



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

CRISTIANE VIEIRA DA SILVA

**Presunção de inocência x prisão cautelar:
Análise de uma possível colisão entre o princípio constitucional da presunção de
inocência e o instituto processual da prisão cautelar à luz da Constituição Federal de
1988 e do Código de Processo Penal Brasileiro**

BRASÍLIA
2012

CRISTIANE VIEIRA DA SILVA

**Presunção de inocência x prisão cautelar:
Análise de uma possível colisão entre o princípio constitucional da presunção de
inocência e o instituto processual da prisão cautelar à luz da Constituição Federal de
1988 e do Código de Processo Penal Brasileiro**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Marcus Vinícius Reis Bastos

BRASÍLIA
2012

CRISTIANE VIEIRA DA SILVA

**Presunção de inocência x prisão cautelar:
Análise de uma possível colisão entre o princípio constitucional da presunção de
inocência e o instituto processual da prisão cautelar à luz da Constituição Federal de
1988 e do Código de Processo Penal Brasileiro**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.
Orientador: Prof. Marcus Vinícius Reis Bastos

Brasília, ____ de _____ de 2012.

Banca examinadora

Prof. Marcus Vinícius Reis Bastos
Orientador

Examinador (a)

Examinador (a)

Aos meus pais, Valdecy Vieira e Terezinha Borges, que sempre foram fonte essencial de inspiração para meu sucesso.

Ao meu esposo, Ananias Rodrigues, que suportou minha ausência, me dando todo o suporte de que eu necessitava.

Ao nosso filho Lucas que foi gerado e que nasceu durante a confecção deste trabalho. Meu filho, te amo demais! Você é um milagre de Deus nas nossas vidas!

Aos meus irmãos Eliezer e Denise, companheiros e incentivadores de todos os momentos.

Às minhas amigas de faculdade, Renata, Camila, Denise e Edna, sem as quais provavelmente eu não estaria concluindo meu curso de Direito. Obrigada por tudo, amigas! Amo demais vocês!

A Deus primeiramente, por ter me capacitado, me auxiliando a vencer todas as adversidades e limitações.

Ao meu professor e orientador, Marcus Vinícius Reis Bastos, por toda a atenção e paciência ao longo da edição desse trabalho.

“Sobre LIBERDADE, se têm escrito poemas e hinos, a ela se têm levantado estátuas e monumentos, por ela se tem morrido com alegria e felicidade. Diz-se que o homem nasceu livre, que a liberdade de cada um acaba onde começa a liberdade de outrem; que onde não há liberdade não há pátria; que a morte é preferível à falta de liberdade; que renunciar à liberdade é renunciar à própria condição humana; que a liberdade é o maior bem do mundo; que a liberdade é o oposto à fatalidade e à escravidão; nossos bisavós gritavam ‘Liberdade, Igualdade e Fraternidade!’; nossos avós cantaram: ‘ou ficar a Pátria livre/ ou morrer pelo Brasil!’; nossos pais pediram: ‘Liberdade! Liberdade!/ abre as asas sobre nós’, e nós recordamos todos os dias que o ‘sol da liberdade em raios fúlgidos/ brilhou no céu da Pátria...’”.

CECÍLIA MEIRELES, 2001

SUMÁRIO

1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	12
1.1 Os Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.....	12
1.2 Colisão entre princípios constitucionais	16
1.3 A resolução dos conflitos entre princípios constitucionais	17
1.4 A presunção de inocência e seus desdobramentos legais	18
2 PRISÃO	23
2.1 Definição	23
2.2 Disposições constitucionais	23
2.3 Tipos de prisão	25
2.4 A prisão cautelar	28
2.5 Espécies de prisão cautelar	31
2.5.1 Prisão preventiva	31
2.5.2 Prisão em flagrante	36
2.5.3 Prisão temporária	39
2.5.4 A prisão imposta em sentença condenatória recorrível	43
2.5.5 Prisão imposta em decisão de pronúncia	46
3 PRISÃO CAUTELAR E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	49
3.1 A presunção de inocência e a prisão cautelar	49
3.2 As inovações da Lei nº 12.403/2011	53
3.3 Aplicação da ponderação dos valores.....	54
3.4 Entendimentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.....	58
CONCLUSÃO.....	64

RESUMO

O presente trabalho objetivou examinar a prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência, abordando uma possível (in)compatibilidade entre esses institutos. A propósito, pesquisou-se o ponto de vista da doutrina acerca da temática, assim como o posicionamento da jurisprudência diante de uma aparente colisão entre os dois preceitos constitucionais. Verificou-se que a predominância dos julgados e das abordagens doutrinárias é a de que pode haver a antecipação cautelar da prisão desde que haja a estrita análise de seus pressupostos e a efetiva necessidade da medida.

Palavras-chave: Prisão cautelar. Presunção de inocência. Prisão ilegal. Garantia da ordem pública. Prisão temporária. Medidas cautelares. Lei 12.403/11.

INTRODUÇÃO

O princípio da presunção da inocência restou positivado no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988.

Prevê esse instituto que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”¹.

Essa disposição constitucional consagrou-se como um dos princípios basilares do Estado de Direito, consistindo numa garantia processual penal que visa a tutela da liberdade pessoal. Dessa forma, somente após proferida sentença penal condenatória, da qual não caiba mais recurso, poderá o acusado ser considerado culpado, advindo daí a imposição de uma pena.

Como garantia, a presunção de inocência é uma das mais importantes prerrogativas constitucionais, pois, por meio dela, o acusado deixa de ser um mero objeto do processo, passando a ser sujeito de direitos dentro da relação processual.

Por outro lado, o direito processual penal prevê o instituto da prisão cautelar que se dá no curso do processo penal, a saber, quando ainda não há sentença penal condenatória transitada em julgado. Trata-se de uma modalidade de encarceramento que se caracteriza como uma medida de coação, acarretando a privação da liberdade do acusado mesmo não declarado culpado.

Diante de ambas as previsões constitucionais e legais, resta configurada, ao menos aparentemente, um conflito entre os princípios constitucionais da liberdade pessoal e da presunção da inocência. Isso porque qualquer prisão que seja decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (prisão cautelar) é medida que parece desafiar o princípio da presunção da inocência, estampado no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal.

Nesta perspectiva é que este trabalho de conclusão de curso propõe-se a analisar, a partir de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais específicos a questão de

¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2011. art. 5º, LVII.

uma possível colisão entre o princípio constitucional da presunção da inocência e a decretação de alguma das prisões cautelares.

Essa temática voltou ser objeto de discussão no meio jurídico especialmente com o advento da recente Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal acerca da prisão processual, além de trazer novas nuances às medidas cautelares processuais penais.

Nesse sentido, é que se retoma o estudo do tema, relacionando-o às novas alterações do diploma processual penal.

Na primeira parte deste trabalho, haverá uma abordagem específica acerca do princípio constitucional da presunção da inocência. Suas perspectivas legais e históricas serão analisadas, bem como seu status de direito fundamental. Pretende-se também, nesse capítulo, trazer uma observação doutrinária mais ampla sobre colisão entre princípios constitucionais e a aplicação do princípio da proporcionalidade na resolução desses conflitos.

O segundo capítulo propõe-se a conceituar o instituto da prisão, bem como sua classificação, dentre a qual a prisão cautelar. Nesse ponto, traz conceitos teóricos acerca de cada uma das modalidades de prisão processual, abrangendo as disposições legais e constitucionais, além de decisões recentes de nossos tribunais superiores, o que inclui a análise atenta dos pressupostos e requisitos para a decretação dessa prisão no curso do processo penal.

E, por fim, a terceira parte do trabalho fará uma interação entre ambos os institutos, a saber, a prisão cautelar e a presunção da inocência, com a abordagem peculiar acerca da possibilidade de sua convivência harmônica. Nesse capítulo, faz-se também um breve exame acerca da recente Lei n. 12.403/2011 que trouxe novas nuances ao instituto da prisão cautelar. Analisa-se a técnica hermenêutica da ponderação de valores constitucionais aplicando-a à temática desta pesquisa. Encerra-se com a apresentação de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça nos quais se denota o posicionamento destas Cortes acerca da emblemática aqui instaurada.

Há incompatibilidade entre o princípio da presunção de inocência e a prisão cautelar como medida restritiva de liberdade? Ao decretar-se a prisão cautelar, no curso do processo penal, necessariamente estar-se-á ferindo o princípio da presunção da inocência? Sob que parâmetros a prisão cautelar seria inconstitucional face ao princípio da presunção de inocência? É possível que convivam harmonicamente o instituto processual da prisão cautelar com o princípio constitucional da presunção de inocência?

Na tentativa de responder a essas e outras questões utilizar-se-á literatura jurídica especializada, entendimentos jurisprudenciais e legislação pertinente acerca do tema, com a finalidade de fundamentar e consolidar o entendimento sobre o conteúdo a ser desenvolvido.

1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1.1 Os Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

A expressão maior da força normativa da nossa Carta Magna reside nas normas que dispõem sobre direitos fundamentais.²

Numa perspectiva histórica, temos que uma das primeiras dimensões acerca dos direitos humanos foi desencadeada pelo individualismo. Isso porque “o individualismo concebe a liberdade como a faculdade de autodeterminação de todo ser humano”³, e assim o mundo passa a ser visto não apenas como um cosmos, mas como um conjunto “de individualidades isoladas que constituem a base da realidade”.⁴

Nesse sentido, o primeiro direito individual seria a liberdade de opção religiosa, que surge a partir da ruptura da unidade religiosa. Surge a ideia do Direito Natural, difundindo a teoria do contrato social como forma de “explicação da origem do Estado, da sociedade e do Direito”.⁵

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 compelir 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.⁶

Diante desse quadro é que se inicia o processo de alteração do rol dos direitos humanos nas constituições e nas normas internacionais. O fim da Segunda Guerra

² BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 17.

³ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 17.

⁴ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 17.

⁵ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 17-18.

⁶ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 18.

Mundial foi um marco no estabelecimento de alguns princípios essenciais ao desenvolvimento humano. Entendeu-se, nesse momento histórico, que o homem era o centro do ordenamento jurídico, e como tal deveria ser protegido e amparado pelo Estado. 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.⁷

Desta feita, surge a democracia, o Estado Democrático de Direito, baseado numa sociedade que respeita a dignidade, a liberdade e os direitos humanos, incluídos, agora, entre os princípios gerais do direito: “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”⁸.

Os direitos humanos assumem diversas nomenclaturas, dentre as quais: direitos individuais, direitos fundamentais, garantias de liberdade, direitos participativos, direitos personalíssimos, direitos do homem, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas, liberdades fundamentais, direitos humanos fundamentais.^{9 10}

Em relação a esses termos empregados para designar os direitos básicos dos homens, o autor José Adércio Leite Sampaio reserva um capítulo de seu livro *Direitos Fundamentais*, para abordar esse “Eterno Problema de Nomes”¹¹. Na realidade, segundo ele, cada país adota suas próprias terminologias, decorrentes de prévias escolhas legais, históricas ou culturais. 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 públicas¹².

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 acabou por evidenciar essa diversidade semântica, ao utilizar diversos termos para referir-se aos direitos fundamentais. Desse modo, há referências a direitos humanos (art. 4º, II); a direitos e garantias fundamentais

⁷ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 19.

