

FACULDADE DE TRÊS PONTAS – FATEPS
CURSO DE DIREITO
LUCAS ALVES BRAGA

PRISÃO CAUTELAR E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

TRÊS PONTAS - MG

2017

LUCAS ALVES BRAGA

PRISÃO CAUTELAR E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel sob orientação do Prof. Esp. Diêgo José Arantes Salomé Gonçalves Leite

TRÊS PONTAS – MG

2017

LUCAS ALVES BRAGA

PRISÃO CAUTELAR E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade Três Pontas – FATEPS como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel, pela Banca Examinadora composta pelos membros:

Aprovado em / /

Prof. Esp. Diego José Arantes Salomé Gonçalves Leite.

Prof. Esp. Wallace de Souza Paiva Gomes

Prof. Esp. Fabiana Miranda Muniz

OBS.:

Dedico este trabalho aos meu pais que foram e sempre serão a razão de tudo o que eu faço.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me iluminado nesta caminhada que não começou apenas nestes anos de universidade, mas sim, desde os primeiros anos de estudo, superando dificuldades, cultivando amizades e obtendo conhecimento.

Ao Professor Diêgo José Arantes Salomé Gonçalves Leite pela colaboração, dedicação e orientação para desenvolver este trabalho.

A Professora Raquel Monteiro Calanzani de Mattos, pela competência na coordenação deste curso.

Aos meus pais e irmãos, pois sem o apoio deles eu não conseguiria ter chegado até aqui e de ter obtido mais esta vitória em minha vida.

Aos meus familiares sou grato pela colaboração, compreensão e apoio na minha vida.

A todos os colegas de faculdade gostaria de deixar aqui a minha alegria de poder ter dividido com eles meus ensinamentos e aprendizados.

Enfim, deixo a meu reconhecimento a todos que contribuíram para a realização deste trabalho.

“A medida cautelar é destinada não tanto a fazer justiça, mas também a dar tempo para que a justiça seja feita”.

Ada Pellegrini Grinover

RESUMO

O trabalho exposto se desenvolve em volta do Processo Penal Cautelar, evidenciando o valor da existência real do mesmo para tornar as decisões úteis, relacionando as particularidades e os pressupostos encontrados na doutrina analisada, focando a prisão preventiva em seu caráter jurídico, seus pressupostos, as hipóteses previstas em lei que permitem tal medida, o momento de sua sentença, quem pode solicitar a custódia cautelar e quem é a autoridade capacitada para decretá-la, as defesas legais da imposição da medida, ponderando tal instituto processual penal em face do princípio da presunção de inocência, disposto expressamente na Constituição Federal de 1988.

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

ABSTRACT

The present work develops around the Cautelar Criminal Procedure, evidencing the value of the actual existence of the same to make the decisions useful, relating the particularities and the presuppositions found in the analyzed doctrine, focusing on the preventive custody in its juridical character, its presuppositions, the law, which may allow such a measure, the time of its sentence, who may request custody and who is the authority empowered to decree it, the legal defenses of the imposition of the measure, pondering such a criminal procedure instituted by the principle of presumption of innocence, expressly set forth in the Federal Constitution of 1988.

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

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	11
2.1.Noções introdutórias	11
2.2.Os Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988	12
2.3. Da regra probatória (<i>in dubio pro reo</i>)	15
2.4. A presunção de inocência e seus desdobramentos legais	16
3. PRISÃO	20
3.1 Definição	20
3.2 Disposições constitucionais	20
3.3 Tipos de prisão	22
3.4 A prisão cautelar	23
3.5 Espécies de prisão cautelar	26
3.5.1 Prisão preventiva	26
3.5.2 Prisão em flagrante	29
3.5.3 Prisão temporária	32
3.5.4 A prisão imposta em sentença condenatória recorrível.....	35
3.5.5 Prisão imposta em decisão de pronúncia.....	37
4 PRISÃO CAUTELAR E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	39
4.1 A presunção de inocência e a prisão cautelar	39
4.2 As inovações da Lei nº 12.403/2011	45
4.3 Aplicação da ponderação dos valores.....	46
4.4 Entendimentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.....	49
5 CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS	56

1INTRODUÇÃO

O princípio da presunção de inocência está de modo claro previsto na Constituição Federal de 1988, designadamente em seu artigo 5.º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A matéria constitucional seguiu por catalogar os direitos fundamentais do homem como forma de transformá-los em bases principais do ordenamento jurídico. O princípio da presunção de inocência é uma das efetivas garantias do incriminado no procedimento penal.

Entretanto, a elevação da presunção de inocência a um nível constitucional em alguns momentos incide a preencher apenas um caráter político-retórico com a função de enganar o sujeito com o pensamento de que a pessoa será sempre avaliada inocente antes que transite contra ela uma condenação decisiva.

O aparelho normativo constitucional, por meio de suas diretrizes, cumpre evidente autoridade sobre os demais seções do direito. Este domínio evidencia-se no domínio processual penal que trata da desordem existente entre o jus puniendi do Estado, que é o seu titular integral, e o jus libertatis do cidadão, bem intocável, conhecido o maior de todos os bens jurídicos apegos à pessoa humana.

A confrontação entre prisão preventiva que tem caráter processual e cautelar, que integra em supressão de liberdade do incriminado ou acusado por decisão baseada no juiz e, o princípio da presunção de inocência é cenário de muitas alterações no direito processual penal.

Não obstante esta disposição não se discuta de revolução em nosso ordenamento jurídico, embora normas constitucionais antecedentes enxergavam direitos e garantias compatíveis com o princípio, a proeminência que ganhou dos constituintes aconselha uma aberta escolha por um processo penal atribulado com os direitos e garantias do cidadão.

Por essa razão, com o preceito da prisão cautelar, advém a existir desacordo entre a liberdade individual e a aplicação da lei processual penal.

A prisão preventiva estabelece como uma prisão processual, imposta de modo cautelar. Nela acerta privação de liberdade da pessoa antes do trânsito em juízo do processo nas probabilidades listadas no Código de Processo Penal.

O princípio da presunção de inocência reconhecido na Constituição Pátria, surge como um barreira à prisão de um acusado, antes do trânsito em juízo da sua sentença

condenação. Deste modo, esta garantia processual penal apresenta que o Estado deve demonstrar a culpa do indivíduo, uma vez que se determine a sua inocência como princípio.

Dessa forma, tal forma há de ser aposto pelo juiz, de ofício, ou a solicitação do Ministério Público, do queixoso ou por aspecto de domínio policial. O magistrado deve, no entanto, essencialmente, basear sempre sua decisão de forma aberta, quando for estabelecer a prisão preventiva do sujeito, para que não permaneça desconfianças em afirmar que esse julgamento é a mais admissível para a circunstância.

O contexto apresenta-se proeminente devido à sua evidente valor jurídica e social. Há enormes contestações e acordos doutrinários distintos em vinculação à utilização da prisão provisória e à precisão de ser aplicado o princípio constitucional da não-culpabilidade.

2A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1.Noções introdutórias

Segundo leciona Renato Brasileiro de Lima, citando conceitos da obra *Dos delitos e das penas*, do autor Cesare Beccaria, já advertia que "um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada". (BECCARIA, apud LIMA, 2017, p. 43)

Esse direito de não ser declarado culpado enquanto ainda há dúvida sobre se o agente é culpado ou inocente foi acolhido no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) (LIMA, 2017, p. 43). A Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, em seu art. 11.1, dispõe que "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa."(BRASIL, 2011, p. 1.)

Em nosso ordenamento jurídico, até a entrada em vigor da Constituição de 1988, o princípio da presunção da inocência existia apenas de maneira implícita, como virtude da cláusula do devido processo legal (LIMA, 2017, p. 43). Com o ingresso da Constituição Federal de 1988, o princípio da presunção de não culpabilidade passou a constar expressamente do inciso LVII do art. 5º: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (BRASIL, 1988). Resumindo, este princípio pode ser definido como o direito de não ser considerado culpado, enquanto não houver sentença condenatória com trânsito em julgado, observado o devido processo legal, durante o qual o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório). (LIMA, 2017, p. 43)

Assemelhando-se a forma como mencionado princípio foi elencado nos Tratados Internacionais e na Constituição Federal, observa-se que, naqueles, refere-se à presunção de inocência, ao passo que a Constituição Federal em momento algum utiliza a expressão inocente, colocando, na verdade, que ninguém será considerado culpado. Por conta dessa

variedade terminológica, o preceito inserido na Carta magna passou a ser denominado de presunção de não culpabilidade (LIMA, 2017, p. 43).

Os Tribunais superiores, momentos referem-se ao princípio da presunção de inocência¹, momentos ao princípio da presunção de não culpabilidade. Segundo Renato Brasileiro de Lima, “não há diferença entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, sendo inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias - se é que isto é possível -, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas” (LIMA, 2017, p. 43-44).

2.2.Os Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

O termo maior da razão normativa da nossa Carta Magna está nas normas que dispõem sobre direitos fundamentais. (BECHARA, 2005, p. 17)

Num ponto de vista histórico, temos que um dos primeiros elementos acerca dos direitos humanos foi estimulado pelo individualismo. Isso visto que “o individualismo concebe a liberdade como a faculdade de autodeterminação de todo ser humano” (BECHARA, 2005, p. 17), e dessa forma o mundo passa a ser visualizado não apenas como um espaço, mas como um agrupado “de individualidades isoladas que constituem a base da realidade”. (BECHARA, 2005, p. 17)

Assim, o principal direito individual seria a liberdade de opção religiosa, que surge no momento da suspensão da unidade religiosa. Nasce a ideia do Direito Natural, passando a teoria do contrato social como sistema de “explicação da origem do Estado, da sociedade e do Direito”. (BECHARA, 2005, p. 17-18)

Há uma relação direta entre a teoria política de Locke e os princípios que inspiraram a tutela dos direitos fundamentais do homem no constitucionalismo. A passagem do Estado Absolutista para o Estado de Direito transita pela preocupação do individualismo em estabelecer limites ao abuso de poder do todo em relação ao indivíduo, daí porque o surgimento da divisão dos poderes na lição de Montesquieu. A grande novidade foi a ideia de que os homens podem organizar o Estado e a sociedade de acordo com a sua vontade e a sua razão, pondo de lado a tradição e os costumes. O contrato social deixou de estar relegado à origem hipotética do Estado e passou a ser parte integrante de sua história através do poder constituinte originário. O titular desse poder é a Nação, que elabora a Constituição. O jusnaturalismo inspirou o constitucionalismo, e os direitos do homem eram visto como direitos inatos e tidos como verdade evidente, a compêlir a mente. A proclamação dos direitos do homem surge quando a fonte da lei passa a ser o homem e não mais o comando de Deus ou os costumes. (BECHARA, 2005, p. 18)

¹ Vide súmula nº 09 do STJ. E também: STF, 1ª Turma, HC-ED 91.150/SP, Rei. Min. Menezes Direito, DJe 018 01/02/2008.

Diante desse quadro é que se inicia o processo de variação do rol dos direitos humanos nas constituições e nas normas internacionais. O marco da Segunda Guerra Mundial foi uma referência na definição de alguns princípios essenciais ao desenvolvimento humano. Compreendeu-se, nesse momento histórico, que o homem era o ponto central do ordenamento jurídico, e por conta disso deveria ser protegido e amparado pelo Estado. Este, por seu turno, deveria ter seu comportamento legalmente limitado, uma vez que se encontra a serviço da sociedade e, especialmente, do homem no tempo em que sujeito de direitos. (BECHARA, 2005, p. 18)

Desta feita, sobrevém 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”. (BECHARA, 2005, p. 20-21)

Os direitos humanos constituem variadas 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. (BECHARA, 2005, p. 21) (SARLET, 2005, p.33)

Sobre esses termos empregados para indicar os direitos básicos dos homens, o autor José Adércio Leite Sampaio ressalva um capítulo de seu livro *Direitos Fundamentais*, para tratar esse “Eterno Problema de Nomes” (SAMPAIO, 2004, p. 7-22). Na verdade, segundo ele, cada país adota suas próprias terminologias, derivadas de precedentes escolhas legais, históricas ou culturais. Na França, por exemplo, segue-se ora a expressão direitos fundamentais, ora direitos individuais, e ainda, incluindo um rol mais limitado de direitos, a expressão liberdades públicas. (SAMPAIO, 2004, p. 9-10)

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 acabou por evidenciar essa variedade semântica, ao utilizar vários termos para aludir-se aos direitos fundamentais. Dessa maneira, há referências a direitos humanos (art. 4º, II); a direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II e art. 5º, § 1º); a direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI); a direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV), dentre outros. (SARLET, 2005, p. 33-34)

Apesar de que diversas vezes os termos direitos humanos e direitos fundamentais sejam empregados como sinônimos, muitos doutrinadores optam por diferenciá-los no

seguinte sentido: o termo direitos fundamentais reserva-se aos direitos reconhecidos e positivados no âmbito do direito constitucional positivo de cada País, à medida 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”. (SARLET, 2005, p. 35-36)

Dessa maneira, os direitos fundamentais distinguem-se pela constitucionalização dos direitos humanos, pela positivação desses valores e pelos princípios inerentes à raça humana, atingindo 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”. (IBÁÑEZ, apud BECHARA, 2005, p. 21)

É própria dos direitos fundamentais a peculiaridade de serem universais, de não se limitarem a determinados religiões, ideologias credos ou raças: para ser titular dos mesmos a única condição é ser sujeito de direitos. (BECHARA, 2005, p. 22)

As mesmas peculiaridades, destinadas anteriormente pelos jus naturalistas aos direitos naturais, dos quais, universais, inatos, originários, inalienáveis e pré-estatais, até então são propostas, por diversos autores, aos direitos fundamentais. (SAMPAIO, 2004, p. 27.)

