p. 61).

A cassação referida tanto pode ser feita pelo juiz de ofício, por meio de requerimento do representante do Ministério Público ou pelo próprio indiciado ou acusado e até mesmo por sugestão da autoridade policial, caso ainda estiver em curso o inquérito policial. Desta forma, entende Mossin (1998, p. 419).

Segundo Tornaghi (1995, p. 96):

Para que o juiz revogue a prisão, não é preciso que haja fato novo ou sequer novos elementos de prova. O reexame dos mesmos fatos é sempre possível e o juiz pode voltar atrás se, por ele, se convence de que a prisão é dispensável.

Da mesma forma que se exige fundamentação da decisão que decreta a medida preventiva, a sua revogação deve cumprir a mesma exigência, em conformidade com o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, que obriga a fundamentação de todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário. Assim, a ordem que revoga a prisão preventiva deve também ser fundamentada, pois se trata de uma decisão judicial.

Uma vez revogada a prisão preventiva, o magistrado pode, de novo, decretá-la, existindo razões que a justifiquem. E assim, conforme dispõe a parte final do referido artigo 316: “O juiz poderá [...] de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem” (BRASIL, 2001, p. 61).

3 O Princípio Constitucional da Presunção de Inocência

O Princípio da Presunção de Inocência foi fixado originalmente na Declaração do Homem e do Cidadão, ocorrido em 1789, ao final da Revolução Francesa.

Em 1988, a Constituição Federal elencou expressamente o referido Princípio, no artigo 5º, inciso LVII e que dispõe: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (CF, 1999, p. 10).

Segundo Gomes (1999, p. 108), no que concerne à natureza jurídica,

“[...] do ponto de vista *extrínseco (formal)*, o princípio da presunção de inocência configura um direito constitucional fundamental. Do ponto de vista *intrínseco*

(*substancial*), é um direito de natureza predominantemente processual” (grifo do autor). Assim, tal afirmação decorre do fato de o referido princípio trazer repercussões inequívocas e claras ao campo probatório, das garantias e do tratamento do acusado. O referido autor ainda esclarece que se trata de uma presunção *iuris tantum*, pois admite prova em contrário.

O princípio manifesta-se no campo probatório e no regime prisional. O primeiro, com a distribuição do ônus da prova do fato criminoso exclusivamente para a acusação. No segundo, de acordo com Oliveira (2000, p. 43):

[...] implicaria a vedação de tratamento vexaminoso ao aprisionado, ao tempo em que, no plano processual, exigiria, indispensavelmente, a necessidade como razão única da custódia anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A característica essencial do princípio é a vedação de juízo de antecipação de culpabilidade, ou seja, a proibição de imposição de tratamento próprio do regime condenatório, privando a liberdade do indivíduo antes da sentença condenatória transitada em julgado. A afirmação de que “ninguém será considerado culpado” tem em vista a fixação de limites bem esclarecidos da atividade persecutória, sem prejuízo da tutela do interesse público na apuração do crime e correspondente imposição das sanções legais. Assim é o entendimento de Oliveira (2000, p. 48).

Por outro lado, a presunção de inocência comporta a proibição de que as medidas cautelares, em especial a prisão preventiva, sejam utilizadas como castigos, ou seja, que mais além de sua finalidade de assegurar o escopo processual, seja utilizada para antecipar a pena. Entendimento esse de Gomes (1999, p. 115). Assim, o princípio atuará como importante limite às medidas cautelares de um modo geral, incluindo neste rol a prisão em flagrante, a já mencionada prisão preventiva e a prisão temporária, segundo entendimento predominante da doutrina.

O limite mencionado refere-se não no sentido de vedar as medidas cautelares, uma vez que a movimentação cautelar do magistrado não parte de uma presunção de culpa, mas para dar o caráter de excepcionalidade que deve marcar o processo penal cautelar. E assim informa Alves (2002, p. 440):

[...] antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, toda e qualquer restrição de direitos do réu só será admitida em casos de extrema necessidade e na exata medida desta necessidade.

Assim, só se justifica a prisão provisória quando decretada com base no poder geral de cautela do juiz, ou seja, desde que necessária para uma eficiente prestação jurisdicional. Não preenchendo os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, não havendo necessidade para o processo, a prisão provisória, da qual a prisão preventiva é espécie, nos dizeres de Capez (2000, p. 228): “[...] não seria nada mais do que uma execução da pena privativa de liberdade antes da condenação transitada em julgado, e isto sim, violaria o princípio da presunção de inocência”.