⁸ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 20-21.

⁹ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 21.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 33.

¹¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 7-22.

¹² SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 9-10.

(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 outros¹³.

Embora muitas vezes os termos direitos humanos e direitos fundamentais sejam utilizados como sinônimos, muitos doutrinadores optam por distingui-los no seguinte sentido: o termo direitos fundamentais reserva-se aos direitos reconhecidos e positivados no âmbito do direito constitucional positivo de cada País, enquanto que a expressão direitos humanos ficaria mais restrita ao direito internacional, em que “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”¹⁴.

Desse modo, os direitos fundamentais caracterizam-se pela constitucionalização dos direitos humanos, pela positivação desses valores e pelos princípios inerentes à raça humana, alcançando universalmente a todos os seres humanos. “Constitui o núcleo do constitucionalismo atual, aberto à diversidade cultural, e que acaba por configurar como elemento enriquecedor nos atuais tratados internacionais de direitos”¹⁵.

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.¹⁶

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.¹⁷

Uma vez que a justiça constitui-se o fundamento dos direitos humanos, fez-se necessária sua inserção no ordenamento jurídico, por meio de sua positivação, objetivando a produção de efeitos jurídicos.¹⁸

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 33-34.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 35-36.

¹⁵ IBÁÑEZ, Andrés Perfecto. Garantia judicial dos direitos humanos. *Revista do Ministério Público* 78/13 *apud* BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 21.

¹⁶ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 22.

¹⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 27.

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.¹⁹

Desse modo, os direitos fundamentais vêm expressos na Carta Magna de forma ora explícita, ora implícita, por meio de princípios gerais, amplos ou específicos. O que é comum a todos eles é o entendimento de que a pessoa humana é o bem jurídico maior a ser preservado.²⁰

Por outro lado, é imperioso ressaltar ainda que a pura e simples positivação dos direitos fundamentais não terá valor algum se o Estado-Juiz não lhes der o devido crédito e importância quando da sua efetiva aplicação aos casos concretos. Essa é a valiosa observação feita por Luiz Flávio Gomes quando escreve: “De nada valem os textos constitucionais e internacionais, com toda carga liberal e humanitária que ostentam, se não se incorporarem na praxe judicial”.²¹ E ainda:

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.²²

Desta forma, a sociedade moderna em geral almeja que o juiz da ‘era tecnológica’ tenha uma atuação bem diferenciada daquela desempenhada pelo “juiz napoleônico, legalista e positivista, autômato”²³. Isso porque, muitas vezes, o direito positivado pode não refletir diretamente os anseios da sociedade, pelo contrário, pode consistir simplesmente em pura vontade política. Nesse sentido é que o magistrado precisa estar atento e consciente acerca de seu papel democrático, equilibrado, ético e equitativo, quando da efetiva aplicação dos direitos fundamentais. “O juiz, por isso, tem que ter consciência de que é um instrumento do poder e saber que papel está cumprindo”.²⁴

¹⁸ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 30.

¹⁹ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 30.

²⁰ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 30-31.

²¹ GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 102.

²² GOMES, Luiz Flávio. *A questão do controle externo do poder judiciário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 93.

²³ GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 103.

²⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 103.

1.2 Colisão entre princípios constitucionais

Em razão da quantidade de normas já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a extensão das normas que diariamente entram em vigor, tornam-se frequentes possíveis colisões entre elas.²⁵

Segundo o autor Fábio Bechara, 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.²⁶

Por outro lado, quando o conflito for entre princípios, direitos ou valores fundamentais, a solução não será tão simples. Isso porque os direitos fundamentais, de uma maneira geral, encontram-se constitucionalmente positivados, mesmo que implicitamente, estando, portanto, todos no mesmo plano hierárquico. E, uma vez dispostas no texto constitucional, por vontade do legislador constituinte, essas matérias precisam, e devem, coexistir: se foram selecionadas para figurar na Carta Magna é porque todas são essenciais à formação e estabelecimento do nosso modelo de Estado. Logo, não se pode admitir que “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”.²⁷

O conflito de direitos fundamentais refere-se a um conflito *in concreto* de direitos fundamentais.²⁸ Citando José Carlos Vieira de Andrade, Steinmetz explana:

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.²⁹

A colisão se dá em virtude de serem os direitos fundamentais conceitos ‘abertos’, ‘móveis’, com uma delimitação difícil de ser previamente fixada. Os direitos

²⁵ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 83.

²⁶ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 83.

²⁷ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 83.

²⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 63.

²⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 220 *apud* STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 63.

colidem porque “não se esgotam no plano da interpretação *in abstracto*”.³⁰ Diante de um rol de direitos fundamentais constitucionalmente postos, haverá colisões *in concreto*.³¹

Os conflitos entre direitos fundamentais refletem, de uma forma geral, casos complicados ou duvidosos. Isso porque o que entra em colisão são normas constitucionais que dispõem de mesma hierarquia e força vinculativa.³²

1.3 A resolução dos conflitos entre princípios constitucionais

Nos casos em que se dá a colidência entre princípios constitucionais ou direitos fundamentais, a resolução far-se-á por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade.³³

Na democracia pluralística, os direitos fundamentais sinalizam o início lógico e a razão de ser de todo o ordenamento jurídico e 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.³⁴

Trata-se, no entender de Fábio Bechara, de recorrer ao princípio dos princípios: o princípio da proporcionalidade, que buscará uma solução de compromisso, na qual se respeitará, diante de uma situação específica, a aplicação de um dos princípios em detrimento do outro, sempre procurando desrespeitar o mínimo possível o outro que não foi aplicado naquele caso concreto.³⁵

No mesmo sentido entende Steinmetz, quando expõe que a solução de um conflito não pode se dar com a “mera subsunção a normas ou com a estrita aplicação dos cânones clássicos de interpretação”.³⁶ Será fundamental, segundo seu entendimento, a

³⁰ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 63.

³¹ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 63.

³² STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 69.

³³ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 84.

³⁴ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 84.

³⁵ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 84.

³⁶ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 69.

aplicação do princípio da proporcionalidade, bem como a ponderação de bens, além da argumentação jusfundamental.³⁷

A ponderação, por sua vez, constitui-se em um balanceamento dos bens, técnica de decisão que busca relacionar de forma adequada as duas situações diversas, colidentes entre si.³⁸

Sobre a ponderação:

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.³⁹

Fábio Bechara ainda traz que a técnica da ponderação entre os princípios constitucionais em conflito encaixa-se perfeitamente à opção política do nosso Estado Democrático de Direito, uma vez que prega “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”.⁴⁰

Diante do rol de princípios e de direitos fundamentais elencados na Carta Magna, será somente diante do caso concreto que se poderá chegar à conclusão razoável acerca de qual direito ou princípio se sobreporá aos outros⁴¹.

1.4 A presunção de inocência e seus desdobramentos legais

Segundo Antonio Magalhães Gomes Filho⁴², o princípio da presunção de inocência constituía-se regra geral do *common law*, encontrando-se inserido entre os

³⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 69.

³⁸ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 84.

³⁹ RODRIGUES, Daniel Gustavo Oliveira Colnago. Prisão processual e presunção de inocência. Um estudo à luz da ponderação de valores constitucionais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2652, 5 out. 2010. Disponível em: < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17553>>. Acesso em: 22 mar. 2011.

⁴⁰ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 85.

⁴¹ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 85-86.

parâmetros essenciais que foram responsáveis pela reforma do sistema repressivo intentada pela revolução liberal do século XVIII. Ele surge expressamente previsto no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.⁴³

Dessa forma, a declaração do direito à presunção de inocência surgiu para abolir o sistema da prova legal e da tortura, originário das antigas ordálias ou juízos de Deus, próprios da Inquisição. Pretendeu-se, assim, a implementação do sistema da livre apreciação da prova, afastando a ideia de que caberia tão somente ao suspeito a prova de sua inocência perante a sociedade.⁴⁴

O autor Roberto Delmanto Junior⁴⁵ traz que, hodiernamente, o direito à presunção de inocência encontra-se positivado, de forma expressa, em diversos diplomas internacionais. Dentre eles, cita a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948, que o consagra em seu artigo XI⁴⁶. Por sua vez, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos alude a esse princípio em seu artigo 14.2⁴⁷ e o Pacto de San José da Costa Rica remete à presunção da inocência no artigo 8º, 2, 1ª parte⁴⁸.

No ordenamento jurídico brasileiro, antes da vigência da Constituição Federal de 1988, o princípio da presunção de inocência encontrava-se implícito, decorria tão somente da garantia do devido processo legal. A partir da Carta Magna de 1988, o princípio passou a constar expressamente do artigo 5º, inciso LVII, consistindo no

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

⁴² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 9

⁴³ “*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*”.

⁴⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 9

⁴⁵ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 59.

⁴⁶ “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”.

⁴⁷ “Toda pessoa acusada de um delito terá o direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa”.

⁴⁸ “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove sua culpa”.

defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).⁴⁹

A garantia da presunção da inocência tal como prevista na Constituição Federal de 1988, remete, a princípio, tão-somente ao direito à desconsideração prévia de culpabilidade⁵⁰, isso porque em nenhum momento há a utilização do termo ‘inocente’ e sim da expressão ‘culpado’⁵¹. Entretanto, devido à previsão do artigo 5º, § 2º⁵², pode-se dizer que o ordenamento pátrio acabou por adotar a garantia da presunção da inocência nos moldes dados pela legislação internacional⁵³.

Desse modo é que Delmanto Junior 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.⁵⁴

Outro ponto que denota a amplitude dessa garantia em nosso ordenamento refere-se à sua extensão que, conforme acentua a Carta Magna de 1988, vai até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, enquanto que na Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁵⁵ essa presunção somente alcança até a comprovação legal da culpa⁵⁶.

Portanto, essa presunção legal possui a característica de ser absoluta, de modo que somente ao Estado, por meio da devida persecução penal, cabe sua desconstituição, através do trânsito em julgado de um decreto condenatório⁵⁷. Somente por meio dessa condição legal é que se poderá afastar o estado inicial de não-culpado de que todos gozam⁵⁸.

A propósito, explana Delmanto Junior:

⁴⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 13.

⁵⁰ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 60

⁵¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 14.

⁵² “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”.

⁵³ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 60.

⁵⁴ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 60.

⁵⁵ Decreto nº 678/92, art. 8º, n. 2.

⁵⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 14.

⁵⁷ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 64.

⁵⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 14.

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.⁵⁹

O professor Fernando Capez⁶⁰ entende que o estado de inocência constitui-se um dos princípios informadores do processo penal, podendo ser desdobrado em três aspectos. O primeiro seria em relação ao momento da instrução criminal, quando inverter-se-ia o ônus da prova, devido à presunção legal relativa de não-culpabilidade do acusado. Um segundo aspecto se daria em relação à valoração da prova: havendo dúvida, ela deve beneficiar o acusado. E, por fim, o terceiro aspecto diz respeito ao curso propriamente dito do processo penal, consistindo o estado de inocência em forma de tratamento do imputado.