Em virtude que a justiça constitui-seo fundamento dos direitos humanos, correuessencial sua inserção no ordenamento jurídico, por meio de sua positivação, objetivando a produção de efeitos jurídicos. (BECHARA, 2005, p. 30)

A positivação dos direitos humanos não se acontecenecessariamente pela simples introdução no texto de forma expressa, mas sim pela inserção no meio social, preservandoas condutas e pontificando muitas atividades. (BECHARA, 2005, p. 30)

Assim, os direitos fundamentais vêm expressos na Carta Magna de maneira já determinada, já composta, através 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 amparado. (BECHARA, 2005, p. 30-31)

De outro modo, é indispensável ressaltar precisamente que a pura e simples positivação dos direitos fundamentais não terá utilidade alguma se o Estado-Juiz não lhes conceder o adequado crédito e importância quando da sua efetiva utilização aos casos concretos. No mesmo sentido, Luiz Flávio Gomes foi venturoso ao escrever: “De nada valem

os textos constitucionais e internacionais, com toda carga liberal e humanitária que ostentam, se não se incorporarem na praxe judicial” (GOMES, 1994, p. 102). Mais:

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. (GOMES, 1993, p. 93.)

Destarte, a sociedade moderna em geral deseja que o juiz da ‘era tecnológica’ disponha um comportamento bem diferenciado daquela encarnada pelo “juiz napoleônico, legalista e positivista, autômato” (GOMES, 1994, p. 103). Isso pois, diversas ocasiões, o direito positivado pode não repercutir diretamente as vontades da sociedade, pelo contrário, pode fundar-se simplesmente em puro desejo política. Da mesma forma é que o magistrado precisa estar alerta e lúcido sobre o seu papel democrático, equilibrado, ético e equitativo, quando da real utilização dos direitos fundamentais. “O juiz, por isso, tem que ter consciência de que é um instrumento do poder e saber que papel está cumprindo” (GOMES, 1994, p. 103).

2.3. Da regra probatória (*in dubio pro reo*)

Consoante a regra geral, a parte acusadora detém o ônus de comprovar a culpabilidade do acusado, devendo afastar qualquer dúvida possível, e não este de provar sua inocência. Em outras palavras, “recai exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar que o acusado praticou o fato delituoso que lhe foi imputado na peça acusatória” (LIMA, 2017, p. 44).

Com efeitos da regra probatória, Renato Brasileiro de Lima, citando os ensinamentos do doutrinador Antônio Magalhães Gomes Filho, destaca: a) a incumbência do acusador de demonstrar a culpabilidade do acusado (pertence-lhe com exclusividade o ônus dessa prova); b) a necessidade de comprovar a existência dos fatos imputados, não de demonstrar a inconsistência das desculpas do acusado; c) tal comprovação deve ser feita legalmente (conforme o devido processo legal); d) impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na apuração dos fatos (daí o seu direito ao silêncio) (GOMES FILHO, apud LIMA, 2017, p. 44)

Essa regra comprovativa há de ser utilizada sempre que estar presente dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo (LIMA, 2017, p. 44). Conforme ensina Badaró:

Cuida-se de uma disciplina do acertamento penal, uma exigência segundo a qual, para a imposição de uma sentença condenatória, é necessário provar, eliminando qualquer dúvida razoável, o contrário do que é garantido pela presunção de inocência, impondo a necessidade de certeza. (BADARÓ, 2003, p. 285.)

Dessa forma, a presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*. Não existindo certeza, mas dúvida sobre os fatos em conflito em julgamento, obviamente é mais adequado a absolvição de um culpado ao invés da condenação de um inocente, pois, em um juízo de reflexão, o primeiro erro torna-se menos dramático que o segundo. (LIMA, 2017, p. 44)

Logo, o *in dubio pro reo* não é uma simples regra de apreciação das provas. De fato, há de ser aplicado no momento da valoração das provas: na dúvida, a decisão tem de favorecer o acusado, vez que não tem ele a obrigação de provar que não praticou o crime (LIMA, 2017, p. 44). Assim, cabe à parte acusadora afastar a presunção de não culpabilidade que recai sobre o imputado, demonstrando além de uma dúvida razoável que o acusado praticou a conduta delituosa cuja prática lhe é atribuída (LIMA, 2017, p. 44-45).

Em síntese, como traz Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 44-45), sem comprovação idônea, não justifica a formulação de qualquer juízo condenatório, que deve sempre pautar-se em fundamentos de certeza, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou Tribunal a pronunciar *o non liquet*.

O *in dubio pro reo* reflete apenas até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Assim, na revisão criminal, que deduz o trânsito em julgado de sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, não há falar em *in dubio pro reo*, mas sim em *in dubio contra reum*. O ônus da prova quanto às hipóteses que autorizam a revisão criminal (CPP, art. 621) recai única e exclusivamente sobre o postulante, razão pela qual, no caso de dúvida, deverá o Tribunal julgar improcedente o pedido revisional (LIMA, 2017, p. 45).

2.4. A presunção de inocência e seus desdobramentos legais

Conforme explica Antônio Magalhães Gomes Filho (1991, p.9), o princípio da presunção de inocência equivalia-se regra geral do *common law*, estando-se incluído entre os padrões fundamentais que foram responsáveis pela reforma do sistema repressivo tentada

pela revolução liberal do século XVIII. Ele aparece claramente previsto no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789².

Assim, a declaração do direito à presunção de inocência apareceu para afastar o sistema da prova legal e da tortura, oriundo das antigas ordálias ou juízos de Deus, próprios da Inquisição. Esperou-se, assim, a elaboração do sistema da livre apreciação da prova, retirando o pensamento de que enquadraria apenas ao suspeito a prova de sua inocência ante a sociedade. (GOMES FILHO, 1991. p. 9)

O autor Roberto Delmanto Junior (2001, p. 59) ensina que, na atualidade, o direito à presunção de inocência situa-se positivado, de maneira expressa, em vários diplomas internacionais. No meio deles, cita a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948, que o eleva em seu artigo XI³. Já o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos refere a esse princípio em seu artigo 14.2⁴ o Pacto de San José da Costa Rica expõe à presunção da inocência no artigo 8º, 2, primeira parte⁵.

Em nosso ordenamento jurídico brasileiro, conforme exposto, antes da vigência da Constituição Federal de 1988, o princípio da presunção de inocência era implícito, havia apenas a garantia do devido processo legal. Assim, com a vigência da Carta Magna de 1988, o princípio foi elencado expressamente no 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 defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório). (LIMA, 2017)

Destaca-se, mais uma vez, que a proteção da presunção da inocência conforme prevista na Constituição Federal de 1988, traz a ideia, unicamente ao direito à desconsideração prévia de culpabilidade (LIMA, 2017), isto porque em nenhuma oportunidade há o emprego da expressão ‘inocente’ e sim da expressão ‘culpado’ (LIMA, 2017). Nada obstante, devido à previsão do artigo 5º, § 2º, pode-se afirmar que o ordenamento

² Artigo 9º- Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei. (BRASIL. Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão de 1789, 2011)

³ “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”. (BRASIL. Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão de 1789, 2011).

⁴ “Toda pessoa acusada de um delito terá o direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa” (BRASIL. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. 2011)

⁵ “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove sua culpa”. (BRASIL. Pacto de San José da Costa Rica, 2011).

pátrio passou por acolher a garantia da presunção da inocência nos moldes dados pela legislação internacional. (DELMANTO JUNIOR, 2001, p. 60)

Dessa maneira é que Delmanto Junior entende que o direito à presunção de inocência situa-se destacado no ordenamento jurídico constitucional de forma mais ampla possível, vertendo-se em um verdadeiro direito fundamental internacional, das quais a aplicação é imediata, segundo expressa previsão constitucional. (DELMANTO JUNIOR, 2001, p. 60)

Uma outra importante dimensão dessa garantia em nossa estrutura jurídica relaciona-se à sua amplitude que, conforme acentua a Carta Magna de 1988, ocorre até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, à medida que na Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁶ essa presunção apenas alcança até a comprovação legal da culpa. (LIMA, 2017)

Logo, a presunção legal traz a ideia de ser um atributo de ser absoluto, de maneira que apenas ao Estado, através da conveniente persecução penal, incumbe sua desconstituição, por meio do trânsito em julgado de uma decisão condenatória (DELMANTO JUNIOR, 2001, p. 64). Apenas através dessa circunstância legal é que se poderá rechaçar o estado inicial de não-culpado de que todos gozam. (LIMA, 2017)

Aliás, expõe Delmanto Junior:

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. (DELMANTO JUNIOR, 2001, p. 66)

O doutrinador Fernando Capez (2007, p. 44) afirma que o estado de inocência consiste em um dos princípios informadores do processo penal, podendo ser desenvolvido em três pontos. O primeiro seria em relação à etapa da instrução criminal, quando inverter-se-ia o ônus da prova, por conta da presunção legal relativa de não-culpabilidade do agente. Um segundo ponto se daria em vinculação à valoração da prova: existindo dúvida, ela deve beneficiar o acusado. E, por último, o terceiro ponto trata-se ao curso propriamente dito do processo penal, consistindo o estado de inocência em forma de tratamento do imputado.

Já o professor Renato Brasileiro Lima (2017) entende que do princípio da presunção de inocência sucedem dois preceitos fundamentais: a regra probatória e a regra de tratamento. A regra probatória concerne que cabe à Acusação o ônus em demonstrar a culpabilidade do

⁶ Decreto nº 678/92, art. 8º, n. 2.

agente, isto é, não cabe ao acusado provar sua inocência. O Segundo preceito, a regra de tratamento, proíbe qualquer precipitação de juízo condenatório, de forma que um eventual constrangimento de liberdade apenas poderá ser aceito em sede cautelar e desde que presentes os pressupostos legais.

O jurista Renato Brasileiro Lima ensina que “A privação cautelar da liberdade, sempre qualificada pela nota da excepcionalidade, somente se justifica em hipóteses estritas, ou seja, a regra é responder o processo penal em liberdade, a exceção é estar submetido a uma medida cautelar de natureza pessoal.” (LIMA, 2017, p. 45)

O doutrinador Fábio Ramazzini Bechara, ao preceituar sobre a garantia constitucional da presunção de inocência, entende consistir verdadeiro direito fundamental, notadamente de primeira geração, posto que gera para o Estado uma obrigação de abstenção ou omissiva, de caráter limitador, um verdadeiro não ao abuso, traduzido na impossibilidade de satisfação do direito penal objetivo senão após o regular trânsito em julgado da decisão condenatória. (BECHARA, 2005, p. 157-158.)

Na verdade, cuida-se de uma garantia de que as decorrências de uma possível condenação não serão antecipadas, sendo capazes a gerar consequências apenas depois de uma decisão judicial condenatória transitada em julgada, que será resultado do andamento do devido processo legal, no qual o agente terá o direito de exercer todas as possibilidades e instrumentos que lhe permitam a mais ampla defesa (BECHARA, 2005, p. 158-159). “Trata-se de uma das muitas manifestações assumidas pelo direito de liberdade” (BECHARA, 2005, p, 158).

No mesmo entendimento, há o julgado do Supremo Tribunal Federal que dispõe:

"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. (...) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 89501 GO.

Relator: Celso de Mello. Diário de Justiça, Brasília, 11 dez. 2006. DJe 16 mar. 2007)(Grifo nosso)

Assim sendo, o Poder Público constata dificuldade constitucional em tratar o suspeito, indiciado, denunciado ou acusado como culpados antes da existência jurídica de uma sentença penal condenatória transitada em julgado. (LIMA, 2017)

3. PRISÃO

3.1 Definição

A palavra prisão vem do latim *prehensio, deprehendere*, que quer dizer “o ato de prender ou o ato de agarrar uma coisa” (SILVA, 1967, apud DELMANTO JUNIOR, 2001, p. 78). Refere-se de privar o indivíduo de sua liberdade de locomoção, isto é, da sua liberdade de ir e de vir, incluindo-o em um local seguro e isolado, do qual não poderá sair (DELMANTO JUNIOR, 2001).

Nos entendimentos de Fernando Capez, prisão: “é a privação da liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito” (2007, p. 244).

O doutrinador Tourinho Filho conceitua 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 ambulatoria (TOURINHO FILHO, 2010, p. 427).”

Já o jurista José Frederico Marques (2003, p. 20) ensina a prisão como sendo “pena privativa de liberdade imposta ao delinquente, cumprida, mediante clausura, em estabelecimento penal para esse fim destinado”.

3.2 Disposições constitucionais

O jurista Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, p. 424) assenta que nossa Carta Magna de 1988 elenca algumas disposições gerais que podem ser aplicadas em todas as especialidades de prisão.

Alguma delas tange à regra de que a prisão apenas pode ser realizada perante de fatos legalmente determinados e mediante ordem da autoridade competente, com exceção do flagrante delito.⁷

O autor Tourinho Filho ensina que a determinação de ordem escrita de autoridade competente, no caso, do magistrado legalmente investido nessa condição, tem que se à indispensabilidade de garantia ao cidadão, de maneira a evitar arbítrio, “excessos e descomedimentos dos órgãos agentes do Estado” (2009. P, 424). No mesmo sentido é que a Carta Magna traz, em seu artigo 5º, inciso LXII que “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente” (BRASIL, 2011). Além disso, conforme Tourinho Filho (2009, p, 425), esse preceito legal já deparava assento na Constituição Imperial, em seu artigo 179, X⁸.

Tourinho Filho destaca ainda o fato de que, com a vigência da Constituição Federal de 1988, apenas autoridades judiciárias constituem-se autoridades competentes para a decretação do cerceamento da liberdade do indivíduo. Anteriormente, algumas autoridades administrativas também tinha competência dessa prerrogativa. (2009, p, 425). A Constituição Federal de 1988, por seu turno, trouxe apenas uma exceção apenas sobre transgressões militares e os crimes militares próprios, casos em que a prisão poderá ser decretada por autoridade militar. Em vista disso, descartou-se, de uma vez por todas, as prisões administrativas.