Contudo, tem-se a colisão de dois interesses nobres. De um lado, o direito individual do sujeito, com sua liberdade assegurada constitucionalmente antes de provimento condenatório definitivo. De outro, o interesse social amplo no sentido da efetividade do processo como meio de conhecimento e aferição das hipóteses que ensejam a sanção, e da efetividade de eventual provimento condenatório, ou seja, instrumentos indispensáveis à legítima defesa da sociedade. Segundo Faggioni (2003, p. 130):

[...] surge conflito entre o direito à liberdade (que decorre da presunção de inocência) e o direito à punição do infrator da lei penal (que é instrumentalizado através do princípio da efetividade do processo): *ius libertatis x ius puniendi*.

Se a presunção de inocência é princípio constitucional, as prisões cautelares também são, ou seja, encontram-se no mesmo patamar de hierarquia legislativa, e podem conviver perfeita e harmoniosamente dentro do mesmo sistema constitucional. Daí resulta que, segundo Mossin (1998, p. 396): “[...] não haveria nenhuma restrição jurídico-constitucional às prisões provisórias em face da presunção de inocência”.

4 Conclusão

O trabalho teve como propósito demonstrar o sistema processual penal vigente, no que tange ao procedimento cautelar, especificamente a prisão preventiva e seus aspectos em face do princípio constitucional da presunção de inocência.

Assim, apresentam-se as seguintes conclusões:

- a) a prisão preventiva é um instituto processual de caráter tipicamente cautelar, ou seja, garante a eficácia de um provimento jurisdicional futuro.
- b) obedece aos pressupostos das medidas cautelares, presentes expressamente no artigo 312 do Código de Processo Penal, ou seja, o *periculum in mora* é representado pela garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal. Por sua vez, o *fumus boni juris* encontra-se nos pressupostos da existência de crime e nos indícios de autoria do delito;
- c) as hipóteses legais de cabimento da medida vêm dispostas no artigo 313, do referido código processual. Necessária, pois, uma análise conjunta do artigo 312, com o artigo anterior;
- d) poderá ser decretada, à luz do artigo 311, do Código de Processo Penal, em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal;
- e) é autoridade competente para decretar a medida cautelar o Juiz e o mesmo poderá agir de ofício, obedecendo ao princípio constitucional da fundamentação das decisões dos órgãos do Poder Judiciário, expresso no artigo 315 do código processual penal vigente. Poderá requerê-la o representante do Ministério Público, a autoridade policial e o querelante;
- f) não é cabível a prisão preventiva nos casos de

excludentes de ilicitude, presentes no artigo 23, do Código Penal;

- g) revoga-se a medida cautelar quando não mais existirem os motivos que a ensejaram, podendo o Juiz decretá-la novamente se motivos novos ou mesmo se aqueles que deram ensejo ao primeiro decreto sobrevierem;
- h) o princípio da presunção de inocência possui dupla natureza jurídica: uma relacionada diretamente ao direito constitucional, pois é um princípio. Outra, referente ao direito processual penal, apresentando repercussões no campo probatório, nas garantias e no tratamento do acusado;
- i) a principal característica do princípio é a proibição de um juízo de antecipação de culpabilidade, ou seja, imposição de tratamento próprio de regime condenatório a um indivíduo antes de sentença penal condenatória com trânsito em julgado;
- j) a Constituição Federal não veda as medidas cautelares, pois as dispõem claramente em seu texto. Dispõe igualmente sobre interesses nobres: um deles, o direito individual da liberdade até o provimento final condenatório; o outro, a legítima defesa da sociedade em face dos crimes praticados;
- k) não há, portanto, diferença hierárquica legislativa entre as disposições sobre a prisão preventiva e a presunção de inocência.

Referências

ALVES, F. G. P. Subsistência da prisão preventiva e prestígio à sensibilidade do magistrado de primeiro grau na sua decretação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 793, p. 475-487, nov. 2001.

ALVES, R. P. A. O poder geral de cautela no processo penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 799, p. 423-447, maio 2002.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Constituição Federal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CAPEZ, F. *Curso de processo penal*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

DEMERCIAN, P. H.; MALULY, J. A. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FAGGIONI, L. R. C. Prisão Preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de decisão de pronúncia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, n. 41, p. 125-151, jan./mar. 2003.

GOMES, L. F. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

GRECO FILHO, V. *Manual de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MARQUES, J. F. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000.

MIRABETE, J. F. *Processo Penal*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000.

MOSSIN, H. A. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 1998. 2v.

OLIVEIRA, E. P. de. *Regimes constitucionais da liberdade provisória: doutrina, jurisprudência e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

RAMOS, J. G. G. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ROCHA, F. L. X. A Constituição e a prisão penal cautelar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 749, p. 502-519, mar. 1998.

TORNAGHI, H. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995. 2v.

TOURINHO FILHO, F. da C. *Processo penal*. 22. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000. 3v.