Por sua vez, o professor Renato Lima⁶¹ ensina que do princípio da presunção de inocência decorrem duas diretrizes fundamentais: a regra probatória e a regra de tratamento. A regra probatória refere-se ao ônus da Acusação em demonstrar a culpabilidade do acusado, ou seja, não cabe a este provar sua inocência. A segunda diretriz, a regra de tratamento, 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.

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.⁶²

Fábio Ramazzini Bechara, ao dispor sobre a garantia constitucional da presunção de inocência, entende constituir-se verdadeiro direito fundamental, nomeadamente de primeira geração, uma vez que gera para o Estado uma

⁵⁹ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 66.

⁶⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 44.

⁶¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar*. Niterói RJ: Impetus, 2011. p. 15-17.

⁶² LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar*. Niterói RJ: Impetus, 2011. p. 17.

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.⁶³

A propósito, trata-se de uma garantia de que os efeitos de uma possível condenação não serão antecipados, sendo aptos a produzir efeitos somente após uma decisão judicial condenatória transitada em julgada, que 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 defesa⁶⁴. “Trata-se de uma das muitas manifestações assumidas pelo direito de liberdade”⁶⁵.

Nesse sentido, há o julgado do Supremo Tribunal Federal que dispõe:

E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - CRIME HEDIONDO - PRISÃO PREVENTIVA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA IDÔNEA - INVOCAÇÃO DE CLAMOR PÚBLICO - INADMISSIBILIDADE - FUGA DO RÉU - FUNDAMENTO INSUFICIENTE QUE, POR SI SÓ, NÃO AUTORIZA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR - CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO - PEDIDO DEFERIDO. A PRISÃO PREVENTIVA 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 indício suficiente 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. (...)⁶⁶ (grifos nossos).

Desta feita, o Poder Público encontra óbice constitucional em tratar o suspeito, indiciado, denunciado ou acusado como culpados antes da existência jurídica de uma sentença penal condenatória transitada em julgado⁶⁷.

⁶³ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 157-158.

⁶⁴ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 158-159.

⁶⁵ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 158.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 89501 GO*, Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 11 dez. 2006. DJ 16 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/758738/habeas-corpus-hc-89501-go-stf>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

⁶⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 17.

2 PRISÃO

2.1 Definição

O termo prisão provém do latim *prehensio*, de *prehendere*, que significa “o ato de prender ou o ato de agarrar uma coisa”.⁶⁸ Trata-se de privar determinada pessoa de sua liberdade de locomoção, ou seja, da sua liberdade de ir e de vir, inserindo-a em um local seguro e isolado, do qual não poderá sair.⁶⁹

Fernando Capez assim a define: “é a privação da liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito”.⁷⁰

Tourinho Filho, por sua vez, concebe a prisão como sendo

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.⁷¹

E ainda José Frederico Marques explana que a prisão é “pena privativa de liberdade imposta ao delinqüente, cumprida, mediante clausura, em estabelecimento penal para esse fim destinado”.⁷²

2.2 Disposições constitucionais

Fernando da Costa Tourinho Filho⁷³ dispõe que a Constituição Federal de 1988 traz algumas disposições gerais que se aplicam a todas as modalidades de prisão.

A primeira delas refere-se à regra de que a prisão somente pode ser efetuada diante de casos legalmente determinados e mediante ordem da autoridade competente, com exceção do flagrante delito.⁷⁴

⁶⁸ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, 1967, v. 3, p. 1221 *apud* DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 78.

⁶⁹ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 78.

⁷⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 244.

⁷¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3, p. 427.

⁷² MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas, SP: Millennium, 2003. p. 20.

⁷³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 424.

Tourinho Filho dispõe 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”⁷⁵. Nesse sentido é que a Constituição traz, no seu artigo 5º, inciso LXII que “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente”.⁷⁶ Ainda segundo Tourinho Filho⁷⁷, essa previsão legal já encontrava assento na Constituição Imperial, em seu artigo 179, X.⁷⁸

O professor Tourinho Filho⁷⁹ chama-nos a atenção 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. Outrora, algumas autoridades administrativas também poderiam gozar dessa prerrogativa. A Carta Magna de 1988, por sua vez, excepcionou apenas as transgressões militares e os crimes militares próprios, casos em que a prisão poderá ser decretada por autoridade militar. Dessa forma, descartou-se, de uma vez por todas, as prisões administrativas.

Coadunando com a exigência da ordem emanada da autoridade judiciária competente, há também comando constitucional no sentido de que a ordem para a prisão seja escrita⁸⁰. Trata-se do instrumento denominado mandado de prisão, no qual há uma série de formalidades a serem observadas, nos termos do artigo 285 do Código de Processo Penal⁸¹. Tourinho Filho traz que esses protocolos legais objetivam evitar os abusos contra o direito de

⁷⁴ Art. 5º, LXI - 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;

⁷⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 424.

⁷⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2011.

⁷⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 425.

⁷⁸ À exceção do flagrante delito, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escrita da autoridade legítima. Se esta for arbitrária, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a lei determinar.

⁷⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 425.

⁸⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 428.

⁸¹ Art. 285. A autoridade que ordenar a prisão fará expedir o 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.

liberdade individual. Por outro lado, a inobservância de algum desses requisitos poderá ocasionar a nulidade do mandado de prisão.⁸²

Nesse sentido, infere-se que a prisão, conforme disposta na Carta Magna de 1988, encontra-se vinculada, de modo inflexível e rigoroso, ao princípio da legalidade, “tanto que, se o *status libertatis* do indivíduo for atingido por alguma coação ilegal, pode ele afastá-lo mediante o *habeas corpus*”.⁸³

2.3 Tipos de prisão

Em relação à classificação das prisões, há divergências doutrinárias. Segundo o autor Fernando da Costa Tourinho Filho⁸⁴, a prisão se classificaria basicamente em dois tipos: a prisão pena e a prisão sem pena. Já para Renato Brasileiro de Lima, seriam três os tipos de prisão: a extrapenal, cujas subespécies seriam a prisão civil e a militar; a penal, também denominada prisão pena ou pena e a cautelar, provisória, processual ou sem pena, que seriam a prisão em flagrante, a preventiva e a temporária.⁸⁵

A prisão-pena, uma das espécies de prisão para grande parte dos doutrinadores, refere-se àquela advinda da execução de uma sentença. “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”.⁸⁶

Fernando Capez⁸⁷ adota a nomenclatura prisão penal à prisão-pena, alertando para o aspecto do trânsito em julgado da sentença penal condenatória como pressuposto para aplicação dessa modalidade de prisão. Também remete à formalidade essencial do devido processo legal, conforme estatuído constitucionalmente. Adverte ainda que a prisão penal não dispõe de natureza acautelatória nem processual. “Trata-se de medida penal destinada à satisfação da pretensão executória do Estado”.⁸⁸ Durante o trâmite do

⁸² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 428.

⁸³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas, SP: Millennium, 2003. p. 29.

⁸⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 408.

⁸⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar – Doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 58.

⁸⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 408.

⁸⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 244.

⁸⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 244.

devido processo penal, ao cidadão/acusado deverão ser conferidas todas as garantias e direitos fundamentais estatuídos constitucionalmente.⁸⁹

A propósito, acentua Alberto Silva Franco sobre a prisão penal:

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.⁹⁰

A prisão como forma de pena possui uma origem apontada na penitência do direito eclesiástico, no final do século XVI. Na época moderna, essa modalidade de punição passou a ser organizada e aceita a partir do fim do século XVIII e início do século XIX, especialmente após o Código Criminal francês de 1808. Desde então, 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.⁹¹

Nos seus primórdios, a prisão, que não era ainda considerada uma modalidade de pena, apresentava uma natureza apenas provisória e instrumental, tal como a prisão cautelar hodierna. Objetivava tão-somente manter o acusado no distrito da culpa e assegurar a devida tramitação do processo com a consequente aplicação das sanções decisivas. Essas sanções, por sua vez, geralmente apresentavam um caráter desumano como “o açoite, o arrastamento, a ‘morte para sempre’, as ‘mil mortes’, a empalação, a fogueira, a perda da paz etc”.⁹²

Nesse mesmo sentido explana Maria Ignez:

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**;

⁸⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar – Doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 77.

⁹⁰ FRANCO, Alberto Silva. *Temas de direito penal: breves anotações sobre a Lei nº 7.209/84*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 121-122 *apud* LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar – Doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 77.

⁹¹ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 69.

⁹² MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 69.

portanto, a prisão era utilizada até os fins do século XVIII como espécie de prisão provisória, utilizando-se da nomenclatura atual.⁹³ (grifos nossos)

Ainda no período da Antiguidade, não se sabe ao certo se os egípcios e os hebreus utilizaram a prisão provisória com intenções meramente processuais. Por outro lado, os romanos fizeram uso do arresto pessoal com o propósito de assegurar a presença do réu no processo após a citação (*in ius vocatio*). Os gregos, por sua vez, faziam referência à prisão preventiva com motivação puramente provisória e facultativa, destinada a “atender os fins do processo”.⁹⁴

Antônio Alberto Machado aborda 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.⁹⁵

Em Portugal, e também no Brasil-Colônia, por meio das Ordenações do Reino, a prisão preventiva passou a vigorar apenas de forma excepcional⁹⁶ e somente para os autores de “homicídios, feridas ou chagas graves, incendiários, furto manifesto, ‘britadores de igreja’ e alguns outros”.⁹⁷

No Brasil, com a proclamação da independência em 1822, a Constituição Imperial de 1824 admitiu a prisão antecipada mediante ordem escrita do juiz. O Código de Processo Criminal do Império, de 1832, previu também a prisão sem culpa formada para os crimes inafiançáveis ao dispor, no seu 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, ainda no art. 175 que “poderão também ser presos sem culpa formada os que forem indiciados em crimes, em que não tem lugar a fiança”. Por fim, o Código de Processo Penal de 1941, inspirado no Código italiano de 1930, regulamentou definitivamente a prisão provisória no processo penal brasileiro, tal como a temos até hoje.⁹⁸

⁹³ KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. *A (des) razão da prisão provisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 14.

⁹⁴ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*, p. 66 *apud* MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 70.

⁹⁵ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 70.

⁹⁶ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*, p. 25 *apud* MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 70.

⁹⁷ PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal – evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983, p. 53 *apud* MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 70.

⁹⁸ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 70-71.

2.4 A prisão cautelar

A prisão cautelar, processual, provisória ou sem pena é aquela decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Seu propósito é garantir a eficácia das investigações ou do processo criminal.⁹⁹

De acordo com André Luiz Nicolitt¹⁰⁰, 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.¹⁰¹

A princípio, as prisões processuais possuiriam como requisitos básicos e gerais o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, advindos especificamente do processo civil. Entretanto, citando Lopes Jr.¹⁰², Nicolitt, dentre outros autores, entende que a adoção dessa terminologia constitui uma impropriedade jurídica. Sugere, então, as expressões *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* como requisitos específicos das prisões cautelares.

O requisito do *fumus commissi delicti* consistiria na probabilidade de ocorrência de um delito, enquanto que a ideia do *periculum libertatis* se basearia no perigo da liberdade do imputado, constituindo verdadeiro fundamento da medida cautelar. E conclui: “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”¹⁰³.

⁹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar – Doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 77.