Assim, acrescentando que a exigência da ordem deve ser emanada da autoridade judiciária competente, há também comando constitucional no sentido de que a ordem para a prisão seja escrita (TOURINHO FILHO, 2009, p, 428). Cuida-se do objeto chamado mandado de prisão, no qual há uma série de requisitos a serem observadas, nos termos do artigo 285 do Código de Processo Penal.⁹ Tourinho Filho entende que essas formalidades legais possuem o propósito impedir os abusos em face do direito de liberdade individual. De outro modo, a falta

⁷ 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. (BRASIL, Constituição Federal 1988, 2011).

⁸ 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. (BRASIL. Constituição Imperial de 1824, 2011)

⁹ 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. (BRASIL. Código de Processo Penal. 2001)

de observância de algum desses requisitos será capaz de causar a nulidade do mandado de prisão (TOURINHO FILHO, 2009, p, 428).

Nesta lógica, percebe-se que a prisão, conforme prevista na Carta Magna de 1988, situa-se ligada, de maneira inflexível e rigorosa, 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*” (MARQUES, 2003, p. 29).

3.3 Tipos de prisão

No que tange à classificação das prisões, existe algumas divergências doutrinárias. Conforme expõe o doutrinador Fernando da Costa Tourinho Filho (2009, p. 408), a prisão se classificaria simplesmente em dois tipos: a prisão pena e a prisão sem pena. Por sua vez, Renato Brasileiro de Lima, afirma que seriam três os tipos de prisão: a extrapenal, cujas subespécies seriam a prisão civil e a militar; a penal, também chamada prisão pena ou pena e a cautelar, provisória, processual ou sem pena, que seriam a prisão em flagrante, a preventiva e a temporária. (LIMA, 2017).

A prisão-pena, uma das modalidades de prisão para grande parte dos doutrinadores, diz-se àquela proveniente 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” (TOURINHO FILHO, 2009, p. 408).

O autor Fernando Capez (2007, p. 244) traz o pensamento da nomenclatura prisão penal à prisão-pena, modificando para o aspecto do trânsito em julgado da sentença penal condenatória como hipótese para aplicação dessa categoria de prisão. Assim como encaminhaaomandamento essencial do devido processo legal, conforme estabelecido constitucionalmente. Anuncia 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” (CAPEZ, 2007, p. 244). Durante o trâmite do devido processo penal, ao agente/acusado deverá ser conferida todas as garantias e direitos fundamentais assegurados constitucionalmente (LIMA, 2017).

Dessa forma, trazendo os ensinamentos de Alberto Silva Franco, Lima conceitua 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. (FRANCO, 1986, p. 121-122 apud LIMA, 2017, p. 77).

Com efeito, a prisão como modalidade de pena dispõe uma origem apontada na contrição do direito eclesiástico, no final do século XVI. Na época moderna, essa forma de punição adveio a ser regulada e aceita a partir do fim do século XVIII e início do século XIX, principalmantedepois o Código Criminal francês de 1808. A partir desse momento, os países modernos começaram a substituir suas penas cruéis e desumanas, próprias da Idade Média e do período absolutista, pela prisão como penalidade frente de um delito cometido. (MACHADO, 2005, p. 69).

A princípio, a prisão, que não era ainda considerada uma modalidade de pena, aparentava uma natureza apenas provisória e instrumental, igualmente a prisão cautelar atual. Idealizava simplesmente manter o agente na província da culpa e resguardar a adequada tramitação do processo com a decorrente aplicação das punições decisivas. Tais punições, por seu turno, correntemente demonstravam um caráter desumano como “o açoite, o arrastamento, a ‘morte para sempre’, as ‘mil mortes’, a empalação, a fogueira, a perda da paz etc”. (MACHADO, 2005, p. 69).

A autora Maria Ignez, no mesmo pensamento conceitua:

Na história da pena, a prisão como sanção penal não era conhecida na Antiguidade, mas, como já anteriormente afirmado, era concebida tão somente como forma de contenção dos que aguardavam a sentença; portanto, a prisão era utilizada até os fins do século XVIII como espécie de prisão provisória, utilizando-se da nomenclatura atual (KATO, 2005, p. 14).

O doutrinador Antônio Alberto Machado entende que na Idade Média, no decorrer do processo inquisitório, a prisão provisória faz-se obrigatória e necessária, visando inquirir a confissão do acusado, por meio da tortura. (MACHADO, 2005, p. 70).

3.4 A prisão cautelar

No entendimento do autor Renato Brasileiro de Lima (LIMA, 2017), a prisão cautelar, processual, provisória ou sem pena é aquela decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Conforme entendimento do autor, seu propósito é garantir a eficácia das investigações ou do processo criminal.

O jurista André Luiz Nicolitt (2006, p. 111), entende que no sistema inquisitivo da Idade Média a prisão no decorrerdo processo era a regra. Esperava-se que a liberdade do

agente obstava a investigação dos fatos reais. Todavia, atualmente, no sistema acusatório, a ideia é contrária: a regra é a liberdade; a prisão processual, exceção. (NICOLITT, 2006, p. 111).

Anteriormente, as prisões processuais teriam como condições básicas e gerais o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, decorrentes especialmente do processo civil. Contudo, trazendo os pensamentos de Lopes Jr., Nicolitt, dentre outros autores, acredita que a adoção dessa terminologia estabelece uma impropriedade jurídica. (LOPES JR, 2002, p. 55-56 apud NICOLITT, 2006, p. 113). Recomenda, então, as expressões *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* como condições essenciais das prisões cautelares.

A condição do *fumus commissi delicti* compreenderia na hipótese de acontecimento de um delito, quando que a percepção do *periculum libertatis* se consistiria no perigo da liberdade do agente, produzindo verdadeiro fundamento da medida cautelar. E finaliza: “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” (GOMES FILHO, 1991, p. 70 apud NICOLITT, 2006, p. 114).

A comprovação da ocorrência do delito e indício suficiente de autoria, elencados na parte final do artigo 312 do Código de Processo Penal¹⁰; institui a condição do *fumus boni iuris* das prisões provisórias (GOMES FILHO, 1991, p. 70 apud NICOLITT, 2006, p. 114).

No momento que o país decidiu por explicitamente prever em sua Constituição Federal o princípio da presunção de não culpabilidade, o mais correto seria que o constrangimento da liberdade apenas tivesse lugar após uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Todavia, a meio da prática do crime e a alcance do provimento jurisdicional é capaz de ocorrer a ameaça de que “certas situações comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado”, conforme expõe Renato Brasileiro Lima (2017, p. 875). Nessas situações, deste modo, será relevante a adoção de medidas cautelares que amenizem essa ameaça de ineficácia jurisdicional (LIMA, 2017, p. 875).

Nesse entendimento, a presunção da inocência funcionará com o propósito de esquivar a antecipação da pena, à medida que o propósito da prisão cautelar seria garantir o processo, de maneira que este não tenha sua efetividade exaurida (NICOLITT, 2006, p. 111).

¹⁰ 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). (BRASIL, Código de Processo Penal, 2011)

A prisão cautelar, no entanto, não se confronta de maneira plena com a presunção de inocência, havendo, na realidade, uma relação compatível entre as duas, a partir que a medida cautelar mantenha sua natureza de excepcionalidade e não abandone a sua característica instrumental. (FONSECA, 1999).

A jurista Maria Lúcia Karam, ao averiguar a peculiaridade cautelar da prisão provisória, respalda com a concepção de que “prisões provisórias não são penas e jamais podem fazer as vezes de penas” (KARAM, 2009, p. 03). Por conseguinte, apenas conseguirão ser impostas com a consideração profunda da natureza da excepcionalidade. Esta, por eu norte, presume a precaução de resguardar a eficácia de um provável pronunciamento final condenatório (KARAM, 2009, p. 03).

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 (KARAM, 2009, p. 05).

Nesse caso, a prisão cautelar, com o fim de concorrer com o princípio da presunção da inocência, faz necessário proteger seu empenhamento obrigatório com a “instrumentalização do processo criminal” (LIMA, 2017, p. 875). A ponderação a ser realizado, no momento de sua excepcional decretação, jamais ocorrerá de culpabilidade e sim de periculosidade. (LIMA, 2017, p. 875).

Esse é o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça nestes julgados:

PRISÃO PREVENTIVA – EXCEPCIONALIDADE. A prisão preventiva, porque conflita com a garantia constitucional da não culpabilidade, revela-se exceção, somente podendo ser implementada em situações extremas, observados os requisitos legais próprios – artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal e 312 e 313 do Código de Processo Penal. **PRISÃO PREVENTIVA – FUNDAMENTOS.** A prisão preventiva há de se fazer devidamente fundamentada, não servindo a tanto a simples referência ao artigo 312 do Código de Processo Penal. (BRASIL. STF. HC 121614 / SP. Relator(a): Min. Marco Aurélio, Diário de Justiça, Brasília, 08 set. 2015.)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA COM NUMERAÇÃO RASPADA. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO DELITIVA. PERICULOSIDADE. **1.** A prisão cautelar é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, **sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação.** **2.** Hipótese em que foi apresentada fundamentação concreta e suficiente para a decretação e manutenção da prisão preventiva do recorrente, bem como para afastar a possibilidade de aplicação

das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. 3. A periculosidade do réu bem como a real possibilidade de reiteração delitativa - uma vez que, quando foi preso em flagrante, encontrava-se cumprindo pena em regime aberto e estava aliado a cinco adolescentes, objetivando a prática de roubo na agência dos correios local - justificam a medida constritiva para a garantia da ordem pública. 4. Recurso desprovido. (BRASIL, STJ - RHC: 51891 SP 2014/0244372-0, Relator: Ministro Gurgel de Faria, Diário de Justiça, Brasília, 09 jun. 2015.) (Grifo nosso)

3.5 Espécies de prisão cautelar

Bem como o doutrinador Nicolitt (2006, p. 111), como também Antônio Alberto Machado (2005, p. 71), dispõe-se que subsistem as consequentes prisões processuais: prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária e prisão em razão da pronúncia.

Contudo, para Renato Brasileiro de Lima, as prisões cautelares consistem em três: a prisão preventiva, a prisão em flagrante e a prisão temporária (LIMA, 2017).

No que tange a natureza cautelar, ou não, da prisão derivado de sentença penal condenatória ainda não transitada em julgado, há desavenças entres os doutrinadores. Poucos desses doutrinadores, essa espécie de prisão consiste-se em uma verdadeira execução provisória (NICOLITT, 2006, p. 111).

3.5.1 Prisão preventiva

A prisão preventiva está situada expressamente nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal. Cuida-se, nas palavras do jurista Tourinho Filho (TOURINHO FILHO, 2009, p. 513), de uma espécie do gênero “prisão cautelar de natureza processual”. Na verdade, o autor acredita que toda prisão antes da condenação transitada em julgado, tem a natureza fundamental de ser preventiva. Alude, que “a própria prisão em flagrante é uma prisão preventiva *lato sensu*” (TOURINHO FILHO, 2009, p. 513).

Dessa forma, igual a todas as modalidades de prisão cautelar, a prisão preventiva também exige a presença de dois requisitos indispensáveis: *o fumus comissi delicti* e *o periculum libertatis*. A primeira condição, isto é, *o fumus comissi delicti*, esbarra-se na prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. No que lhe diz respeito, a condição do *periculum libertatis* consiste em uma das possibilidades do artigo 312: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (FERNANDES, 2010, p. 284).

A prisão preventiva apoiada na conveniência da instrução criminal propõe-se assegurar a produção da prova, ao mesmo tempo em que aquela decretada com base na

segurança da aplicação da lei penal procura obstar a fuga do acusado (FERNANDES, 2010, p. 285). Dessa forma, a doutrinadora Maria Ignez Kato acredita que a prisão preventiva fundamentada nessa alegação se expressa na única possibilidade com natureza especificamente cautelar, visto que adapta-se à garantia do devido processo legal (KATO, 2005, p. 122).

O requisito da garantia da ordem econômica foi incluído pela Lei nº 8.844/94. Cuida-se de “evitar que o agente continue a praticar delitos ofensivos à ordem econômica” (FERNANDES, 2010, p. 285). Todavia, na concepção da jurista Maria Ignez Kato, essa modalidade de prisão preventiva enfatiza evidente antecipação da pena, “considerando sua finalidade meramente substancial, de proteção ao direito material” (KATO, 2005, p. 122).

No tocante à prisão preventiva embasada na garantia da ordem pública, o doutrinador Antonio Scarance Fernandes ensina que é nela que habitam as maiores ilegalidades suplicado pelos magistrados como maneira de gerar acoação da liberdade. Via de regra, essa condição da garantia da ordem pública tem sido evocado, diversas vezes, para não permitir a reiteração criminosa por parte do agente. Assim por diante, aduz-se a periculosidade do agente como justificativa de seu encarceramento. Todavia, depreende-se que “não se pode invocar a garantia da ordem pública para permitir, amplamente, a prisão preventiva, valendo-se como fundamentos a gravidade do crime, a imprescindibilidade, de ser preservada a credibilidade da justiça” (FERNANDES, 2010, p. 285).

No mesmo entendimento decidiu o Supremo Tribunal Federal:

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. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 95460. Relator: Joaquim Barbosa. Diário de Justiça, Brasília, 31 ago. 2010) (Grifo nosso).

Associando com esse pensamento, o jurista Fábio Ramazzini Bechara (BECHARA, 2005, p. 164.) também acredita que a expressão “garantia da ordem pública” apodera-se de uma visão muito ampla e abstrata, que coincide a norma aberta, com conceito indefinido e que pode até mesmo propor insegurança jurídica. Muitos doutrinadores entendem que a prisão decretada sob o fundamento da garantia da ordem pública não apodera-se da noção de cautelaridade, pela falta de instrumentalidade. Condição, desta forma, a uma evidente antecipação da pena ou dos efeitos de uma possível condenação. Contudo, a acerto do que traza Carta Magna respeito da garantia da presunção de inocência, a prisão preventiva

fundada na garantia da ordem pública não teria que ser admitida (BECHARA, 2005, p. 164-165). No mesmo entendimento, existe os seguintes julgados:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. **PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM BASE NA ORDEM PÚBLICA. COMOÇÃO SOCIAL DIANTE DA GRAVIDADE DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNICO. ORDEM CONCEDIDA.** 1. A ameaça à ordem pública, como pressuposto que autoriza a prisão preventiva (CPP, art. 312), deve estar demonstrada de forma consistente no decreto prisional, não servindo como fundamento a simples menção à gravidade do delito imputado na denúncia, mesmo que hediondo, e à comoção social causada na comunidade, circunstâncias que não se mostram suficientes, por si só, para a decretação da referida medida restritiva de liberdade antecipada, que deve reger-se sempre pela efetiva necessidade no caso concreto. 2. Ordem concedida para desconstituir a prisão preventiva mantida pelo Tribunal a quo, sem prejuízo de que seja novamente decretada, caso fique demonstrada concretamente a necessidade da referida medida. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - HC: 39443 BA 2004/0158978-7, Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Diário de Justiça, Brasília, 12 set. 2005.) (Grifo nosso).

E, mais:

AÇÃO 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. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 93477/RJ. Relator: Cezar Peluso. Diário de Justiça, Brasília, 10 mar. 2009.).

Contudo, em prejuízo a esse raciocínio, outros doutrinadores e os próprios Tribunais permanecem a aceitar a prisão cautelar aoparâmetro da garantia da ordem pública (BECHARA, 2005, p. 165). Isso visto querecomendam a tutela penal da ordem pública narazão de que, com a ocorrência de uma violação penal, inicia-se umconsecutivocenário de intranquilidade social, que por seu turnoconstitui uma imposição de defesa social que reivindica pela repressão da liberdade do agente infrator (BECHARA, 2005, p. 165). Aliás, existe o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. 1. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 557 DO CPC E ART. 34, XVIII, DO RISTJ 2. LIBERDADE. REGRA DO ORDENAMENTO JURÍDICO. POSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO. HIPÓTESES ESTRITAS, DEVIDAMENTE MOTIVADAS PELO JUIZ. 3. ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. 4. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Nos termos do art. 557, caput, do Código de Processo Civil, c/c o art. 3º do Código de Processo Penal, e do art. 34, XVIII, do RISTJ, é possível, em matéria criminal, que o relator negue seguimento ao recurso ou a pedido manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, sem que, em tese, se configure ofensa ao princípio da colegialidade, o qual sempre estará preservado,

diante da possibilidade de interposição de agravo regimental. 2. 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. 3. **Na hipótese, as instâncias ordinárias apresentaram fundamentação idônea para a manutenção da prisão cautelar, enfatizando sua necessidade devido à periculosidade concreta do agente, que utilizou-se de adolescente na empreitada criminosa, e tendo em vista que a infração foi realizada com divisão de tarefas, circunstância ensejadora de risco à ordem pública e à instrução criminal, nos moldes do preconizado no art. 312 do Código de Processo Penal.** 4. Agravo regimental a que se nega provimento.(BRASIL, STJ - AgRg no RHC: 41067 MG 2013/0325612-5, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data de Julgamento: 17/12/2013, Quinta Turma, **Diário de Justiça**, Mias Gerais, 19, Dez. 2013)(Grifo nosso)

A circunstância do termo “ordem pública” admitir um conceito jurídico indefinido não pode ser obstrução à demarcação de sua abrangência. O mecanismo legislativo dos conceitos indefinidos é um caso notório no ordenamento jurídico vigente. Nossa Carta Magna, por exemplo, é carregada de conceitos jurídicos indefinidos, bem como o Código Penal e o Código de Processo Penal. Assim sendo, é de essencial importância a utilização de interpretação, momento que poderá ter uma facilidade maior em definir, perante o caso concreto, as possibilidades fáticas decorrentes dessa nomenclatura a princípio indeterminada. (BECHARA, 2005, p. 168-169).

No entanto, a prisão cautelar com fundamentação na garantia da ordem pública terá de ser motivo de extenso estudo do caso *in concreto*, trazendo a respeito, no meio de outros, a gravidade do crime, os antecedentes do agente, as consequências do delito, “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” (BECHARA, 2005, p. 169.) No mesmo entendimento expõe 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 (MACHADO, 2005, p. 142) (Grifo nosso)

3.5.2 Prisão em flagrante

Prisão em flagrante constitui na restrição da liberdade do agente, sem exigência de ordem judicial, nas hipóteses estabelecidas por lei. Flagrante é o delito que está sendo

cometido ou acabou de sê-lo. Dessa forma, a prisão em flagrante delito é a prisão do agente que é surpreendido no instante do cometimento da conduta criminosa.

Conforme ensina Renato Brasileiro de Lima:

[...], a expressão “flagrante” deriva do latim *'flarare'* (queimar), e *'flagrans'*, *'flagrantis'* (ardente, brilhante, resplandecente), que, no léxico, significa acalorado, evidente, notório, visível, manifesto. Em linguagem jurídica, flagrante seria uma característica do delito, é a infração que está queimando, ou seja, que está sendo cometida ou acabou de sê-lo, autorizando-se a prisão do agente mesmo sem autorização judicial em virtude da certeza visual do crime. Funciona, pois, como mecanismo de autodefesa da própria sociedade. (LIMA, 2017, p. 926)

Assim, exposto o conceito de flagrante delito, pode-se dizer que a prisão em flagrante é um direito assegurado ao constituinte, constituído na privação da liberdade do agente surpreendido em situação de flagrância, podendo ser executada independentemente de prévia autorização judicial. No entanto, a prisão em flagrante delito funda-se na exclusiva modalidade de prisão cautelar realizada sem ordem judicial.

Conforme ensina o doutrinador Antonio Scarance Fernandes (2010, p. 285-286.), a prisão em flagrante delito busca a presença de dois elementos fundamentais: a atualidade e a visibilidade. A atualidade advém da própria situação de flagrância, onde um fato criminoso está a ocorrer no momento em que se opera a prisão. Outro instante, seguido a esse elemento se reúne a questão da visibilidade, de forma a presumir que alguém tenha presenciado o fato, podendo atestar a sua ocorrência.

Renato Brasileiro Lima (2017, p. 926) explica que a expressão *'delito'* abrange não só a prática de crime, como também a de contravenção. Contudo, Lima explica ainda que, quando tratar de infração de menor potencial ofensivo, não se procede à lavratura de Auto de Prisão em Flagrante, mas sim de Termo Circunstanciado de Ocorrência, caso o agente assume o compromisso de comparecer ao Juizado ou a ele compareça imediatamente, conforme expõe a Lei n° 9.099/95, art. 69, parágrafo único.¹¹ (LIMA, 2017, p. 926)

¹¹ Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima. (BRASIL. Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, 2011)

Conforme expõe o artigo 302 do Diploma Processual Penal¹², existem quatro ocorrências que asseveram o estado de flagrância do agente. Nos dois primeiros casos, é explícita a presença do flagrante: o autor está executando ou acaba de executar o delito. A ocorrência do inciso III é vista como uma conjuntura de quase flagrante, no tempo em que a situação do inciso IV é o flagrante presumido: o autor é encontrado logo após a execução de delito, na posse de instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam supor (presumir) ser ele o autor da infração (FERNANDES, 2010, p. 286).

Portanto, o flagrante denota-se pela necessidade de opressão urgente e instantânea do ofensor com intenção a obstar o dano e os efeitos diretos da agressão ao bem jurídico, como também recompor a tranquilidade social (KARAM, 2009, p. 26). De outra forma, existem fins legais impostos pela natureza dessa regra e que deverão ser rigorosamente observados no momento da prisão em flagrante delito, quais sejam: “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” (KARAM, 2009, p. 27).

As ocorrências de quase flagrância aparecem no momento em que a prisão em flagrante ocorre em seguida à agressão ao bem jurídico, isto é, a agressão já findou, todavia, as circunstâncias evidentes mostram que terminara de ocorrer uma conduta criminosa. À vista disso, o sentido da prisão não é mais proteger o bem jurídico, em vista que este já restou agredido. Planeja-se, dessa maneira, “instruir a futura propositura da ação penal condenatória” (KARAM, 2009, p. 27), com a arrecadação de elementos instrutórios sobre possível prova de autoria e materialidade. Essas hipóteses da prisão em flagrante delitos estão previstas nos incisos III e IV do artigo 302 do Código de Processo Penal.¹³

Ainda assim, decorrido o estágio do estado de flagrância, em que finalizou a agressão ao bem jurídico ou mesmo no caso da quase flagrância, havendo a colheita das provas de que se versava, a excêntrica prisão em flagrante atesta já haver atingido seu objetivo e não poder

¹² 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. (BRASIL, Código de Processo Penal, 2011)

¹³ Art. 302 do Código de Processo Penal.

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. (BRASIL, Código de Processo Penal, 2011)

mais perdurar (KARAM, 2009, p. 27-28). Com consequência, a prisão em flagrante delito por não necessitar de ordem judicial, estará submetida à apreciação imediata do órgão jurisdicional (KARAM, 2009, p. 28).

Assim, o artigo 310 do Código de Processo Penal Brasileiro expõe:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:
 I - relaxar a prisão ilegal; ou
 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
 III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (BRASIL, Código de Processo Penal, 2011)

Dessa forma, a prisão em flagrante com sua automática conversão em medida cautelar, possui característica de todas as outras prisões provisórias e sua continuidade só poderá ocorrer quando atendidos as exigências gerais das prisões cautelares, que são a existência *dofumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Sendo desta maneira, a prisão apenas irá ocorrer quando demonstrar a necessidade da sua continuação com o fim de impedir “risco de inviabilização da satisfação prática do direito alegado na ação penal condenatória” (KARAM, 2009, p. 28)

Antonio Scarance Fernandes, no mesmo entendimento, expõe:

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 (FERNANDES, 2010, p. 287).

A doutrinadora Maria Lúcia Karamensina que manter a prisão em flagrante somente pelo motivo de existir provas da execução do crime, nada mais é que anteceder a pena do agente, punindo-o sem o devido processo penal e violando, conseqüentemente, regras constitucionais de direitos fundamentais (KARAM, 2009, p. 28).

Portanto, quando não existe necessidade para manter o agente nesta modalidade de prisão, esta não pode ser convertida em prisão preventiva, devendo o magistrado conceder a liberdade provisória ao acusado, nos termos no artigo 310 do Código de Processo Penal.

3.5.3 Prisão temporária

A Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, que instituiu a prisão temporária, foi criada com o objetivo de assegurar a eficácia das investigações criminais quanto a alguns crimes graves. Outra preocupação era acabar com a denominada prisão para averiguações, que foi fruto da conversão da Medida Provisória 111, de 14 de novembro de 1989.

Como se vê, o principal objetivo da criação da prisão temporária foi o de pôr fim à famigerada prisão para averiguações, que consiste no arrebatamento de pessoas pelos órgãos de investigação para aferir a vinculação das mesmas a uma infração, ou para investigar a sua vida pregressa, independentemente de situação de flagrância ou de prévia autorização judicial. Essa prisão para averiguação é de todo ilegal, caracterizando manifesto abuso de autoridade. (LIMA, 2017, p. 999)

A prisão temporária cuida-se de uma prisão por tempo determinado e que dispõe um objetivo manifestamente pessoal, própria, não se proporcionando “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” (MACHADO, 2005, p. 103).

O objetivo especial dessa modalidade de prisão cautelar consiste apenas em se autorizar o cumprimento de algum ato investigatório que incertamente poderia ser efetuado caso o agente se deparasse em liberdade. Isto é, a prisão temporária apenas pode ser aceita caso ela for completamente indispensável para a realização de alguma diligência investigatória que subsistiria prejudicada se o infrator estivesse solto (MACHADO, 2005, p. 104).

De acordo com o art. 1º da Lei no 7.960/89, caberá prisão temporária:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986); p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (BRASIL, 1989).

O doutrinador Renato Brasileiro Lima (2017, p. 857) entende que para a decretação da prisão temporária serão sempre necessários o preenchimentos dos requisitos dos incisos I e III, na medida em que o primeiro demonstra a necessidade da prisão (*periculum libertatis*) para o sucesso da investigação, sendo esta a razão primeira do instituto, e o terceiro demonstra o *fumuscomissi delicti*.

Assim, a prisão temporária constitui-se em uma medida preparatória para a possível ação penal que poderá vir a ser proposta. Desta forma, tal modalidade de prisão não pode ser considerada medida cautelar acessória ao processo penal. Conforme Machado ensina em sua obra (2005, p. 104), não se versa, portanto, de medida incidental, mas, sim, de medida cautelar preparatória de futura e possível ação penal.

De outra forma, a prisão temporária não poder ser autorizada de ofício pelo magistrado, longe disso, necessita de requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial (MACHADO, 2005, p. 104). Ainda, conforme explanado, apenas será admitida no trâmite do procedimento investigatório policial, pretendendo acelerar a obtenção de provas, informações e fatos para melhor esclarecer o delito (FREITAS, 2004, p. 81).

Existem regras legais inerentes que regulam a decretação da prisão temporária. No meio delas, 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. Tais prazos podem ser prolongados em casos de extrema e comprovada necessidade. O magistrado poderá ainda decretar a prisão preventiva do preso temporário, antes mesmo do término do prazo (FERNANDES, 2010, p. 288-289).

O doutrinador Antonio Scarance Fernandes traz a ideia de ser uma ameaça de desaparecer o caráter cautelar da prisão que se dá no trâmite da investigação policial ou do processo. Concerne, logo, ao exegeta a verificação ponderada da presença dos requisitos genéricos das prisões cautelares, quais são, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, especialmente na Lei que regula sobre a prisão temporária, de forma a adequá-la ao princípio constitucional da presunção de inocência (FERNANDES, 2010, p.290).