¹⁰⁰ NICOLITT, André Luiz. *As subversões da presunção de inocência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 111.

¹⁰¹ NICOLITT, André Luiz. *As subversões da presunção de inocência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 111.

¹⁰² LOPES JR, Aury. *Crimes hediondos e a prisão em flagrante como medida pré-cautelar: uma leitura garantista*. In *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 55-56 *apud* NICOLITT, André Luiz. *As subversões da presunção de inocência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 113.

¹⁰³ GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 70 *apud* NICOLITT, André Luiz. *As subversões da presunção de inocência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 114.

A prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, previstos na parte final do artigo 312 do Código de Processo Penal¹⁰⁴ constitui o requisito do *fumus boni iuris* das prisões provisórias.¹⁰⁵

Uma vez que o Brasil optou por expressamente prever em sua Carta Magna o princípio da presunção de não culpabilidade, o ideal seria que o cerceamento da liberdade somente tivesse lugar quando de uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Entretanto, entre a prática do delito e a obtenção do provimento jurisdicional pode haver o risco de que “certas situações comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado”.¹⁰⁶ Nesses casos, portanto, será imprescindível a adoção de medidas cautelares que atenuem esse risco de ineficácia jurisdicional.¹⁰⁷

Nesse sentido, a presunção da inocência atuará com o fim de evitar a antecipação da pena, enquanto que o propósito da prisão cautelar seria garantir o processo, de modo que este não tenha sua efetividade esvaziada.¹⁰⁸

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.¹⁰⁹

Maria Lúcia Karam, ao analisar a natureza cautelar da prisão provisória, corrobora com o entendimento de que “prisões provisórias não são penas e jamais podem fazer as vezes de penas”¹¹⁰. Logo, somente poderão ser impostas com a observância rigorosa

¹⁰⁴ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

¹⁰⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 70 *apud* NICOLITT, André Luiz. *As subversões da presunção de inocência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 114.

¹⁰⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar – Doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói RJ: Impetus, 2011. p. 77-78.

¹⁰⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar – Doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói RJ: Impetus, 2011. p. 78.

¹⁰⁸ NICOLITT, André Luiz. *As subversões da presunção de inocência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 111.

¹⁰⁹ 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.

¹¹⁰ KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, presunção de inocência e prisões provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 03.

da característica da excepcionalidade. Esta, por sua vez, pressupõe a garantia de assegurar a eficácia de um possível pronunciamento final condenatório.¹¹¹

A legitimidade da excepcional prisão provisória condiciona-se, 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.¹¹²

Desta feita, a prisão cautelar, para conviver com o princípio da presunção da inocência, precisa preservar seu comprometimento obrigatório com a “instrumentalização do processo criminal”¹¹³. O juízo a ser feito, quando de sua excepcional decretação, não será de culpabilidade e sim de periculosidade.¹¹⁴

Esse é o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal neste julgado:

E M E N T A: HABEAS CORPUS - CRIME HEDIONDO - CLAMOR PÚBLICO - DECRETAÇÃO DE PRISÃO CAUTELAR - INADMISSIBILIDADE - PRISÃO CAUTELAR QUE SE PROLONGA DE MODO IRRAZOÁVEL - EXCESSO DE PRAZO IMPUTÁVEL AO PODER PÚBLICO - VIOLAÇÃO À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DUE PROCESS OF LAW - DIREITO QUE ASSISTE AO RÉU DE SER JULGADO DENTRO DE PRAZO ADEQUADO E RAZOÁVEL - PEDIDO DEFERIDO. A ACUSAÇÃO PENAL POR CRIME HEDIONDO NÃO JUSTIFICA A PRIVAÇÃO ARBITRÁRIA DA LIBERDADE DO RÉU. – (...) EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO CAUTELAR. - **A prisão cautelar - que tem função exclusivamente instrumental - não pode converter-se em forma antecipada de punição penal. A privação cautelar da liberdade - que constitui providência qualificada pela nota da excepcionalidade - somente se justifica em hipóteses estritas, não podendo efetivar-se, legitimamente, quando ausente qualquer dos fundamentos legais necessários à sua decretação pelo Poder Judiciário. (...) (cortes e grifos nossos).¹¹⁵**

¹¹¹ KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, presunção de inocência e prisões provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 03.

¹¹² KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, presunção de inocência e prisões provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 05.

¹¹³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar – Doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 78.

¹¹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar – Doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 78.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 80379*. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 17 dez. 2000. DJ 25 maio 2001. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/778395/habeas-corpus-hc-80379-sp-stf>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

2.5 Espécies de prisão cautelar

Tanto o professor Nicolitt¹¹⁶ quanto Antônio Alberto Machado¹¹⁷ entendem que existem as seguintes prisões processuais: prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária e prisão em razão da pronúncia.

Já para Renato Brasileiro de Lima, as prisões cautelares resumem-se em três: a prisão preventiva, a prisão em flagrante e a prisão temporária.¹¹⁸

Sobre a característica cautelar, ou não, da prisão decorrente de sentença penal condenatória ainda não transitada em julgado, há divergência entre os doutrinadores. Para alguns, essa espécie de prisão constitui-se em uma verdadeira execução provisória.¹¹⁹ Oportunamente, abordaremos com mais profundidade essa questão.

2.5.1 Prisão preventiva

A prisão preventiva encontra-se prevista nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal. Trata-se, no dizer de Tourinho Filho¹²⁰, de uma espécie do gênero “prisão cautelar de natureza processual”. Na realidade, entende esse autor que toda prisão anterior à condenação definitiva, possui a característica essencial de ser preventiva. Cita, a rigor, que “a própria prisão em flagrante é uma prisão preventiva lato sensu”.¹²¹

Assim como em todas as espécies de prisão cautelar, a prisão preventiva também demanda a existência de dois requisitos elementares: o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. O primeiro requisito, qual seja, o *fumus comissi delicti*, encontrar-se-á na prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Por sua vez, o requisito do *periculum libertatis* reside em uma das hipóteses do artigo 312: garantia da ordem pública,

¹¹⁶ NICOLITT, André Luiz. *As subversões da presunção de inocência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 111.

¹¹⁷ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 71.

¹¹⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar – Doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 58.

¹¹⁹ NICOLITT, André Luiz. *As subversões da presunção de inocência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 111.

¹²⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 513.

¹²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 513.

garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.¹²²

A prisão preventiva embasada na conveniência da instrução criminal 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.¹²³ A propósito, a autora Maria Ignez Kato entende que a prisão preventiva baseada nesse argumento constitui-se na única hipótese com natureza puramente cautelar, já que serve à garantia do devido processo legal.¹²⁴

O requisito da garantia da ordem econômica foi acrescentado pela Lei 8.844/94. Trata-se de “evitar que o agente continue a praticar delitos ofensivos à ordem econômica”¹²⁵. Entretanto, na visão de Maria Ignez Kato, essa hipótese de prisão preventiva evidencia nítida antecipação da pena, “considerando sua finalidade meramente substancial, de proteção ao direito material”.¹²⁶

Em relação à prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública, o autor Antonio Scarance Fernandes traz que é nela que residem as maiores ilegalidades invocadas pelos magistrados como forma de motivar o cerceamento da liberdade. Em geral, esse requisito da garantia da ordem pública tem sido invocado, muitas vezes, para evitar a reiteração criminosa por parte do acusado. Em outros casos, invoca-se a periculosidade do agente como fundamento de seu encarceramento. Entretanto, conclui-se 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”¹²⁷.

Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal:

¹²² FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 284.

¹²³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 285.

¹²⁴ KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. *A (des) razão da prisão provisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 122.

¹²⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 285.

¹²⁶ KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. *A (des) razão da prisão provisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 122.

¹²⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 285.

EMENTA: Habeas Corpus. Prisão cautelar. Decreto fundado exclusivamente na **gravidade abstrata do delito** e na **suposta periculosidade do agente**. **Fundamentação inidônea**. Precedentes. A invocação da gravidade abstrata do delito supostamente praticado e da hipotética periculosidade do agente não autorizam, per se, a custódia preventiva. Orientação jurisprudencial sedimentada. Ordem concedida.¹²⁸ (grifos nossos)

Coadunando com esse entendimento, o autor Fábio Ramazzini Bechara¹²⁹ também entende 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. Parte da doutrina entende que a prisão decretada sob esse fundamento não dispõe da noção de cautelaridade, por ausência de instrumentalidade. Corresponde, sim, a uma nítida antecipação da pena ou dos efeitos de uma possível condenação. Portanto, 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.¹³⁰ Nesse sentido, há os seguintes julgados:

ACÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na necessidade de acautelar o meio social, a título de garantia da ordem pública. Inadmissibilidade. **Razão que não autoriza a prisão cautelar**. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida. Precedentes. **É ilegal o decreto de prisão preventiva baseado na necessidade de aplacar a intranquilidade no meio social, a título de garantia da ordem pública**¹³¹. (grifos nossos)

E ainda:

HABEAS CORPUS - CRIME HEDIONDO - ALEGADA OCORRÊNCIA DE CLAMOR PÚBLICO - TEMOR DE FUGA DO RÉU - DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA - RAZÕES DE NECESSIDADE INOCORRENTES - INADMISSIBILIDADE DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE - PEDIDO DEFERIDO. A PRISÃO PREVENTIVA 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 - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO TEM POR OBJETIVO INFLIGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO**

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 95.460, Relator: Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 31 ago. 2010. DJe 22 out. 2010. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16794963/habeas-corpus-hc-95460-sp-stf>>. Acesso em 30 abr. 2012.

¹²⁹ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 164.

¹³⁰ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 164-165.

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 93477/RJ. Relator: Cezar Peluso. Brasília, DF, 10 mar. 2009. DJe 15 maio 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715144/habeas-corpus-hc-93477-rj-stf>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

RÉU312CPP. - 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. O CLAMOR PÚBLICO, AINDA QUE SE TRATE DE CRIME HEDIONDO, NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. - 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, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal. PrecedentesCPP312323VCP. - A acusação penal por crime hediondo não justifica, só por si, a privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu. A PRESERVAÇÃO DA CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES E DA ORDEM PÚBLICA NÃO CONSUBSTANCIA, SÓ POR SI, CIRCUNSTÂNCIA AUTORIZADORA DA PRISÃO CAUTELAR. - Não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação do ato excepcional de privação cautelar da liberdade individual, a alegação de que o réu, por dispor de privilegiada condição econômico-financeira, deveria ser mantido na prisão, em nome da credibilidade das instituições e da preservação da ordem pública. ABANDONO DO DISTRITO DA CULPA PARA EVITAR SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA - DESCABIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. - Não cabe prisão preventiva pelo só fato de o agente - movido pelo impulso natural da liberdade - ausentar-se do distrito da culpa, em ordem a evitar, com esse gesto, a caracterização da situação de flagrância. 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. DISCURSOS DE CARÁTER AUTORITÁRIO NÃO PODEM JAMAIS SUBJUGAR O PRINCÍPIO DA LIBERDADE. - 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 não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra 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.¹³² (grifos nossos)

Todavia, em detrimento a essa argumentação, parte da doutrina e dos próprios Tribunais continuam a admitir a prisão cautelar sob o fundamento da garantia da ordem pública.¹³³ Isso porque pregam a tutela penal da ordem pública no sentido de que, com a prática de uma infração penal, instaura-se uma conseqüente situação de intranqüilidade social, que por sua vez gera uma necessidade de defesa social que clama pelo cerceamento da liberdade do indivíduo infrator.¹³⁴ A propósito, há o seguinte julgado:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. RECURSO ORDINÁRIO. FURTO À SEDE DO BANCO CENTRAL EM FORTALEZA/CE. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO DOS FATOS QUE ENSEJARAM A DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA, BASEADA EM ELEMENTOS CONCRETOS. **GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.** JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA. ORDEM DENEGADA. (...) 3. **A custódia preventiva visando a garantia da ordem pública legitima-se quando presente a necessidade de acautelar-se o meio social ante a concreta possibilidade de reiteração criminosa.** (...) (cortes e grifos nossos)¹³⁵

O fato da expressão ‘ordem pública’ constituir-se um conceito jurídico indeterminado não pode ser óbice à delimitação de sua amplitude. A técnica legislativa dos conceitos indeterminados é uma ocorrência notória no ordenamento jurídico vigente. A Constituição Federal de 1988, por exemplo, é repleta de conceitos jurídicos indeterminados, assim como o Código Penal e o Código de Processo Penal. Desse modo, é de fundamental

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 80719 SP*. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 26 jun. 2001. DJe 28 set. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2880719.NUME.+OU+80719.AC MS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 27 abr. 2012.