Prestando-se a prisão temporária a resguardar, tão somente, a integridade das investigações, imprescindível é concluir que, uma vez recebida a denúncia, não mais subsiste o decreto de prisão temporária, devendo o denunciado ser colocado em liberdade, salvo se sua prisão preventiva for decretada. Prisão temporária, por conseguinte, somente na fase pré-processual (LIMA, 2017, p. 1.004).

Assim sendo, destaca-se ainda que, em algumas oportunidades, o preso temporário ao final do processo, vem a ser julgado inocente, transformando-se vítima de erros judiciários, diversas oportunidades irreparáveis, o que o traz à necessidade de socorrer à prestação jurisdicional exigindo a devida indenização, constitucionalmente garantida, mas longe de retirar os efeitos desastrosos de uma prisão ilegal (FREITAS, 2004, p. 94).

3.5.4 A prisão imposta em sentença condenatória recorrível

Conforme expõe Machado (2005, p. 100), este fazia referência à prisão advinda de sentença recorrível, regulada, ao tempo, pelo artigo 393, I do Diploma Processual Penal.¹⁴

Trazendo os ensinamentos de Afrânio Silva Jardim, Machado afirma ainda que tal espécie de prisão não possui da característica cautelar que a tinha de ser específica (JARDIM, p. 149/83 apud MACHADO, 2005, p. 10). Longe disso, demonstra-se como ser uma real “tutela satisfativa” (JARDIM, p. 149/83 apud MACHADO, 2005, p. 100), ao tempo em que indica uma verdadeira execução antecipada da pena (MACHADO, 2005, p. 100). No mesmo entendimento segue a jurista Maria Lúcia Karam (KARAM, 2009).

De outro modo, é importante destacar que essa modalidade de prisão não se dá de forma espontânea depois a pronúncia da sentença condenatória. Pois, caso assim acontecesse, mostraria, sem dúvida, seu límpido caráter de antecipação da pena. Assim, traz o autor 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” (MACHADO, 2005, p. 100).

A prisão advinda de sentença recorrível, dessa forma, detém como justificacão uma das condições previstas para a prisão preventiva (MACHADO, 2005, p. 100-101). Isto, pois, a presunção de inocência apenas perde a eficácia caso haja uma sentença condenatória transitada em julgado. Caso a sentença é recorrível, encontrando-se dela a possibilidade de recorrer para os tribunais de jurisdição superiores, ainda subsiste a garantia da presunção da inocência. Por isso, não findando o processo de conhecimento, o agente não será capaz de sofrer pena (KARAM, 2009, p. 50).

No mesmo entendimento, existe o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSO PENAL. SENTENÇA
CONDENATÓRIA. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE.
POSSIBILIDADE. 1. "A prisão decorrente de sentença penal condenatória

¹⁴ O artigo 393 do Código de Processo Penal foi revogado pela Lei n. 12.403/2011.

recorrível é modalidade da custódia cautelar e, para ser mantida ou decretada, deve atender aos requisitos autorizativos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, os quais deverão ser demonstrados com o cotejo de elementos reais e concretos que indiquem a necessidade da segregação provisória." (HC nº 59.948/SP, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJU de 12/2/2007) 3. Agravo regimental desprovido. (SÃO PAULO, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp: 800571 AC 2005/0197782-2, Relator: Ministro Paulo Gallotti, Data de Julgamento: 26/05/2008, T6 - SEXTA TURMA)

Essa espécie de prisão cautelar demonstra, dessa forma, somente um instante processual peculiar em que o magistrado analisará, em vista as situações fáticas do momento do pronunciamento da sentença condenatória, se mantém, caso já decretada, ou se determinará, se o agente esteja em liberdade, o respectivo mandado de prisão cautelar (MACHADO, 2005, p. 101).

A prisão que possivelmente seja determinada ou mantida na sentença proferida em primeira instância ou no acórdão em instâncias superiores permanecerá sendo uma modalidade de exceção autorizada prisão provisória de caráter cautelar, subordinando-se à verificação de fatos indicadores de sua necessidade, no especificado caso determinado, a fim de resguardar que aquele processo ainda em trâmite suceda corretamente a seu término, possivelmente admitindo o conteúdo prático da pretensão punitiva ao qual se vincula. (KARAM, 2009, p. 50)

A pretensão da prisão em virtude de sentença recorrível em determinar uma execução provisória da pena então empregada, inclusive que ainda admissível recurso, funda em evidente ofensa à garantia da presunção de inocência (KARAM, 2009, p. 53).

A autora Maria Karam ensina ainda que no sistema jurídico atual ainda existem previsões legais que traz a hipótese de obrigatoriedade do acusado permanecer-se preso para recorrer¹⁵. Esta determinação (i) legal, portanto, esbarra definitivamente não somente com as preceitos fundamentais garantidores da presunção de inocência, mas também viola visivelmente os preceitos fundamentais garantidores da ampla defesa, do acesso à justiça e de seu termo particularizado no ingresso ao duplo grau de jurisdição (KARAM, 2009, p. 52-53).

Assim sendo, até quando for admissível a interposição de qualquer recurso e a consecutiva probabilidade de absolvição, existe a necessidade de se manter amparada a garantia constitucional da presunção de inocência. O magistrado há de impedir qualquer tentativa, ainda que obscura, de antecipação da pena, ou ainda de sua execução provisória (KARAM, 2009, p. 53-54).

¹⁵ Dentre elas cita-se a Lei 8.072/90, art. 2º, § 3º.

No mesmo entendimento, o jurista Antônio Alberto Machado traz a ideia de confirmação e prevalência da prisão preventiva como tutela cautelar verdadeira no processo penal. (MACHADO, 2005, p. 101).

3.5.5 Prisão imposta em decisão de pronúncia

A modalidade de prisão imposta em decisão de pronúncia mostrava, de início, como uma utilidade para garantir a presença do réu no julgamento a ser desempenhado pelo Tribunal do Júri, em vista que o antigo disposto no artigo 451, § 1º do Código de Processo Penal dessa forma assegurava.¹⁶

Atualmente, a decretação dessa espécie de prisão não se faz de maneira espontânea e depois da sentença de pronúncia. Muito de longe, para reter o réu preso, ou ainda determinar essa medida, far-se-á essencial a obrigatória comprovação da existência das exigências da prisão cautelar. Assim, é o entendimento do jurista Antônio Alberto Machado que “não há muito sentido prático na distinção que se faz entre prisão preventiva e prisão por pronúncia” (MACHADO, 2005, p. 98).

A pronúncia representa-se uma decisão interlocutória ao passo que o magistrado ordena o prosseguimento da ação penal em direção ao Júri. Dessa forma, esta decisão em momento algum pode representar-se um novo motivo para casual prisão cautelar, conforme previa os revogados §§ 1º e 3º do artigo 408 do Código de Processo Penal.¹⁷ Esses pronunciamentos ofendia o princípio da excepcionalidade da prisão cautelar, “para fazer da prisão a regra e da liberdade a exceção” (KARAM, 2009, p. 48-49).

Na ocasião, a sentença de pronúncia, no que lhe concerne, traz a ideia somente de um juízo de probabilidade em sobre a autoria do delito, inexistindo ainda uma sentença condenatória. Na decisão de pronúncia, julga-se a possibilidade da imputação, ao avesso do

¹⁶ 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. (BRASIL. Código de Processo Penal antes da Lei 11.689/2008).

¹⁷ Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciará-o, 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. (BRASIL. Código de Processo Penal antes da Lei 11.689/2008).

que ocorre na sentença condenatória, quando na referida assenta como certa e revelada (MARQUES, 2003).

No mesmo entendimento, entende o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA Recurso ordinário em habeas corpus. Processual penal. Excesso de prazo não analisado nas instâncias antecedentes. Dupla supressão. Impossibilidade de extensão da ordem concedida a corréu. Efeitos do decreto de prisão preventiva no tempo. Superveniência de pronúncia. Inocência do réu e tentativa. Questões de mérito impossíveis de serem analisadas na via do habeas corpus. Precedentes da Suprema Corte. 1. No que concerne à alegação de excesso de prazo da prisão cautelar, verifico que essa matéria não foi examinada na instância ordinária, tampouco no Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, a apreciação desse tema, de forma originária, neste momento, configura dupla supressão de instância, não admitida (nesse sentido: HC nº 92.754/MS, Primeira Turma, de minha relatoria, DJ de 1º/2/08; HC nº 90.654/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 25/5/07; HC nº 90.162/RJ, Primeira Turma, Relator o Ministro Carlos Britto, DJ de 29/6/07; HC nº 90.312/PR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 27/4/07; HC nº 86.997/DF, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 3/2/06, entre outros). 2. Impossibilidade de extensão da decisão proferida no HC nº 85.900/MG, impetrado em favor do corréu Norberto Mânica, porquanto não se configura a indispensável identidade de situações exigida pelo art. 580 do Código de Processo Penal, uma vez que, naqueles autos, a concessão da ordem assentou-se em circunstâncias restritas e específicas à situação do corréu. 3. **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.** 4. **Isso não significa que a segregação imposta preventivamente em momento anterior à pronúncia não possa persistir mesmo após o seu advento. Tal fica indubitado quando o Juiz afirmar na sentença de pronúncia que os fundamentos da prisão cautelar persistem.** 5. Precedente desta Primeira Turma, de que fui Relator (HC nº 91.205/DF), assentou que a "sentença de pronúncia que traz fundamentos novos ou complementares constitui, ao contrário, título de prisão cautelar autônomo 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". 6. As alegações de que o paciente não teria cometido os crimes previstos nos arts. 288 e 348 do Código Penal e que os referidos delitos não chegaram a se consumar são questões que, além de demandarem análise do conjunto probatório, inviável na via estreita do habeas corpus, estão ligadas intrinsecamente ao mérito da ação penal, reservadas à análise e de competência do Tribunal do Júri, devendo ser apreciadas no momento processual oportuno. 7. Recurso ordinário desprovido. (BRASIL. STF - RHC: 94677 MG, Relator: MENEZES DIREITO, Diário de Justiça, Brasília, 31 mar. 2009)

Conforme vê-se do julgado, e de acordo com a maioria dos doutrinadores, não mais persiste no sistema jurídico brasileiro a prisão importa ao agente em decorrência da sentença de pronúncia. A possibilidade da prisão em virtude desta sentença será que ser fundamentada com base nos requisitos da prisão cautelar. Porventura, ao proferir uma decisão de pronúncia o acusado já se encontrar preso, far-se-á indispensável a fundamentação de motivação que mantenha, ou não, o seu encarceramento (MACHADO, 2005).

No entanto, no instante processual em que ocorrer a sentença de pronúncia, o magistrado deverá definir, de forma justificada, se mantém, se revoga ou se decreta a prisão

do acusado quando pronunciado. “Isto significa que a prisão por pronúncia não é mesmo uma modalidade própria de prisão cautelar” (MACHADO, 2005, p. 100).

Portanto, conforme ensina a doutrinadora Maria Karam, “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” (KARAM, 2009, p. 49).

4 PRISÃO CAUTELAR E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

4.1 A presunção de inocência e a prisão cautelar

Primordialmente, com a ordenação do princípio da presunção de inocência em nossa Carta Magna, inseriu-se um debate entre juristas e autores, no início instigado, em relação da compatibilidade entre este princípio e as prisões cautelares. Entretanto, valendo-se do conceito do jurista Afrânio Silva Jardim (2005, p. 239), o autor Antônio Alberto Machado coloca:

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. (MACHADO, 2005, p. 239-240)

Desta maneira, a prisão cautelar, a fim de preservar-se compatível com a garantia da presunção de inocência, deve preservar as convicções de instrumentalidade, proteção e imprescindibilidade aos desígnios 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.” (BECHARA, 2005, p. 161)

A regra da violação cautelar da liberdade há de ser a todo momento admitida como um meio de amparo da ministração da justiça, com a evidente finalidade de garantia. Deste modo, tal violação sempre deve ser dotada de natureza de excepcionalidade, vez que concebe medida de restrição à liberdade antes da sentença condenatória transitada em julgado. (BECHARA, 2005, p. 161.)

Nota-se, nas prisões cautelares, a presença de um “ponto de tensão que envolve o objeto do processo penal, de um lado, e o direito de liberdade, de outro”. (BECHARA, 2005, p. 162.)

O principal ponto de vista relaciona-se à urgência de defesa social, que engloba o direito social à segurança e causa a ordem pública como reação de paz e harmonia social. Em outro sentido, dispõe-se um segundo bem jurídico tutelado: a proteção da presunção de inocência. Cuida-se de uma marca de delimitação à legalidade ou ilegalidade das prováveis restrições à liberdade do agente. (BECHARA, 2005, p. 162.)

No similar pensamento, Antônio Alberto Machado sustenta que a introdução da presunção de inocência no sistema constitucional acompanha a propositura do Estado liberal burguês de enfrentar com os impasses típicos de sua natureza e fins, que de certa forma, é garantir a presença da ordem corrente, de modo a fazer operar a repressão, e, de outro, proteger as liberdades públicas essenciais, assegurando os direitos e princípios que as abriguem (MACHADO, 2005). Inaugura-se, no entanto, um evidente atrito entre a necessidade de conservação da ordem e as imposições de garantia da liberdade. (MACHADO, 2005).

Assim, o motivo constitucional da prisão cautelar acha-se na garantia do direito social à segurança. É evidente que na prisão cautelar existe uma comprovação mínima de culpabilidade, porém não na razão de precipitação das decorrências de uma condenação e, sim, como hipótese de legalidade obrigatória a autorizar a medida constritiva. De igual modo que o constituinte reconheceu a presunção de inocência como direito fundamental de natureza individual, reconheceu explicitamente a interferência estatal na esfera pessoal do agente, não apenas por meio da probabilidade da pena, mas por meio da estimativa das ferramentas fundamentais a fazer efetiva a persecução criminal, reconhecendo, até mesmo, as medidas de caráter constritivo aos direitos fundamentais. (BECHARA, 2005.).