¹³³ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 165.

¹³⁴ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 165.

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 101248*. Relator: Luiz Fux. Brasília, DF, 21 jun. 2011. DJe 09 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20625885/habeas-corpus-hc-101248-ce-stf>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

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.¹³⁶

Desta feita, a prisão cautelar com fundamentação na garantia da ordem pública deverá ser objeto de ampla análise do caso *in concreto*, levando-se em consideração, dentre outros, a gravidade da infração, a vida pregressa do réu, as consequências do crime, “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”.¹³⁷ Nesse mesmo sentido entende Antônio Alberto Machado:

Assim como assim, 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.¹³⁸ (grifos nossos)

2.5.2 Prisão em flagrante

“Flagrante, do latim *flagrans, flagrantins* (do verbo *flagrare*, queimar), significa ardente, que está em chamas, que arde, que está crepitando”¹³⁹. Dessa forma, trata-se daquela prisão efetuada no mesmo instante da consumação da infração penal.

A prisão em flagrante constitui-se na única e excepcional espécie de prisão provisória efetuada sem ordem judicial, “tratando-se de privação da liberdade imposta por ato administrativo, motivado por uma verificada situação de urgência”.¹⁴⁰

Segundo Antonio Scarance Fernandes¹⁴¹, 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

¹³⁶ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 168-169.

¹³⁷ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 169.

¹³⁸ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 142.

¹³⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 457.

¹⁴⁰ KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, presunção de inocência e prisões provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 26.

¹⁴¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 285-286.

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.

Nos termos do artigo 302 do Diploma Processual Penal, há quatro situações que atestam o estado de flagrância do agente¹⁴². Nas duas primeiras hipóteses, é nítida a existência do flagrante: o agente está cometendo ou acaba de cometer a infração penal. A hipótese do inciso III é tida como uma situação de quase flagrante, enquanto que a situação do inciso IV é o flagrante presumido: o indivíduo é encontrado logo após o cometimento de delito, portando instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam supor (presumir) ser ele o autor da infração.¹⁴³

O flagrante propriamente dito caracteriza-se pela necessidade de coerção urgente e imediata do agressor com vistas a impedir o dano e os efeitos imediatos do ataque ao bem jurídico, bem como restabelecer a tranquilidade social.¹⁴⁴ Por outro lado, há limites legais impostos pela essência desse instituto e que deverão ser criteriosamente observados quando de uma prisão por estado de flagrância. São eles: “a iminência ou atualidade do ataque ao bem jurídico, a necessidade e a proporcionalidade dos meios empregados para repelir o ataque, a ponderação entre o bem a ser salvo e o bem a ser sacrificado”.¹⁴⁵

As situações de quase-flagrância têm lugar quando a prisão em flagrante acontece em seguida ao ataque ao bem jurídico, ou seja, o ataque já cessou, mas as circunstâncias aparentes indicam que acabara de haver uma conduta criminoso. Nesse caso, o propósito da prisão não é mais proteger o bem jurídico, uma vez que este já restou agredido. Pretende-se, outrossim, “instruir a futura propositura da ação penal condenatória”¹⁴⁶, com a

¹⁴² 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.

¹⁴³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 286.

¹⁴⁴ KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, presunção de inocência e prisões provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 26.

¹⁴⁵ KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, presunção de inocência e prisões provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 27.

¹⁴⁶ KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, presunção de inocência e prisões provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 27.

colheita de elementos instrutórios acerca da possível autoria e materialidade. Essa prisão acontecerá nas hipóteses previstas nos incisos III e IV do artigo 302 do Código de Processo Penal.¹⁴⁷

De todo o modo, passado o momento do estado de flagrância, em que se pôs fim à agressão ao bem jurídico ou ainda no caso da quase-flagrância, tendo sido colhidas as provas de que se dispunha, a excepcional prisão em flagrante demonstra já haver alcançado sua finalidade e não poder mais subsistir.¹⁴⁸ Em consequência, essa “prisão não decorrente de ordem judicial se converte em medida cautelar, submetendo-se à apreciação imediata do órgão jurisdicional”.¹⁴⁹

Desse modo, com sua automática conversão em medida cautelar, a prisão em flagrante adquire a característica de qualquer outra prisão provisória e sua manutenção só poderá se dar desde que atendidos os requisitos gerais das prisões cautelares, quais sejam, os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Assim, a prisão somente subsistirá caso se demonstre a necessidade da sua manutenção “para evitar o risco de inviabilização da satisfação prática do direito alegado na ação penal condenatória”.¹⁵⁰

Nesse mesmo sentido explana Antonio Scarance Fernandes:

(...) 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.¹⁵¹

¹⁴⁷ 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.

¹⁴⁸ KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, presunção de inocência e prisões provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 27-28.

¹⁴⁹ KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, presunção de inocência e prisões provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 28.

¹⁵⁰ KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, presunção de inocência e prisões provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 28.

¹⁵¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 287.

Maria Lúcia Karam traz que manter a prisão em flagrante apenas porque houve provas do cometimento do delito seria o mesmo que antecipar a pena do acusado, condenando-o sem o devido processo penal e violando, conseqüentemente, normas constitucionais de direitos fundamentais.¹⁵²

Desta feita, caso não haja a necessidade de manutenção da prisão, não podendo a mesma ser convertida em prisão preventiva, o magistrado deverá conceder a liberdade provisória ao acusado, nos termos no artigo 310 do Código de Processo Penal^{153 154}.

2.5.3 Prisão temporária

A prisão temporária é regulamentada pela Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989, que foi fruto da conversão da Medida Provisória 111, de 14 de novembro de 1989, que buscou regulamentar a antecedente “prisão para averiguações”, ilícita, mas largamente utilizada.¹⁵⁵

Trata-se de uma prisão por tempo determinado e que possui uma finalidade nitidamente particular, específica, não se prestando “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”.¹⁵⁶

O propósito específico dessa espécie de prisão cautelar reside tão-somente em se permitir a efetivação de algum ato investigatório que dificilmente poderia ser realizado

¹⁵² KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, presunção de inocência e prisões provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 28.

¹⁵³ Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

¹⁵⁴ A Lei 12.403 de 2011 trouxe nova redação ao artigo 310 do Código de Processo Penal, estabelecendo novas possibilidades ao juiz diante do recebimento do auto de prisão em flagrante.

¹⁵⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 286.

¹⁵⁶ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 103.

caso o indiciado se encontrasse em liberdade. Ou seja, “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”.¹⁵⁷

Desta feita, a prisão temporária não pode ser vista como uma medida cautelar acessória à ação penal. Na realidade, ela consiste em uma medida ‘preparatória’ para esse processo que poderá vir a ser instaurado. “Não se trata, por isso, de medida incidental, mas, sim, de medida cautelar preparatória da futura ação penal”.¹⁵⁸

Por outro lado, a prisão temporária não poderá ser deferida de ofício pelo magistrado. Ao contrário, pressupõe requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial¹⁵⁹. E, conforme acima mencionado, somente será admitida durante o curso do procedimento investigatório policial, objetivando agilizar o recolhimento das informações e fatos capazes de melhor elucidar o delito¹⁶⁰.

Há algumas regras legais específicas que norteiam a decretação da prisão temporária. Dentre elas, sua duração de cinco dias ou de trinta dias, neste último caso para os crimes hediondos, de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e de terrorismo. Esses prazos podem ser prorrogados em casos de extrema e comprovada necessidade. O magistrado tem a possibilidade de, antes de findo o prazo, decretar a prisão preventiva do preso temporário.¹⁶¹

Antonio Scarance Fernandes adverte sobre o risco de perder-se de vista o caráter cautelar de toda prisão que se dá no decorrer da investigação policial ou do processo. 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

¹⁵⁷ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 104.

¹⁵⁸ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 104.

¹⁵⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 288.

¹⁶⁰ FREITAS, Jayme Walmer de. *Prisão temporária*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 81.

¹⁶¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 288-289.

Lei que dispõe sobre a prisão temporária, de forma a amoldá-la ao princípio constitucional da presunção de inocência.¹⁶²

Havia, ainda, acerca da prisão temporária, um questionamento acerca da possível inconstitucionalidade da Lei 7.960/89, uma vez que foi originada de uma medida provisória e não de projeto de lei, o que, para alguns, feriria o princípio da legalidade, havendo vício de iniciativa, vez que, a reserva de competência seria do Congresso Nacional.¹⁶³

Nesse sentido, o Conselho Federal da OAB ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ADIn nº 162-1/DF), visando suspender os efeitos da Medida Provisória nº 111, alegando danos concretos e irreparáveis aos cidadãos brasileiros. O Tribunal Pleno da Corte Constitucional, por sua vez, decidiu pela rejeição da liminar, em 14/12/1989, por maioria de votos (8 a 2).¹⁶⁴

Entretanto, essa decisão jurisprudencial esteve longe de colocar um ponto final na divergência, ainda persistente, entre grandes doutrinadores sobre a questão da inconstitucionalidade ou não da Lei da Prisão Temporária. Porém, Freitas encerra aduzindo que:

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.¹⁶⁵

Corroborando com esse pensamento, o Supremo Tribunal Federal assim decidiu:

¹⁶² FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 290.

¹⁶³ FREITAS, Jayme Walmer de. *Prisão temporária*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 86.

¹⁶⁴ FREITAS, Jayme Walmer de. *Prisão temporária*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 86.

¹⁶⁵ FREITAS, Jayme Walmer de. *Prisão temporária*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 94.

HABEAS CORPUS - JULGAMENTO - MANIFESTAÇÕES - DEFESA - MINISTÉRIO PÚBLICO. É inquestionável que a antecipação cautelar da prisão – qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (prisão temporária, prisão preventiva ou prisão decorrente da sentença de pronúncia) – não se revela incompatível com o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.¹⁶⁶

E ainda:

PROCESSUAL PENAL. PRISÃO TEMPORÁRIA. FORAGIDO. DECRETAÇÃO FUNDAMENTADA. DENEGAÇÃO. 1. A questão trazida no presente writ diz respeito ao possível constrangimento ilegal que estaria sofrendo o paciente em razão da decretação de sua **prisão temporária**. 2. O paciente, investigado como incurso no crime previsto nos artigos 121 e 211 do Código Penal, encontra-se foragido desde o início do inquérito até a presente data. 3. Decreto de prisão temporária prorrogado pelo prazo de 30 dias. 4. **A prisão temporária é uma prisão cautelar de natureza processual que restringe a liberdade de locomoção do indiciado por tempo determinado, a fim de possibilitar as investigações acerca de determinados crimes considerados graves, entre os quais o homicídio doloso.** 5. A prisão temporária impugnada foi decretada em julho de 2006 e o paciente encontra-se foragido desde a instauração do inquérito policial até a presente data, restando sem cumprimento o mandado de prisão. 6. Manter-se foragido durante toda a investigação criminal dá justificativa à manutenção da medida extrema, imprescindível para as investigações policiais. 7. Habeas corpus denegado.¹⁶⁷ (grifos nossos)

Desta feita, é de se notar que, por vezes, o preso temporário acaba sendo absolvido, tornando-se vítima de erros judiciários, muitas vezes irreparáveis, o que o leva à necessidade de recorrer à prestação jurisdicional exigindo a devida indenização, constitucionalmente estatuída, mas longe de afastar os efeitos catastróficos de uma prisão ilegal.¹⁶⁸

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 102732*. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 04 mar. 2010. Dje 07 maio 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28102732.NUME.+OU+102732.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 102974*. Relator: Ellen Gracie. Brasília, DF, 14 dez. 2010. Dje 7 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18063097/habeas-corpus-hc-102974-sp-stf>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

¹⁶⁸ FREITAS, Jayme Walmer de. *Prisão temporária*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 94.

2.5.4 A prisão imposta em sentença condenatória recorrível

O autor Antônio Alberto Machado¹⁶⁹ faz menção à prisão decorrente de sentença recorrível, disciplinada, até então, no artigo 393, I do Diploma Processual Penal.¹⁷⁰

Citando Afrânio Silva Jardim¹⁷¹, Machado afirma que essa modalidade de prisão não dispõe da característica cautelar que lhe deveria ser peculiar. Pelo contrário, apresenta-se como uma verdadeira “tutela satisfativa”¹⁷², na medida em que denota uma autêntica execução antecipada da pena.¹⁷³ Nesse mesmo sentido é o entendimento de Maria Lúcia Karam.¹⁷⁴

Por outro lado, é relevante ressaltar que essa espécie de prisão não se dá de maneira automática após a prolação da sentença condenatória. Se assim o fosse, evidenciaria, certamente, seu nítido caráter de antecipação da pena. Dessa forma, dispõe Antônio Machado: “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”.¹⁷⁵

A prisão decorrente de sentença recorrível, desta feita, possuirá como fundamentação um dos requisitos previstos para a prisão preventiva.¹⁷⁶ Isso porque a presunção de inocência somente se desfaz com uma sentença condenatória transitada em julgado. Se a sentença é recorrível, sendo possível dela recorrer ordinariamente para os

¹⁶⁹ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 100.

¹⁷⁰ O artigo 393 do Código de Processo Penal foi revogado pela Lei n. 12.403/2011.

¹⁷¹ JARDIM, Afrânio Silva. A prisão em decorrência de sentença penal condenatória, in *Revista Justitia*, n. 132/85, p. 149/83 *apud* MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 100.

¹⁷² JARDIM, Afrânio Silva. A prisão em decorrência de sentença penal condenatória, in *Revista Justitia*, n. 132/85, p. 149/83 *apud* MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 100.

¹⁷³ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 100.

¹⁷⁴ KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, presunção de inocência e prisões provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 49-50.

¹⁷⁵ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 100.

¹⁷⁶ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 100-101.

tribunais de 2º grau de jurisdição, ainda persiste a garantia da presunção da inocência. Logo, “não terminado o processo de conhecimento, o réu não poderá sofrer pena”.¹⁷⁷

Nesse sentido, há o julgado do Supremo Tribunal Federal que assim dispõe:

"HABEAS CORPUS" - DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR - SÚMULA 691/STF - SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR - **CONDENAÇÃO PENAL RECORRÍVEL - SUBSISTÊNCIA, MESMO ASSIM, DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII) - RÉU QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE O PROCESSO - RECONHECIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, Nº 2) - DECISÃO QUE ORDENA A PRISÃO DO CONDENADO PELO FATO DE OS RECURSOS EXCEPCIONAIS DEDUZIDOS PELO SENTENCIADO (RE e REsp) NÃO POSSUÍREM EFEITO SUSPENSIVO - DECRETABILIDADE DA PRISÃO CAUTELAR - POSSIBILIDADE, 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 - SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO VERIFICADA NA ESPÉCIE - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO - AFASTAMENTO, EM CARÁTER EXCEPCIONAL, NO CASO CONCRETO, DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691/STF - "HABEAS CORPUS" CONCEDIDO DE OFÍCIO. DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR - SÚMULA 691/STF - SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sempre em caráter extraordinário, tem admitido o afastamento, "hic et nunc", da Súmula 691/STF, em hipóteses nas quais a decisão questionada diverja da jurisprudência predominante nesta Corte ou, então, veicule situações configuradoras de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade. Precedentes. Hipótese ocorrente na espécie. PRISÃO CAUTELAR - CARÁTER EXCEPCIONAL. - **A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade.** A prisão processual, 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 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. Doutrina. Precedentes. RECURSOS EXCEPCIONAIS (RE e REsp) - AUSÊNCIA DE EFICÁCIA SUSPENSIVA - CIRCUNSTÂNCIA QUE, SÓ POR SI, NÃO OBSTA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. - A denegação, ao sentenciado, do direito de recorrer 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 destituído,**

¹⁷⁷ KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, presunção de inocência e prisões provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 50.

em referido contexto, da necessária cautelaridade. Precedentes. - **A prisão processual, de ordem meramente cautelar, ainda que fundada em sentença condenatória recorrível (cuja prolação não descaracteriza a presunção constitucional de inocência), tem como pressuposto legitimador a existência de situação de real necessidade, apta a ensejar, ao Estado, quando efetivamente ocorrente, a adoção - sempre excepcional - dessa medida constritiva de caráter pessoal.** Precedentes. - Se o réu respondeu ao processo em liberdade, a prisão contra ele decretada - embora fundada em condenação penal recorrível (o que lhe atribui índole eminentemente cautelar) - somente se justificará, se, motivada por fato posterior, este se ajustar, concretamente, a qualquer das hipóteses referidas no art. 312 do CPP. Situação inócurrenente no caso em exame.¹⁷⁸ (grifos nossos)

Essa modalidade de prisão cautelar evidencia, portanto, 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.¹⁷⁹

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.¹⁸⁰

A pretensão da prisão em decorrência de sentença recorrível em estabelecer uma execução provisória da pena ali aplicada, mesmo que ainda cabível recurso, constitui nítida violação à garantia da presunção de inocência¹⁸¹.

Maria Lúcia Karam traz que no ordenamento jurídico brasileiro ainda há leis ordinárias que prevêm a obrigatoriedade do réu manter-se preso para apelar¹⁸². Essa imposição (i)legal, entretanto, colide expressamente não apenas com as “normas

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 102368*. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF 29 jun. 2010, DJe 17 set. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28102368.NUME.+OU+102368.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 11 abr. 2012.

¹⁷⁹ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 101.

¹⁸⁰ KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, presunção de inocência e prisões provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 50.

¹⁸¹ KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, presunção de inocência e prisões provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 53.

¹⁸² Dentre elas cita-se: Lei 9.034/95, art. 9º; Lei 9.613/98, art. 3º; Lei 8.072/90, art. 2º, § 3º.

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”.¹⁸³

Desta feita, enquanto for cabível a interposição de qualquer recurso e a consequente possibilidade de absolvição, há de se manter preservada a garantia constitucional da presunção de inocência. O Estado-Juiz deve impedir qualquer tentativa, mesmo que implícita, de antecipação da pena, ou mesmo de sua execução provisória.¹⁸⁴

Nesse sentido, conclui Antônio Alberto Machado: “isto confirma mais uma vez a preponderância da prisão preventiva como custódia cautelar autêntica no processo penal brasileiro”.¹⁸⁵

2.5.5 Prisão imposta em decisão de pronúncia

Essa espécie de prisão processual evidenciava, a princípio, um objetivo de garantia da presença do acusado no julgamento a ser realizado pelo Júri, uma vez que a antiga redação do artigo 451, § 1º do Código de Processo Penal assim o previa.¹⁸⁶ Portanto, trata-se de uma prisão caracterizada pela “facultatividade, pela modificabilidade, pela provisoriedade e pelo caráter instrumental”.¹⁸⁷

Hoje, a decretação dessa modalidade de prisão não se dá de forma automática após a decisão de pronúncia. Ao contrário, para manter o acusado encarcerado, ou mesmo decretar-lhe essa medida, far-se-á necessária a devida comprovação da presença dos

¹⁸³ KARAM, Maria Lúcia *Liberdade, presunção de inocência e prisões provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 52-53.

¹⁸⁴ KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, presunção de inocência e prisões provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 53-54.

¹⁸⁵ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 101.

¹⁸⁶ Art. 451. Não comparecendo o réu ou o acusador particular, com justa causa, o julgamento será adiado para a seguinte sessão periódica, se não puder realizar-se na que estiver em curso. § 1º Se se tratar de crime afiançável, e o não-comparecimento do réu ocorrer sem motivo legítimo, far-se-á o julgamento à sua revelia. § 2º O julgamento não será adiado pelo não-comparecimento do advogado do assistente. (Esse artigo ganhou nova redação com a Lei 11.689/2008).

¹⁸⁷ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 97-98.

requisitos da prisão preventiva. Logo, entende Antônio Alberto Machado que “não há muito sentido prático na distinção que se faz entre prisão preventiva e prisão por pronúncia”.¹⁸⁸

A pronúncia constitui-se uma decisão interlocutória em que o magistrado determina a continuidade do processo em direção ao Júri. Assim, essa decisão não pode constituir-se um novo título para eventual prisão provisória, como assinalava os revogados §§ 1º e 3º do artigo 408 do Código de Processo Penal.¹⁸⁹ Tal previsão violava o princípio da excepcionalidade da prisão provisória, “para fazer da prisão a regra e da liberdade a exceção”.¹⁹⁰

A decisão de pronúncia, por sua vez, dispõe apenas de um juízo de probabilidade em relação à autoria do delito, não havendo ainda uma decisão condenatória. “Na pronúncia, declara-se provável a imputação, ao revés do que sucede na sentença condenatória, em que se dá esta como certa e demonstrada”.¹⁹¹

Nesse sentido, entende o Supremo Tribunal Federal:

Efeitos do decreto de prisão preventiva no tempo. **Superveniência de pronúncia** (...). A atual jurisprudência desta Corte é no sentido de que **a sentença de pronúncia não autoriza, por si só, a prisão do réu, devendo, antes, indicar fundamentos tipicamente cautelares para tanto**. Isso não significa que a segregação imposta preventivamente em momento anterior à pronúncia não possa persistir mesmo após o seu advento. Tal fica indubitoso quando o Juiz afirmar na sentença de pronúncia que os fundamentos da prisão cautelar persistem. Precedente desta Primeira Turma, de que fui Relator (HC 91.205/DF), assentou que a ‘sentença de pronúncia que traz fundamentos novos ou complementares constitui, ao contrário, título de prisão cautelar autônoma que, por isso, deve ser atacado em via própria, cumprindo assim reconhecer prejudicado o writ anteriormente impetrado’, o que não acontece quando ‘simplesmente repetir os fundamentos declinados na ordem de segregação cautelar anterior’. Prisão preventiva fundamentada

¹⁸⁸ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 98.