Mencionando o jurista Antônio Magalhães Gomes Filho, Machado (GOMES FILHO, 1991, p.02 apud MACHADO, 2005. p. 240), traz que a presunção de inocência na Constituição Federal de 1988 atinge uma característica político-retórica de convencer no indivíduo a imagem de que o direito penal é investido com disciplina de todas as garantias para o agente, apontado inocente antes de uma condenação transitada em julgado. (GOMES FILHO, 1991, p.02 apud MACHADO, 2005).

No entendimento do doutrinador Machado, a presunção de inocência evidencia, *a priori*, uma impressão extraordinária de isonomia em meio de todo réu, independentemente de suas condições da vida cultural. Estas razões, todavia, termina apenas por ocultar a terrível

verdade de que a grande porcentagem dos acusados não desfruta de recursos capazes para proporcionar uma defesa ampla no trâmite do procedimento penal qual é sujeitado. Dessa forma, limitam por não auferirem a constitucional abordagem equitativa a que deveriam possuir direito e nem mesmo são vistos como inocentes até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (MACHADO, 2005, p. 241).

De outro modo, mesmo avante deste propósito extraordinário da presunção de inocência, por possuir status constitucional, esta proteção tem a capacidade de sobrelevar à frente de regras infraconstitucionais, conforme traz o Código de Processo Penal. Desta maneira, Machado não aprovava os revogados artigos 393, I e II¹⁸, e 594¹⁹ do mesmo diploma legal que asseguravam a prisão do acusado após a sentença condenatória recorrível, o consecutivo lançamento do nome no rol dos culpados e a imposição da prisão para recorrer. Cuidava-se de prenúncios legais com a clara natureza de execução provisória da pena. (MACHADO, 2005).

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. (MACHADO, 2005. p. 243) (grifos nossos).

Nas expressões do imperial natureza cautelar das prisões provisórias, a Suprema Corte, diante a controvérsias e, apesar de que os recursos extraordinários não possuem de efeito suspensivo, estabeleceu a pouco tempo que não será permitido a execução da pena privativa de liberdade durante o tempo que não houver o trânsito julgado da sentença penal condenatória. (LIMA, 2017) Nesse entendimento, seguiu o recente julgado do Supremo Tribunal Federal:

¹⁸ 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. (BRASIL, Código de Processo Penal, 2011) (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

¹⁹ 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. (BRASIL, Código de Processo Penal, 2011) (Revogado pela Lei nº 11.719, de 2008).

Trata-se de habeas corpus com pedido de medida liminar, impetrado por Ricardo Tauffer Padilha, em favor de Rodrigo Fermo Vidigal Stefenoni, contra decisão proferida pelo Ministro Humberto Martins, Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no exercício da Presidência, que indeferiu a liminar requerida nos autos do RHC 87.166/RJ. Consta dos autos que o paciente (ex-Chefe de Gabinete do Governador do Estado do Espírito Santo) foi condenado à pena de 4 anos e 6 meses de reclusão, mais o pagamento de 90 dias-multa, em regime inicial semiaberto, em razão da prática do crime previsto no art. 312, § 1º, do Código Penal (peculato-furto). No caso concreto, atribui-se ao paciente a conduta de ter concorrido para que fosse subtraída, em proveito próprio ou alheio, boa parte da quantia advinda da doação ambiental efetuada pela empresa SAMARCO MINERAÇÃO S.A. durante uma operação de transferência de créditos de ICMS à empresa ESCELSA – ESPÍRITO SANTO CENTRAIS ELÉTRICAS S/A. Referida condenação foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Em 11 de abril de 2017, o Juízo da 1ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Espírito Santo, acolhendo manifestação do Ministério Público Federal, determinou a execução da pena imposta ao ora paciente e dos demais condenados nos autos da Ação Penal 0004975-61.2007.4.02.5001. Inconformada, a defesa impetrou habeas corpus no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que denegou a ordem em acórdão assim ementado: “HABEAS CORPUS. PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. NOVO ENTENDIMENTO DO STF. PACIENTE ADVOGADO QUE JÁ ESTAVA RECOLHIDO EM SALA COMPATÍVEL À DO ESTADO-MAIOR. ORDEM DENEGADA. I - Trata-se de habeas corpus impetrado em face de decisão que determinou a execução provisória da pena privativa de liberdade do paciente - de 4 (quatro) anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 90 dias-multa pela prática de peculato-furto (art. 312, § 1º, do Código Penal) II - Duas questões se colocam para o exame do Tribunal. A primeira diz respeito à possibilidade de execução provisória da pena do paciente, na medida em que o comando contido no item 11 da sentença seria claro ao permitir que, somente com o trânsito em julgado, fosse expedida a carta de execução de sentença condenatória. A segunda questão é saber se o Estado do Espírito Santo dispõe de sala de Estado-Maior ou local compatível para o recolhimento do paciente, que é advogado. III - A 3ª Seção do STJ já firmou entendimento de que ‘a pendência de julgamento de recursos nas instâncias extraordinárias não implica na competência exclusiva de tais instâncias para decidir sobre o início ou sobre providências de execução provisória’ (STJ. Rel 32.426/DF. DJe 13.02.2017), sendo certo que, no caso concreto, a execução provisória da pena não foi determinada de ofício pelo Juiz, mas requerida pelo MPF em 1º grau. Atuação correta da autoridade impetrada ao reconsiderar seu posicionamento anterior para se adequar ao entendimento pacificado no âmbito do STJ. IV – O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, em 17.02.2016, e ainda no julgamento das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44, em 05.10.2016, e do Agravo em Recurso Extraordinário 964.256/BA, com repercussão geral reconhecida, em 11.11.2016, **firmou entendimento no sentido de que a pendência de julgamento de Recurso Especial e de Recurso Extraordinário não obsta a execução da pena.** V – Firmada tal posição pelo Plenário do STF em três oportunidades, ainda que por maioria, cabe às demais instâncias do Judiciário aplicar a tese jurídica aos processos em curso, de forma isonômica, pois nisso reside a racionalidade do sistema judiciário brasileiro. Assim, não devem prevalecer as disposições das sentenças de primeiro grau que impeçam a aplicação àqueles que estão na situação descrita pelo Supremo Tribunal Federal da execução provisória da pena. VI – A execução provisória da pena do paciente não é obstada pelo comando, contido na sentença condenatória, de que a carta de execução de sentença apenas poderia ser expedida com o trânsito em julgado. A referida determinação possui caráter ordinatório e, longe de fazer coisa julgada, apenas encerra comando dirigido à secretaria da Vara, destinado à adoção de atos de processamento que decorreriam do trânsito em julgado da sentença (ou acórdão) condenatório. VII – Ausência de violação do disposto do art. 7º, V, da Lei 8.906/94. O Juízo da VEP já entendeu que o Quartel do Comando Geral da Polícia Militar do Espírito Santo dispõe de sala compatível. VIII – Ordem denegada”. Daí a interposição de recurso ordinário em

habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido liminar. Pendente o julgamento do mérito. Neste writ, o impetrante reitera os pedidos pretéritos e enfatiza a ilegalidade da decisão que determinou a execução provisória da sentença, porquanto ofende a coisa julgada material e o princípio do juiz natural. Sustenta que: **“Ora, não está em discussão o teor da mudança jurisprudencial, mas sim o fato de que o precedente não se aplica ao caso concreto por haver disposição expressa, passada em julgado, determinando o contrário.** Com o devido respeito, o precedente citado tanto pelo MM. Juiz da 1.^a Vara Criminal Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, quanto pela 2.^a Turma Especializada do Egrégio Tribunal Regional Federal, quanto pelo Ministro Humberto Martins, para justificar a possibilidade de superar-se a coisa julgada no caso concreto não se aplica aqui. Aqui, além de previsão expressa na sentença de início do cumprimento da pena apenas após o trânsito em julgado da condenação, o eg. TRF2, ao julgar os apelos das partes, manteve intacta a sentença de primeiro grau nesse ponto. Com o devido respeito, não se pode agora ignorar referida determinação e pretender a imediata prisão do recorrente. Reitere-se que a determinação do douto juízo sentenciante e da 2.^a Turma Especial do TRF2 de que somente após o trânsito em julgado teria início a execução da pena fez coisa julgada, tornando imutável, no ponto, a r. decisão, não havendo o que se falar em contrário”. (p. 5) Argumenta ainda a possibilidade de alteração do entendimento firmado pelo STF, tendo em vista os votos proferidos no julgamento do HC 136.720 (8.8.2017), no sentido de conceder a ordem para garantir o direito ao réu de recorrer em liberdade. Assim afirma: “[a] ‘malfadada’ execução provisória da pena, quando confirmada a sentença condenatória em segunda instância de jurisdição, COMEÇOU A TOMAR OUTRO RUMO, já que na sessão havida no dia 08/08/2017, os ministros Ricardo Lewandowski (relator), Gilmar Mendes e Celso de Mello, todos da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgarem o Habeas Corpus n.º 136.720, que analisava matéria jurídica idêntica à debatida no presente pedido de salvo conduto, qual seja, a impossibilidade da execução da pena, mesmo que a sentença de primeiro grau e a decisão de segunda instância tenham garantido ao réu o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, votaram, antecipando seus votos, pela concessão do pedido para garantir o direito de o réu recorrer em liberdade. Embora o julgamento do Habeas Corpus n.º 136720, tenha sido suspenso pelo pedido de vista do Exmo. Ministro Edson Fachin, ao que tudo indica, a ordem de salvo conduto será concedida naqueles autos, já que a maioria dos Ministros da Segunda Turma do STF, já se posicionaram favoráveis à tal concessão, antecipando seus votos”. (p. 26-27) Requer o afastamento da Súmula 691/STF para que, liminarmente e no mérito, seja revogada a custódia cautelar com a consequente suspensão da execução provisória da pena imposta ao paciente. Em 4 de setembro de 2017, determinei, com urgência, a solicitação de informações ao STJ sobre o julgamento do Agravo em Recurso Especial n. 1.035.285/ES, as quais foram prestadas. É o relatório. Decido. Conforme relatado, trata-se de habeas corpus por meio do qual a parte impetrante insurge-se contra decisão proferida pelo Ministro Humberto Martins, Vice-Presidente, no exercício da Presidência do STJ, que indeferiu a liminar requerida nos autos do RHC 87.166/RJ, em trâmite naquela Corte. A jurisprudência desta Corte é no sentido da inadmissibilidade da impetração de habeas corpus, nas causas de sua competência originária, contra decisão denegatória de liminar em ação de mesma natureza articulada perante tribunal superior, antes do julgamento definitivo do writ [cf. HC (QO) 76.347/MS, Rel. Min. Moreira Alves, 1^a Turma, unânime, DJ 8.5.1998; HC 79.775/AP, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2^a Turma, maioria, DJ 17.3.2000; e HC 79.748/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, 2^a Turma, maioria, DJ 23.6.2000]. E mais recentemente: HC 132.185-AgR/SP, por mim relatado, 2^a Turma, unânime, DJe 9.3.2016; HC 140.285 AgR/TO, Rel. Min. Rosa Weber, 1^a Turma, maioria, DJe 24.4.2017; HC 143.069 MC/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 9.5.2017. Essa conclusão está representada na Súmula 691 do STF, in verbis: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar”. É bem verdade que o rigor na aplicação de tal entendimento tem sido abrandado por julgados desta Corte em hipóteses excepcionais em que: a) seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar para evitar flagrante

constrangimento ilegal; ou b) a negativa de decisão concessiva de medida liminar pelo tribunal superior importe na caracterização ou na manutenção de situação que seja manifestamente contrária à jurisprudência do STF (cf. as decisões colegiadas: HC 85.185/SP, Plenário, por maioria, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 1º.9.2006; HC 129.554/SP, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 14.10.2015, e HC 135.520/MT, 2ª Turma, por maioria, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 31.5.2016; bem como as seguintes decisões monocráticas: HC 85.826/SP (MC), de minha relatoria, DJ 3.5.2005; HC 86.213/ES (MC), Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1º.8.2005; e HC 128.479/AC, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 16.10.2015). Na hipótese dos autos, à primeira vista, entendo caracterizada situação apta a ensejar o afastamento da Súmula 691/STF. Explico. Monocraticamente, os Ministros do STF têm aplicado a jurisprudência do Supremo no sentido de que a execução provisória da sentença já confirmada em sede de apelação, ainda que sujeita a recurso especial e extraordinário, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme decidido no HC 126.292/SP. Esse posicionamento foi mantido pelo STF ao indeferir medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, e no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 964.246/SP, com repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual. No julgamento do HC 126.292/SP, o Ministro Dias Toffoli votou no sentido de que a execução da pena deveria ficar suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF. Para fundamentar sua posição, sustentou que a instituição do requisito de repercussão geral dificultou a admissão do recurso extraordinário em matéria penal, que tende a tratar de tema de natureza individual e não de natureza geral ao contrário do recurso especial, que abrange situações mais comuns de conflito de entendimento entre tribunais. Ainda, no julgamento do HC 142.173/SP (de minha relatoria, sessão da Segunda Turma de 23.5.2017), manifestei minha tendência em acompanhar o Ministro Dias Toffolino **sentido de que a execução da pena com decisão de segundo grau deve aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ**. No caso, solicitadas informações ao STJ, verifico que o Agravo em Recurso Especial n. 1.035.285/ES encontra-se pendente de apreciação naquela Corte Superior. Vejamos: “Comunico a Vossa Excelência, em atenção ao pedido de informações no AREsp 1.035.285/ES referente a MC no HC 146.818/ES, impetrado no Supremo Tribunal Federal, que, após a prolação de decisão indeferindo o pedido de tutela provisória da pena, os autos retornaram-me conclusos em 3/8/2017, os quais possuem previsão de julgamento ainda no mês de setembro.” A preocupação com a duração do processo penal não é nova. Há muito tempo, discorre-se sobre a necessidade de que a marcha processual desenvolva-se num prazo razoável. O que motivou o constituinte derivado a inserir a razoável duração do processo no rol dos direitos e garantias fundamentais foi a preocupação com a celeridade dos processos. A inserção do inciso LXXVIII ao art. 5º da CF refletiu o anseio de toda a sociedade de obter resposta para solução dos conflitos de forma célere, pois a demora na prestação jurisdicional constitui verdadeira negação de justiça. Comungando das mesmas preocupações com a demora no andamento do processo, Luiz Guilherme Marinoni lembra ainda outra consequência da morosidade processual, na medida em que passa a ser verdadeiro inibidor de acesso à Justiça, levando a desacreditar no papel do Judiciário, o que é altamente nocivo aos fins de pacificação social da jurisdição, podendo até mesmo conduzir à deslegitimação do poder (MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado, p. 30). Por outro lado, não se pode imaginar processo em que o provimento seja imediato. É característica de todo processo durar, não ser instantâneo ou momentâneo, prolongar-se. O processo implica sempre um desenvolvimento sucessivo de atos no tempo (JÚNIOR, Aury Lopes. Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 5). Ocorre, porém, que não se pode ficar indefinidamente à espera da resposta estatal. E, no âmbito penal, a demora da prestação jurisdicional assume contornos bem mais específicos. Conforme tenho enfatizado em diversas ocasiões, em circunstâncias como esta, **é necessário conferir máxima efetividade à realização das garantias e direitos fundamentais envolvidos os quais assumem contornos peculiares, principalmente em sede penal**. No processo penal, o réu, preso ou não, tem o direito de obter resposta do Estado-juiz não pode ficar vinculado indefinidamente a