¹⁸⁹ Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciarlo-á, dando os motivos do seu convencimento. § 1º Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura. § 2º Se o crime for afiançável, será, desde logo, arbitrado o valor da fiança, que constará do mandado de prisão. . (Esse artigo ganhou nova redação com a Lei 11.689/2008).

¹⁹⁰ KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, presunção de inocência e prisões provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 48-49.

¹⁹¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas, SP: Millennium, 2003. p. 95.

em elementos concretos, devidamente comprovados nos autos, para garantir a ordem pública. (...).¹⁹² (grifos nossos)

Como se depreende do julgado, e conforme acentua grande parte dos doutrinadores, já não vigora em nosso ordenamento a prisão compulsória do réu em virtude da decisão de pronúncia. Uma possível prisão em decorrência dessa decisão deverá ser fundamentada com base nas hipóteses da prisão preventiva. Caso o pronunciado já se encontre preso, far-se-á necessário um novo ato de motivação que mantenha, ou não, o seu encarceramento.¹⁹³

Mais uma vez, portanto, nesse momento processual em que se der a decisão de pronúncia, o magistrado deverá decidir, de forma fundamentada, se mantém, se revoga ou se decreta a prisão do réu agora pronunciado. “Isto significa que a prisão por pronúncia não é mesmo uma modalidade própria de prisão cautelar”.¹⁹⁴

Por fim, Maria Lúcia Karam conclui: “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”.¹⁹⁵

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* 96182. Relator: Menezes Direito. Brasília, DF, 02 dez. 2008. DJe 20 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2910553/habeas-corpus-hc-96182-df-stf>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

¹⁹³ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 99.

¹⁹⁴ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 100.

¹⁹⁵ KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, presunção de inocência e prisões provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 49.

3 PRISÃO CAUTELAR E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

3.1 A presunção de inocência e a prisão cautelar

A princípio, com a consagração do princípio da presunção de inocência na Constituição Federal de 1988, instalou-se uma discussão entre juristas e doutrinadores, inicialmente mais acirrada, acerca da compatibilidade entre este princípio e as prisões provisórias. Todavia, recorrendo ao autor Afrânio Silva Jardim¹⁹⁶, Antônio Alberto Machado expõe:

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 – se 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.¹⁹⁷ (grifos nossos)

Portanto, a prisão cautelar, para manter-se compatível com a garantia da presunção de inocência, deve preservar as ideias de instrumentalidade, proteção e imprescindibilidade aos fins perseguidos no processo penal. “Essa reconhecida necessidade social é que acaba por explicar a convivência harmoniosa entre a prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência”.¹⁹⁸

O instituto da constrição cautelar da liberdade deve ser sempre concebido como um instrumento auxiliar da administração da justiça, com nítido objetivo de garantia.

¹⁹⁶ JARDIM, Afrânio Silva. A prisão no curso do processo em face da nova Constituição. In *Revista Justitia*, 145/16 *apud* MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 239.

¹⁹⁷ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 239-240.

¹⁹⁸ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 161.

Como tal deve ser dotado do caráter de excepcionalidade, já que constitui medida de restrição à liberdade antes da decisão condenatória definitiva.¹⁹⁹

Percebe-se, nas prisões cautelares, a existência de um “ponto de tensão que envolve o objeto do processo penal, de um lado, e o direito de liberdade, de outro”²⁰⁰.

O primeiro aspecto refere-se à necessidade de defesa social, que abarca o direito social à segurança e concebe a ordem pública como reflexo de paz e harmonia social. Por outro lado, tem-se um segundo bem jurídico tutelado: a garantia da presunção de inocência. Trata-se de um ponto de delimitação à legalidade ou ilegalidade das possíveis restrições à liberdade do indivíduo.²⁰¹

Nesse mesmo sentido, Antônio Alberto Machado traz que a inserção da presunção de inocência no ordenamento constitucional brasileiro segue a proposta do Estado liberal burguês de lidar com os dilemas típicos de sua natureza e fins, que é, de um lado, “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”.²⁰² Instaura-se, portanto, um aparente conflito entre a necessidade de manutenção da ordem e as exigências de garantia da liberdade.²⁰³

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.²⁰⁴

¹⁹⁹ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 161.

²⁰⁰ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 162.

²⁰¹ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 162.

²⁰² MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 240.

²⁰³ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 240.

²⁰⁴ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 162.

Antônio Alberto Machado, citando o autor Antônio Magalhães Gomes Filho²⁰⁵, aduz que a presunção de inocência na Carta Magna de 1988 cumpre uma “função político-retórica de incutir 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”.²⁰⁶

Na visão do autor Antônio Alberto Machado, a presunção de inocência transmite, a priori, uma sensação mística e encantadora de isonomia entre todos os acusados, quaisquer que sejam suas condições socioeconômicas. Esse fato, entretanto, acaba simplesmente por encobrir a cruel realidade de que a maioria dos réus não dispõe de meios ou recursos eficientes para promover uma defesa ampla no curso do processo a que é submetido. Assim, acabam por não receberem o constitucional tratamento igualitário a que deveriam ter direito e muito menos são considerados inocentes até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.²⁰⁷

Por outro lado, mesmo diante desse objetivo “místico e encantador”²⁰⁸ da presunção de inocência, por possuir *status* constitucional, essa garantia tem o condão de prevalecer diante de normas infraconstitucionais, como é o caso do Código de Processo Penal. Desse modo, Machado critica os recentemente revogados artigos 393, I e II²⁰⁹, e 594²¹⁰ desse diploma legal que previam a prisão do réu após a sentença condenatória recorrível, o consequente lançamento de seu nome no rol dos culpados e ainda a necessidade de sua prisão

²⁰⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva: 1991, p. 02 *apud* MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 240.

²⁰⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva: 1991, p. 02 *apud* MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 240.

²⁰⁷ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 241.

²⁰⁸ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 241-242.

²⁰⁹ 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. (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

²¹⁰ 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. (Revogado pela Lei nº 11.719, de 2008).

para apelar. Tratava-se de previsões legais com nítido caráter de execução provisória da pena.²¹¹

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.²¹² (grifos nossos).

Nos termos do imperioso caráter cautelar das prisões provisórias, o Supremo Tribunal Federal decidiu, recentemente, que embora os recursos extraordinários não disponham de efeito suspensivo, não será possível a execução da pena privativa de liberdade enquanto não houver o trânsito julgado da sentença penal condenatória.²¹³ *In verbis*:

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 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

²¹¹ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 242.

²¹² MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 243.

²¹³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar – doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 18.

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.²¹⁴

O autor Renato Lima²¹⁵ assinala 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 extrai do artigo 637 do Código de Processo Penal²¹⁶. Desse modo, ainda que o acusado tivesse interposto recurso extraordinário ou especial, estaria sujeito à prisão, não se vinculando esta aos pressupostos da prisão preventiva²¹⁷.

Entretanto, nos termos do julgado acima mencionado, a Suprema Corte firmou entendimento no sentido de não ser possível a execução provisória da sentença penal condenatória antes que se dê seu trânsito em julgado²¹⁸.

3.2 As inovações da Lei nº 12.403/2011

Durante muito tempo, o processo penal brasileiro oferecia ao magistrado apenas duas opções em relação às medidas cautelares de natureza pessoal: a prisão cautelar ou a liberdade provisória. Tratava-se, segundo alguns doutrinadores, da bipolaridade cautelar do sistema brasileiro²¹⁹.

Com o advento da Lei 12.403/11, ampliou-se, de maneira expressiva, o rol de medidas cautelares pessoais diversas da prisão cautelar, possibilitando ao juiz a definição

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 84078*. Relator: Eros Grau. Brasília, DF, 05 fev. 2009. DJe 26 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884078.NUME.+OU+84078.AC MS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 15 abr. 2012.

²¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar – doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 18.

²¹⁶ Art. 637. 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.

²¹⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar – doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 18-19.

²¹⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar – doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 18-19.

²¹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar – doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 04.

daquela que mais convier ao caso concreto, conforme os princípios da legalidade e da proporcionalidade²²⁰.

Desta feita, o artigo 319 do Código de Processo Penal, alterado pela supracitada Lei, prevê 09 (nove) medidas cautelares diversas da prisão, a serem aplicadas pelo magistrado em conjunto, ou isoladamente, de forma autônoma. Inclusive pode-se evitar, por meio da aplicação dessas medidas, a decretação da prisão preventiva, “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*”²²¹.

Por outro lado, tanto a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, quanto a decretação da própria prisão preventiva permanecem pressupondo a existência dos requisitos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, já oportunamente abordados neste trabalho, além da observância dos princípios da presunção de inocência, da jurisdicionalidade e da proporcionalidade²²².

Muitos doutrinadores vêm a nova lei como um instrumento de se propiciar uma melhor disciplina do instituto da prisão cautelar. Trata-se de uma lei moderna que acabou por consolidar entendimentos já exarados pela doutrina e jurisprudência, “além do que servirá aos juízes como um leque de opções para melhor fazer frente a situações de cautelaridade que se apresentem no processo”²²³.

3.3 Aplicação da ponderação dos valores

Conforme já assentado no capítulo inicial deste trabalho, a colisão de direitos fundamentais se dá quando, diante de um caso concreto, “o exercício de um direito

²²⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar – doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 04.

²²¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar – doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 05.

²²² LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar – doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 07,12-37.

²²³ 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: 11 out. 2011.

fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de um outro titular”²²⁴.

No caso específico da temática deste trabalho de pesquisa, a aparente colisão se dá em relação ao princípio constitucional da presunção de inocência frente ao instituto das prisões cautelares.

De uma maneira geral, conforme já abordado, a constitucionalidade das prisões processuais em face do postulado da inocência pode ser fundamentada sob a ótica da ponderação de valores constitucionais, uma vez que esta regra de hermenêutica constitucional legitima a tese de validade das prisões provisórias, especialmente por ter como seu suporte a própria Constituição Federal.²²⁵

Percebe-se, ao longo da discussão acerca dessa problemática no mundo jurídico, que a doutrina e jurisprudência brasileira, de uma forma majoritária, sempre defendeu a constitucionalidade das prisões provisórias em face do Princípio da Presunção de Inocência, utilizando como fundamentos: a) a mesma hierarquia entre as regras conflitantes; b) a excepcionalidade das prisões cautelares.²²⁶

Nesse sentido, acerca da técnica da ponderação de valores, assevera Luís Roberto Barros:

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**

²²⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 139.

²²⁵ RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago. Prisão processual e presunção de inocência: um estudo à luz da ponderação de valores constitucionais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2652, 5 out. 2010. Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev2009/PANOPTICA_014_V_83_110.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2012.

²²⁶ RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago. Prisão processual e presunção de inocência: um estudo à luz da ponderação de valores constitucionais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2652, 5 out. 2010. Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev2009/PANOPTICA_014_V_83_110.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2012.

condenatória e os princípios/interesses/normas referentes à paz social, segurança pública, e, por que não, dignidade da pessoa humana.(grifos nossos)²²⁷

E ainda Wilson Antônio Steinmetz:

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.²²⁸

Dessa forma, aplicando-se a técnica hermenêutica supracitada, a liberdade do réu não poderá se sobrepor quando em conflito com qualquer outro valor constitucional. Na realidade, se há possibilidade de a liberdade do réu colocar em risco bens jurídico-constitucionais relevantes, tais como a segurança pública e a dignidade da pessoa humana, far-se-á necessário decretar a custódia cautelar, valendo-se o julgador da ponderação de valores constitucionais.²²⁹

Corroborando com esse entendimento, o autor Tourinho Filho salienta que, embora a prisão cautelar possa ser injusta ao réu, “por outro lado, em determinadas hipóteses, a Justiça Penal correria um risco muito grande deixando o indigitado autor do crime em liberdade”.²³⁰

Segundo o entendimento de Wilson Antônio Steinmetz, a operacionalização da ponderação de valores somente se dá com a aplicação do princípio da proporcionalidade.²³¹ Entretanto, a técnica da ponderação acaba por confundir-se com o princípio da proporcionalidade, o que dificulta a diferenciação dos conceitos: “De fato, não há como separar a ponderação de bens do princípio da proporcionalidade”.²³² Na verdade, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo compreende a própria ponderação de bens. São

²²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 330.

²²⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 140.

²²⁹ RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago. Prisão processual e presunção de inocência: um estudo à luz da ponderação de valores constitucionais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2652, 5 out. 2010. Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev2009/PANOPTICA_014_V_83_110.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2012.

²³⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 479.

²³¹ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 143.

²³² STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 144.

conceitos que se encontram intrinsecamente ligados e que destinam-se a corrigir ou atenuar a problemática da colisão entre direitos fundamentais.²³³ Descabida, portanto, neste trabalho, a delimitação de cada um desses conceitos.

A título de aplicação prática da técnica da ponderação dos valores constitucionais, oportuno transcrever as seguintes ementas:

Prisão preventiva – Decretação – Réu primário, sem antecedentes, com residência certa e ocupação lícita – Irrelevância – Prática de delito gravíssimo, violento e nitidamente comprometedor da **paz pública** – **Constrangimento ilegal incorrente** – Ordem denegada. (grifos nossos)²³⁴

HABEAS CORPUS - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - PRISÃO PREVENTIVA - REQUISITOS LEGAIS - PREECHIMENTO - PERICULOSIDADE DO AGENTE - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO - ORDEM DENEGADA.

1. Inexiste constrangimento ilegal quando devidamente apontados os motivos que deram ensejo à prisão preventiva do paciente, notadamente para a garantia da ordem pública a fim **de resguardar a integridade física e psicológica da vítima**, visto que o paciente agrediu verbalmente e fisicamente a vítima, proferindo ameaças, circunstâncias que demonstram a sua potencial periculosidade e a real possibilidade de que, solto, volte a delinquir. Precedentes. 2. **Presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva previstos no art. 312 do CPP, não se verifica o alegado constrangimento ilegal na manutenção da prisão.** 3. Ordem denegada. (grifos nossos)²³⁵

Nestes julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, observa-se a opção pela regra da ponderação de valores, já que a garantia da presunção de inocência do réu foi, a princípio, afastada, em detrimento de outro interesse fundamental: a paz pública, no primeiro caso, e a integridade física e psicológica da vítima, no segundo caso. Portanto, o julgador, em ambos os casos, fundamentou legalmente sua decisão em outros valores também insculpidos na Carta Magna, a exemplo da segurança e paz pública e da integridade física do indivíduo.²³⁶

²³³ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 144.

²³⁴ JTJ 232/361.

²³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Acórdão 572994*. Relator: Humberto Adjuto Ulhôa, Brasília, DF, 15 mar. 2012. DJe 20 mar. 2012. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62577,52735,6785&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=572994>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

²³⁶ RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago. *Prisão processual e presunção de inocência: um estudo à luz da ponderação de valores constitucionais*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2652, 5 out. 2010.

Por fim, recorre-se mais uma vez ao autor Wilson Antônio Steinmetz para concluir que, no caso da aplicação da técnica da ponderação de valores constitucionais, não se chega a um único resultado possível correto, ou a uma resposta correta, isso porque se trata de um procedimento aberto, onde sempre caberão novas argumentações diante do caso concreto. Será tarefa do julgador, portanto, diante de uma colisão entre direitos fundamentais, aplicar a técnica hermenêutica, atendo-se aos critérios legais, doutrinários e jurisprudenciais que lhe permitam privilegiar alguns direitos em detrimento de outros, sempre com a observância da estrita fundamentação.²³⁷

E conclui Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues:

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. (grifos nossos)²³⁸

3.4 Entendimentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça

Muito embora já se tenha citado, ao longo deste trabalho, alguns julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, oportuno se faz retomar alguns entendimentos destes Tribunais com o propósito de ultimar a discussão aqui empreendida. A propósito:

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

Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev2009/PANOPTICA_014_V_83_110.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2012.

²³⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 215.

²³⁸ RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago. Prisão processual e presunção de inocência: um estudo à luz da ponderação de valores constitucionais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2652, 5 out. 2010. Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev2009/PANOPTICA_014_V_83_110.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2012.

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 idéia 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 auto-incriminação, 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. [...]²³⁹**

Este julgado do Supremo Tribunal Federal, 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:

²³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 96219 SP*. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 09 out. 2008. DJe 15 out. 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19137655/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-96219-sp-stf>>. Acesso em: 28 abr. 2012.

- 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 auto-incriminação, 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 Supremo Tribunal Federal.

Em um julgado mais recente, de fevereiro de 2012, observa-se que prevalece a mesma orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal:

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 judiciais. 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. [...]²⁴⁰

Portanto, resta configurado o entendimento do Supremo Tribunal Federal 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

²⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 112071 SP*. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 27 fev. 2012. DJe 01 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21260334/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-112071-sp-stf>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

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.²⁴¹ (grifos nossos)

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. (grifos nossos)²⁴²

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.

²⁴¹ BRASIL. 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: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21366139/habeas-corpus-hc-201495-sp-2011-0065067-1-stj>>. Acesso em: 19 fev. 2012.

²⁴² BRASIL. 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: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21256042/habeas-corpus-hc-211700-ce-2011-0152555-5-STJ>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

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 12.403/2011 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, que teve sua redação alterada pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004:

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; (grifos nossos)²⁴³

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.

²⁴³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 2011.

CONCLUSÃO

A positivação do princípio da presunção da inocência no ordenamento constitucional brasileiro trouxe novas características ao processo penal, atribuindo-lhe um caráter mais humanitário.

Frente à Constituição Federal de 1988, o acusado passa a ser tido como um sujeito de direitos a quem são asseguradas uma série de garantias fundamentais que visam impedir a arbitrariedade do Estado-Juiz no processo penal.

A partir dessa perspectiva, faz-se necessária a observância rigorosa acerca da excepcionalidade das prisões cautelares, uma vez que uma futura condenação é apenas uma mera probabilidade.

Nesta linha de pensamento, a maioria dos doutrinadores e julgadores entende, conforme abordado neste trabalho, que a antecipação cautelar da prisão não se mostra incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, desde que se observem os pressupostos legais para a antecipação da prisão e, acima de tudo, se avalie sobre sua real necessidade, uma vez que a regra é a liberdade do acusado.

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 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 12.403/2011 novas medidas cautelares poderão ter aplicabilidade no processo penal. Desse modo, o artigo 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 adotada neste trabalho não pretende esgotar ou restringir a discussão acerca da temática. Diante da complexidade, atualidade e relevância do tema, sempre há 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.

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>. Acesso em: 10 jan. 2012.

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

BRASIL. 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: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21366139/habeas-corpus-hc-201495-sp-2011-0065067-1-stj>>. Acesso em: 19 fev. 2012.

BRASIL. 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: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21256042/habeas-corpus-hc-211700-ce-2011-0152555-5-STJ>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 101248*. Relator: Luiz Fux. Brasília, DF, 21 jun. 2011. DJe 09 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20625885/habeas-corpus-hc-101248-ce-stf>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 102368*. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF 29 jun. 2010, DJe 17 set. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28102368.NUME.+OU+102368.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 11 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 102732*. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 04 mar. 2010. Dje 07 maio 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28102732.NUME.+OU+102732.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 30 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 102974*. Relator: Ellen Gracie. Brasília, DF, 14 dez. 2010. DJe 7 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18063097/habeas-corpus-hc-102974-sp-stf>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 112071 SP*. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 27 fev. 2012. DJe 01 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21260334/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-112071-sp-stf>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 80379*. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 17 dez. 2000. DJ 25 maio 2001. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/778395/habeas-corpus-hc-80379-sp-STF>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 80719 SP*. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 26 jun. 2001. DJe 28 set. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2880719.NUME.+OU+80719.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 27 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 84078*. Relator: Eros Grau. Brasília, DF, 05 fev. 2009. DJe 26 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884078.NUME.+OU+84078.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 15 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 89501 GO*. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 11 dez. 2006. DJe 16 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/758738/habeas-corpus-hc-89501-go-stf>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 93477/RJ*. Relator: Cezar Peluso. Brasília, DF, 10 mar. 2009. DJe 15 maio 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715144/habeas-corpus-hc-93477-rj-stf>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 95460*. Relator: Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 31 ago. 2010. DJe 22 out. 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16794963/habeas-corpus-hc-95460-sp-stf>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 96182*. Relator: Menezes Direito. Brasília, DF, 02 dez. 2008. DJe 20 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2910553/habeas-corpus-hc-96182-df-stf>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 96219 SP*. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 09 out. 2008. DJe 15 out. 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19137655/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-96219-sp-stf>>. Acesso em: 28 abr. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Acórdão 572994*. Relator: Humberto Adjuto Ulhôa, Brasília, DF, 15 mar. 2012. DJe 20 mar. 2012. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62577,52735,6785&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=572994>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

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

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

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: 11 out. 2011.

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.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas, SP: Millennium, 2003. v. 4.

NICOLITT, André Luiz. *As subversões da presunção de inocência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RODRIGUES, Daniel Gustavo Oliveira Colnago. Prisão processual e presunção de inocência: Um estudo à luz da ponderação de valores constitucionais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2652, 5 out. 2010. Disponível em: < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17553>>. Acesso em: 22 mar. 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

_____. *Processo penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.