um processo criminal. A investigação criminal e o processo penal afetam a intimidade, a vida privada e a própria dignidade do investigado ou do réu. Em outras palavras, em se tratando de processo penal, em que estão em jogo os bens mais preciosos do indivíduo - a liberdade e a dignidade, torna-se ainda mais urgente alcançar solução definitiva do conflito. Em atenção ao princípio da duração razoável do processo (agravo em recurso especial pendente de apreciação) e considerando a plausibilidade de acolhimento das alegações sustentadas pela defesa no recurso especial (dosimetria da pena e conseqüente mudança de regime inicial de cumprimento da reprimenda), entendo que a concessão do pedido liminar é medida que se impõe. **Ante o exposto, defiro, em parte, o pedido de medida liminar, para suspender até o julgamento do mérito deste writ, o início da execução provisória da pena a qual o paciente foi condenado nos autos da Ação Penal n. 0004975-61.2007.4.02.5001, da 1ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Espírito Santo. Comunique-se com urgência ao STJ, ao TRF da 2ª Região e ao Juízo de origem. Publique-se. Brasília, 18 de setembro de 2017.** Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente (BRASIL, STF - MC HC: 146818 ES - ESPÍRITO SANTO 0008768-30.2017.1.00.0000, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 18/09/2017, Data de Publicação: DJe-213 20/09/2017)

O doutrinador Renato Lima (LIMA, 2017) identifica que, por muitos anos, na jurisprudência brasileira, predominou a percepção de que, havendo recursos sem efeito suspensivo inacabado, não existiria barreira à execução da sentença proferida. Tal dispositivo está previsto no artigo 637 do Código de Processo Penal²⁰. Desta maneira, mesmo que o réu houvesse protocolizado recurso extraordinário ou especial, permaneceria submetido à prisão, não se sujeitando às hipóteses da prisão cautelar. (LIMA, 2011. p. 18-19).

No entanto, conforme o julgado acima reportado, o Supremo Tribunal Federal, vem decidindo na acepção de não ser viável a aplicação provisória da sentença penal condenatória antes que se dê seu trânsito em julgado. (LIMA, 2017)

4.2 As inovações da Lei nº 12.403/2011

O processo penal brasileiro, durante muito tempo, proporcionava ao magistrado apenas duas alternativas em relação às medidas cautelares de natureza pessoal: a prisão cautelar ou a liberdade provisória. O que se notava, segundo alguns especialistas, a bipolaridade cautelar do sistema brasileiro.

O aparecimento da Lei 12.403/11 expandiu-se, de maneira significativa, o rol de medidas cautelares pessoais diversas da prisão cautelar, permitindo ao juiz a definição daquela que mais ajustar ao caso concreto, conforme os princípios da legalidade e da proporcionalidade.

²⁰ 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. (BRASIL, Código de Processo Penal, 2011).

Com a lei 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 do aproveitamento 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*”. (LIMA, 2017, p. 832)

De outra forma, tanto o aproveitamento das medidas cautelares diversas da prisão, quanto a decretação da própria prisão preventiva continuam implicando 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 proporcionalidade. (LIMA, 2017).

Muitos especialistas observam a nova lei como uma ferramenta de se proporcionar uma melhor disciplina do instituto da prisão cautelar. Trata-se de uma nova lei que acabou por concretizar 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”. (GEMAQUE, Lei nº 12.403/2011 - Prisão cautelar ficou mais bem disciplinada, 2011)

4.3 Aplicações da ponderação dos valores

Como descrito no primeiro capítulo deste trabalho, o conflito de direitos fundamentais inicia-se através de um caso concreto, “o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de um outro titular” (STEINMETZ, 2011)

Em relação ao próprio tema desse trabalho de pesquisa, o evidente confronto tem como início a relação ao princípio da constituição da presunção de inocência frente ao instituto das prisões cautelares.

Conforme abordado, a constitucionalidade das prisões processuais em face do postulado da inocência pode ser descrita sob a visão da avaliação de valores constitucionais, uma vez que esta regra de hermenêutica constitucional legitima a questão de legitimidade das prisões provisórias, principalmente por ter como seu apoio a própria Constituição Federal.

Ao decorrer da discussão referente à problemática no mundo jurídico, percebe-se que a doutrina e jurisprudência brasileira, de uma maneira majoritária, ininterruptamente utilizou a constitucionalidade das prisões provisórias em face do Princípio da Presunção de Inocência,

usando como princípios a mesma hierarquia entre as regras conflitantes e a excepcionalidade das prisões cautelares.

Neste entendimento, sobre a técnica da ponderação de valores, conceitua Luís Roberto Barroso:

A denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. Assim, perfeitamente aplicável a ponderação de valores constitucionais ao caso em testilha, eis que estamos diante do conflito entre o princípio/direito/interesse constitucional do réu de ser considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e os princípios/interesses/normas referentes à paz social, segurança pública, e, por que não, dignidade da pessoa humana. (BARROSO, 2004, p. 330)

Por sua vez, o autor Wilson Antônio Steinmetz expõe que “A ponderação de bens é o método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito; o método que determinará qual o direito ou bem, e em que medida, prevalecerá, solucionando a colisão.” (STEINMETZ, 2001, p. 140)

Dessa maneira, quando se aplica a técnica hermenêutica supracitada, a liberdade do acusado não vai poder se apor quando em conflito com qualquer outro valor constitucional. Na verdade, se existe a possibilidade do réu, em liberdade, colocar em risco bens jurídico-constitucionais importantes, como a segurança pública e a dignidade da pessoa humana, torna-se indispensável decretar a custódia cautelar, prevalecendo o julgador da ponderação de valores constitucionais.

Reforçando com esse entendimento, o doutrinador Tourinho Filho destaca que, mesmo a prisão cautelar podendo ser injusta ao acusado, “por outro lado, em determinadas hipóteses, a Justiça Penal correria um risco muito grande deixando o indigitado autor do crime em liberdade” (TOURINHO FILHO, 2001. p. 479.).

Conforme a citação de Wilson Antônio Steinmetz, a operacionalização da ponderação de valores somente se dá com a aplicação do princípio da proporcionalidade (STEINMETZ, 2001). No entanto, o processo da ponderação acaba por atrapalhar-se com o princípio da proporcionalidade, o que dificulta a medir as diferenças dos conceitos: “De fato, não há como

separar a ponderação de bens do princípio da proporcionalidade” (STEINMETZ, 2001, p. 144).

O princípio da proporcionalidade em maior sentido abrange a própria ponderação de bens. São considerações que se encontram internamente ligadas e que se destinam a ajustar ou diminuir a problemática da colisão entre direitos fundamentais. Impróprio, portanto, neste trabalho, a delimitação de cada um desses conceitos.

Como uma prática da técnica da ponderação dos valores constitucionais, é adequado citar as seguintes ementas:

HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE DO AGENTE EVIDENCIADA NO MODUS OPERANDI DO DELITO. **GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE.** ORDEM DENEGADA. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a determinação de segregação do réu, antes de transitada em julgado a condenação, deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (*periculum libertatis*), à luz do disposto no art. 312 do CPP. 2. **O Juízo singular apontou concretamente a presença dos vetores contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, indicando motivação suficiente para justificar a necessidade de colocar o paciente cautelarmente privado de sua liberdade, ao evidenciar sua periculosidade a partir da própria maneira como foi praticada a conduta.** 3. Ordem denegada. (BRASIL, STJ - HC: 310129 PA 2014/0311941-9, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Diário de Justiça, Brasília, 10 mar. 2015) (Grifo nosso)

Habeas Corpus Lei Maria da Penha - Suposta prática dos delitos descritos nos artigos 129, § 9º, 147, 163, 121, na forma do artigo 14, inciso II, todos do Código Penal - Decisão que converteu a prisão em flagrante do paciente em preventiva suficientemente **fundamentada Necessidade da custódia cautelar para garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e, sobretudo, preservação da integridade física das vítimas** Inexistência de constrangimento ilegal a recair sobre o paciente Denegação da ordem. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça SP - HC: 21960082820148260000 SP 2196008-28.2014.8.26.0000, Relator: Borges Pereira, Diário de Justiça, São Paulo, 16 dez. 2014) (Grifo nosso)

Nos julgados acima do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo, vê-se a escolha pela regra da ponderação de valores, vez que os magistrados optaram por afastar do acusado a proteção da presunção de inocência, em detrimento de outro interesse fundamental: a paz pública, no primeiro caso, e também na conveniência da instrução criminal e integridade física das vítimas, no segundo. No entanto, o magistrado, em ambos os casos, justificou legalmente sua decisão em outros valores também insculpidos na Constituição Federal de 1988, a exemplo da segurança e paz pública e da integridade física da vítima.

Finalmente, invocando novamente o jurista Wilson Antônio Steinmetz para firmar que, diante da realização da técnica da ponderação de valores constitucionais, não é

possível chegar em apenas um resultado possível correto, ou a uma resposta correta, até porque cuida-se de um processo aberto, em que a todo momento acomodar-se-á novas argumentações frente ao caso concreto. Constituirá encargo do magistrado, no entanto, frente a um confronto entre direitos fundamentais, adotar a técnica hermenêutica, apoiando-se aos critérios legais, doutrinários e jurisprudenciais que autorizam beneficiar alguns direitos em detrimento de outros, a todo momento observando arígiosa fundamentação. (STEINMETZ, 2001, p. 215.)

Assim, não há dúvidas que os conflitos presentes entre estado de inocência e prisão cautelar têm que pautar-se sob o manto da ponderação de valores, posto que essa técnica é a que, a priori, melhor atende os ditames constitucionais, vez que a interpretação da Constituição como um todo, metodicamente, não privilegiando apenas um interesse fundamental em detrimento de outro, quem sabe em detrimento de outros. (RODRIGUES, 2010)

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

Apesar já ter sido explanado decorrer deste trabalho, determinados julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, adequado se faz reaver alguns entendimentos desses Tribunais com o objetivo de findar a discussão aqui cometida. Vejamos:

PRISÃO CAUTELAR. INCONSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS EM QUE SE APÓIA A QUE A DECRETOU: GRAVIDADE OBJETIVA DO CRIME, NÃO-VINCULAÇÃO DO RÉU AO DISTRITO DA CULPA E RECUSA DO ACUSADO EM APRESENTAR A SUA VERSÃO PARA OS FATOS DELITUOSOS. INCOMPATIBILIDADE DESSES FUNDAMENTOS COM OS CRITÉRIOS FIRMADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL. DIREITO DO INDICIADO/RÉU DE NÃO SER CONSTRANGIDO A PRODUZIR PROVAS CONTRA SI PRÓPRIO. DECISÃO QUE, AO DESRESPEITAR ESSA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL, DECRETA A PRISÃO PREVENTIVA DO ACUSADO. INADMISSIBILIDADE. NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. DOCTRINA. PRECEDENTES. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. - **A privação cautelar da liberdade individual ' qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia e prisão resultante de condenação penal recorrível)' não se destina a infligir punição antecipada à pessoa contra quem essa medida excepcional é decretada ou efetivada.** É que a ideia de sanção é absolutamente estranha à prisão cautelar ('carcer ad custodiam'), que não se confunde com a prisão penal ('carcer ad poenam'). Doutrina. Precedentes. - A utilização da prisão cautelar com fins punitivos traduz deformação desse instituto de direito processual, eis que o desvio arbitrário de sua finalidade importa em manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal. Precedentes. - **A gravidade em abstrato do crime não basta, por si só, para justificar a privação cautelar da liberdade individual do suposto autor do fato delituoso.** O Supremo Tribunal Federal tem advertido que a natureza da infração penal não se revela circunstância apta a legitimar a prisão cautelar daquele que sofre a persecução

criminal instaurada pelo Estado. Precedentes. - **A ausência de vinculação do indiciado ou do réu ao distrito da culpa não constitui, só por si, motivo autorizador da decretação da sua prisão cautelar. Precedentes. - A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a autoincriminação, especialmente aquela exposta a atos de persecução penal.** O Estado - que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus como se culpados fossem (RTJ 176/805-806) - também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512). Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para efeito de perícia criminal. [...] (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 96219 SP. Relator: Celso de Mello. Diário de Justiça, Brasília, 09 out. 2008) (Grifo nosso).

A decisão acima do Supremo Tribunal Federal, de outubro de 2008, prontamente mostrava os fundamentais pontos abordadoscujo esta Corte Constitucional tem firmado entrosamento a respeito da prisão cautelar e presunção de inocência. Apresenta-se:

- a) A privação cautelar da liberdade individual não se destina a infligir punição antecipada à pessoa contra quem essa medida excepcional é decretada ou efetivada;
- b) 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;
- c) 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;
- d) A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a autoincriminação, especialmente aquela exposta a atos de persecução penal.

No entanto, são assuntos já relatados no transcorrerdeste trabalho e que vêm se tornando firme, já há algum tempo, como jurisprudência influente no Supremo Tribunal Federal.

Em fevereiro de 2016, um julgado mais recente, disse a Suprema Corte, no Habeas Corpus 126.292, que uma condenação em segundo grau de jurisdição (Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal) pode ser executada imediatamente, sem necessidade de aguardar-se o exame de recursos ao Superior Tribunal de Justiça e ao STF

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HABEAS CORPUS 126.292 São Paulo, Relator : Min. Teori Zavascki, Diário de Justiça, Brasília, 17 fev. 2016)

No julgado acima, o Min. Teori Zavascki afirma que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.” (BRASIL, 2016). Dessa forma, está associado o juízo do Supremo Tribunal Federal de que, momento em que perfeitamente fundamentada pelo magistrado, a prisão cautelar não se mostra inconstitucional, não afrontando, no entanto, o princípio da presunção de inocência.

O Superior Tribunal de Justiça ainda possui de orientação jurisprudencial parecida, conforme se depreende da análise desses julgados:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. **NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.** MODUS OPERANDI. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. **Não é ilegal o encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar para garantia da ordem pública.** 2. Hipótese em que se negou o direito de recorrer em liberdade, fundamentalmente, diante do modus operandi do delito, que revelaria a periculosidade do recorrente. De fato, trata-se de tráfico de grande quantidade de droga (62.679g de maconha, 8.510g de cocaína, 290g de cocaína e meio tablete de pasta-base de cocaína). 3. Recurso ordinário a que se nega provimento. (BRASIL. STJ - RHC: 43660 PR 2013/0408259-3, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Diário de Justiça, Brasília, 21 out. 2014).

Compreende-se que a decretação da prisão preventiva não se opõe com a garantia da presunção de inocência, em vista da presença dos requisitos que fundamentam aquela medida cautelar e desde que manifesta sua necessidade concreta.

Mais uma ementa que confirma o que acima se sugeriu:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO, LATROCÍNIO TENTADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. **NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PERICULOSIDADE CONCRETA DO ACUSADO. MODUS OPERANDI. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RECURSO DESPROVIDO.** 1. **A imposição da custódia preventiva encontra-se**

suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, in concreto, a especial gravidade da conduta, evidenciada pelo modus operandi do delito. Precedentes. 2. No caso, o Recorrente foi condenado às penas de 16 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 300 dias-multa, pela prática dos crimes de roubo circunstanciado, latrocínio tentado e corrupção de menores, pois, com outro Corréu e dois Adolescentes, utilizando-se de armas de fogo, praticaram os delitos, que resultou na morte de uma das vítimas, policial militar, o que evidencia a periculosidade concreta do Recorrente, a justificar a medida constritiva. 3. Aplicável o entendimento de que "[...] Não há lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar". (STF, HC 89.824/MS, 1.ª Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe de 28/08/2008.) 4. Recurso desprovido. (BRASIL. STJ - RHC: 44886 GO 2014/0018180-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 06/05/2014, T5 – Quinta Turma, Diário de Justiça, Brasília, 13 mar. 2014).

Abrange-se principalmente a direção do Superior Tribunal de Justiça de que o clamor social, nem mesmo o simples juízo qualitativo sobre a gravidade ampla do delito é capaz de formar-se fundamento razoável para a decretação da prisão cautelar, sob pena de antecipar-se a condenação.

Assim sendo, de um modo geral, parece não existirdesacordos entre as duas Cortes, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, a respeito dos critérios a serem notados pela prisão cautelar a fim de comprovar-se constitucional. A Lei 12.403/2011 veio para fixar esses entendimentos, permitindo ao julgador novas medidas cautelares diversas da prisão.

No que lhe diz respeito, é trabalho do julgador, diante da necessidade evidenciada no caso concreto, adotar o método da ponderação dos valores, fazendo valer o texto constitucional, de modo a valer-se o direito fundamental mais ressaltante naquele momento, mesmo que em detrimento de outro.

O assunto principal residirá na necessidade de fundamentação prática, 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; (BRASIL, Constituição Federa de 1988, 2011)

Apoiado a fundamentação jurídica pertinente e legalmente estatuída, evacuada de qualquer subjetividade que infame seu caráter, a prisão cautelar confirmará sua

constitucionalidade, separando, assim, qualquer suspeita de agressão ao princípio constitucional da presunção de inocência.

5 CONCLUSÃO

A finalidade do trabalho era evidenciar o sistema processual penal vigente, no que fere ao procedimento cautelar, nomeadamente a prisão cautelar e seus aspectos em face do princípio constitucional da presunção de inocência.

Assim, a maioria dos autores e julgadores entende, conforme abordado neste trabalho, que a antecipação cautelar da prisão não se revela incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, contanto que se verifiquem os pressupostos legais para a antecipação da prisão e, sobretudo, se avalie sobre sua real necessidade, uma vez que a regra é a liberdade do acusado.

No entanto, a autoridade competente pode, em eventos extraordinários, propriamente motivados e fundamentados nas provas do processo, aderir a critérios que antecipem a restrição da liberdade individual. Nessas ocorrências, o magistrado se incorporara precisamente às formalidades legais e à real necessidade de fixação da medida cautelar, demonstrando o detrimento estatal do direito de punir, tal qual a efetiva implicância à sociedade na decorrência da não decretação do recolhimento do agente. Ao aplicar uma prisão cautelar, o magistrado deve necessariamente fundamentar sua decisão regrado em provas trazidas no processo, incluindo os fatos dos autos aos requisitos apresentados na lei, como indispensáveis ao seu cumprimento.

Devido a chegada da Lei 12.403/2011, medidas cautelares diversas da prisão poderão ter aplicabilidade no processo penal. Dessa forma, o artigo 319 do diploma processual penal, com redação dada pela referida legislação, traz diversas séries de medidas cautelares, opostas da prisão, que poderão ser aplicadas ao agente, evitando muito das vezes a medida extrema. Assim, mantém-se novamente demonstrada a excepcionalidade da prisão cautelar, que deverá ser aplicada somente em último recurso, quando não se logre êxito com as demais medidas cautelares presentes pela redação dada pela Lei 12.403/2011.

Ao associar com tal conclusão, o parágrafo sexto do artigo 282 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 12.403/2011, conduz: “§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).” Dessa forma, a prisão cautelar persistiu ainda mais restrita pela nova redação dada pela referida legislação, posto que se beneficiam de demais medidas cautelares, contrárias da prisão, como maneira de garantir a instrumentalidade do processo.

Em contraparte, qualquer segregamento cautelar imposto ao acusado, sem a necessária motivação e fundamentação das hipóteses e a presença dos elementos necessários ao persuasão do julgador, será vista como medida antecipatória da pena, ofendendo expressamente o princípio da presunção de inocência.

No ensejo do trabalho que aqui se desempenhou, nota-se a conjuntura de dois direitos que não necessariamente se confrontam: o direito do membro da sociedade de ser presumido inocente e o direito estatal de garantir a eficiência do processo penal, impedindo o *periculum in mora*, com a pretensão de buscar a justiça e a proteção social.

Com consequência das restrições apresentadas pela própria legislação, torna-se admissível o convívio harmônico entre o princípio da presunção da inocência e o instituto da prisão processual cautelar. Contudo, deve ser realizado, necessariamente, conforme já abordado, a obrigatória observação dos pressupostos e requisitos legalmente exigidos.

Finalmente, salienta-se que o questionamento teórico adotado neste trabalho não tenciona findar ou limitar o debate a respeito da temática. Perante da complexidade, contemporaneidade e importância do tema, sempre há dimensão para a procura de novas vertentes e novas reflexões na busca da efetivação dos direitos da pessoa humana, da redução das desigualdades e da efetivação da justiça.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righilvahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

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

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/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Constituição Imperial de 1824, **Diário Oficial da União**, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 04/09/2017.

_____. **Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão de 1789**. Disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em 13 set. 2017.

_____. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. p. 1. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em: 22 ago. 2017.

_____. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21dez. 1989.

_____. **Pacto de San José da Costa Rica**. Site Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em 02 set. 2017.

_____. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Site Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em 02 set. 2017.

_____, Superior Tribunal de Justiça- AgRg no RHC: 41067 MG 2013/0325612-5, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data de Julgamento: 17/12/2013, Quinta Turma, Diário de Justiça, Mias Gerais, 19, Dez. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça - AgRg no REsp: 800571 AC 2005/0197782-2, Relator: Ministro PAULO GALLOTTI, **Diário de Justiça**, Brasília, 26 mai. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça - HC: 39443 BA 2004/0158978-7, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, **Diário de Justiça**, Brasília, 12 set. 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus 201495 SP 2011/0065067-1. Relator: Marco Aurélio Bellizze. **Diário de Justiça**, Brasília, 07 fev. 2012.

BRASIL.Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus 211700 CE 2011/0152555-5. Relator: Gilson Dipp. **Diário de Justiça**, Brasília, 14 fev. 2012.

_____.Superior Tribunal de Justiça - HC: 310129 PA 2014/0311941-9, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, **Diário de Justiça**, Brasília, 10 mar. 2015

_____.Superior Tribunal de Justiça - RHC: 43660 PR 2013/0408259-3, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, **Diário de Justiça**, Brasília, 21 out. 2014.

_____.Superior Tribunal de Justiça - RHC: 44886 GO 2014/0018180-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 06/05/2014, T5 – Quinta Turma, **Diário de Justiça**, Brasília, 13 mar. 2014.

_____.Superior Tribunal de Justiça - AgRg no RHC: 34248 PI 2012/0226774-0, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, **Diário de Justiça**, Brasília 05 fev. 2013.

_____.Superior Tribunal de Justiça - RHC: 51891 SP 2014/0244372-0, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, **Diário de Justiça**, Brasília, 09 jun. 2015.

_____.Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 101248. Relator: Luiz Fux. **Diário de Justiça**, Brasília, 21 jun. 2011.

_____.Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 102368. Relator: Celso de Mello. **Diário de Justiça**, Brasília, 29 jun. 2010.

_____.Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 102732. Relator: Marco Aurélio. **Diário de Justiça**, Brasília, 04 mar. 2010.

_____.Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 102974. Relator: Ellen Gracie. **Diário de Justiça**, Brasília, 14 dez. 2010.

_____.Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 112071 SP. Relator: Celso de Mello. **Diário de Justiça**, Brasília, 27 fev. 2012. DJe 01 mar. 2012.

_____.Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 80379. Relator: Celso de Mello. **Diário de Justiça**, Brasília, 17 dez. 2000. DJ 25 maio 2001.

_____.Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 80719 SP. Relator: Celso de Mello. **Diário de Justiça**, Brasília, 26 jun. 2001.

_____.Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 84078. Relator: Eros Grau. **Diário de Justiça**, Brasília, 05 fev. 2009. DJe 26 fev. 2010.

_____.Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 89501 GO. Relator: Celso de Mello. **Diário de Justiça**, Brasília, 11 dez. 2006. DJe 16 mar. 2007.

_____.Supremo Tribunal Federal, HABEAS CORPUS 126.292 São Paulo, Relator : Min. Teori Zavascki, **Diário de Justiça**, Brasília, 17 fev. 2016.

_____.Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 93477/RJ. Relator: Cezar Peluso. **Diário de Justiça**, Brasília, 10 mar. 2009.

_____.Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 95460. Relator: Joaquim Barbosa. **Diário de Justiça**, Brasília, 31 ago. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 96182. Relator: Menezes Direito. **Diário de Justiça**, Brasília, 02 dez. 2008. DJe 20 mar. 2009.

_____.Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 96219 SP. Relator: Celso de Mello. **Diário de Justiça**, Brasília, 09 out. 2008.

_____.Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 93477/RJ. Relator: Cezar Peluso. **Diário de Justiça**, Brasília, 10 mar. 2009.

_____.Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 95.460, Relator: Joaquim Barbosa. **Diário de Justiça**, Brasília, 31 ago. 2010.

_____.Supremo Tribunal Federal - RHC: 94677 MG, Relator: MENEZES DIREITO, **Diário de Justiça**, Brasília, 31 mar. 2009.

BRASIL.Supremo Tribunal Federal - MC HC: 146818 ES - ESPÍRITO SANTO 0008768-30.2017.1.00.0000, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 18/09/2017, Data de Publicação: DJe-213 **Diário de Justiça**, Brasília, 20 set. 2017.

_____.Supremo Tribunal Federal – Habeas Corpus 94677, Relator: Menezes Direito, **Diário de Justiça**, Brasília, 31 mar. 2009.

_____.Supremo Tribunal Federal. HC 121614 / SP - SÃO PAULO. HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, **Diário de Justiça**, Brasília, 08 set. 2015.

_____.Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão 572994. Relator: Humberto Adjuto Ulhôa, **Diário de Justiça**, Brasília, 15 mar. 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: <<https://jus.com.br/artigos/162/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-e-sua-repercussao-infraconstitucional>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

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.br/2011/05/lei-n-124032011-prisao-cautelar-ficou.html>>. Acesso em: 11 set. 2017.

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.

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

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

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5 ed. Salvador, JusPodivm, 2017.

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 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/seer/index.php/op/article/viewFile/Op_3.3_2008_83-110/173>. Acesso em: 28 set. 2017

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

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça SP - HC: 21960082820148260000 SP 2196008-28.2014.8.26.0000, Relator: Borges Pereira, **Diário de Justiça**, São Paulo, 16 dez. 2014.

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.