

PRISÃO PROVISÓRIA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

RODRIGO MORAES SÁ¹

RESUMO

O estudo da razão da prisão provisória é pertinente no atual contexto de violência vivido pela sociedade, que estimulada pela mídia, busca soluções repressivas que tendem a suprir direitos e garantias fundamentais, dentre eles, o princípio da presunção da inocência, rompido com o uso da cautelar pessoal. A crise da atual política criminal decorre da violência estatal e estrutural que descontextualiza os conflitos sociais, transformando-os em conflitos individuais, através de desvios de conduta, previamente criminalizados. Ao considerar tal assertiva, vincula-se a violência individual à violência comum e a uma política de segurança pública repressiva como instrumento de contenção da crescente crise social. A Constituição Federal, apesar de ter formalmente garantido os direitos fundamentais à liberdade e à igualdade, não se instrumentalizou com os meios essenciais à sua efetivação, sendo desconstituída pelo processo econômico de exclusão. Apesar de a carta constitucional priorizar uma política voltada à defesa da liberdade e dos direitos fundamentais do acusado, o grande problema no processo penal concentra-se na sua origem e na sua aplicação, face ao comprometimento ideológico do poder legislativo e judiciário. O processo penal é um instrumento de defesa social. Por essa razão, a grande dificuldade em incorporar substancialmente normas, princípios e garantias individuais. Essa leitura revela-nos a razão do descaso dos nossos legisladores e julgadores em relação à preservação do princípio da presunção da inocência e de sua aplicação como princípio reitor da opção política do legislador constituinte, na formulação de um sistema processual acusatório, de um processo penal de garantias. Assim, a ponderação entre o bem comum e os direitos individuais fundamentais em cada caso, é fundamental para que se possa cogitar da solução, sem malferir direitos constitucionalmente estabelecidos. Diante da situação apresentada, a importância do trabalho resume-se em demonstrar a conciliação entre o interesse social repressivo e as novas perspectivas sociais e políticas, através de uma análise a respeito dos requisitos e pressupostos autorizadores das principais modalidades de prisões provisórias, de forma ampla, em consonância com os princípios constitucionais, especialmente com o princípio da presunção de inocência.

Palavras-Chave: prisão provisória; prisão em flagrante; prisão preventiva; prisão temporária; presunção de inocência.

¹ Procurador do Município de Diadema, Advogado militante nas áreas de Direito Civil e Penal, Articulista, Parecerista, Pós-graduado com especialização em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Paulista de Direito, Pós-graduado com especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Cidade de São Paulo.

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO.....	03
2 – PRISÃO PROVISÓRIA.....	04
2.1 – Prisão em Flagrante.....	06
2.1.1 – Natureza Jurídica.....	06
2.1.2 – Espécies de Flagrante.....	07
2.2 – Prisão Preventiva.....	10
2.2.1 – Pressupostos.....	11
2.2.2 – Fundamento.....	12
2.3 – Prisão Temporária.....	14
3 – PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	16
3.1 – Direito de punir em confronto com a liberdade individual	16
3.2 – Princípio da presunção de inocência.....	17
3.3 – Prisão cautelar e presunção de inocência.....	20
4 – CONCLUSÃO.....	23
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....	25

1 – INTRODUÇÃO

Desde que o legislador constituinte de 1988 consagrou a presunção de inocência na vigente ordem constitucional brasileira, afirmando que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (artigo 5º, LVII), instalou-se a discussão acerca da subsistência ou não das prisões provisórias, decretadas no curso ou mesmo antes do processo, em face daquele preceito. O referido dispositivo constitucional surgiu como um elemento complicador, instalando uma possível incompatibilidade entre os institutos da custódia provisória, ou prisão antecipada dos acusados, e aquele princípio liberal da não culpabilidade.

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 “por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” (artigo 5º, LXI), sem fazer qualquer restrição à oportunidade processual de tal medida cautelar.

A problemática está presente justamente nesta questão, ou seja, como conciliar e harmonizar a decretação de prisões cautelares, sem que tais medidas induzam culpa ou constituam cumprimento antecipado de pena.

Dessa forma, se fez necessária a realização de um estudo do tema com o escopo de demonstrar que as prisões cautelares devem ser decretadas apenas quando tal medida se mostrar estritamente necessária e em caráter excepcional. As prisões provisórias não devem ser utilizadas indiscriminadamente, como instrumentos de punição e controle da sociedade pelo Estado. Aliás, essa é uma decorrência do princípio liberal de inocência, que impede seja dispensado ao réu ou indiciado, o mesmo tratamento que se dispensa aos condenados, impondo-lhes prisões provisórias com caráter punitivo.

Para tanto, elaboramos, num primeiro plano deste trabalho, as noções preliminares das enunciações normativas referentes as prisões provisórias que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico para a sua aplicação.

No âmbito específico das modalidades de prisões cautelares, apontamos de maneira geral as principais e mais utilizadas espécies de cautela que incidem sobre a própria liberdade do indivíduo, umas com o propósito de assegurar a completa realização da prova, outras com o fim de garantir a efetiva aplicação da lei penal.

Naquilo que se poderia considerar a parte final do trabalho, procuramos consolidar uma visão estrutural do processo e realizamos um estudo das liberdades públicas fundamentais, com a incursão, em especial, no princípio da presunção de inocência, buscando justificar a manutenção da prisão provisória, sem que tal medida viole o referido princípio.

No desenvolvimento da pesquisa incursionou-se por correntes doutrinárias que hodiernamente se apresentam cada vez mais restritivas à solução de aprisionamento em massa, não deixando de procurar observar o Direito Penal e Processual sistematizados, além da Constituição Federal.

2 – PRISÃO PROVISÓRIA

A prisão provisória é também conhecida como prisão cautelar de natureza processual, consistindo em uma restrição aguda da liberdade física individual, para garantir a efetividade processual penal.

Neste âmbito de limitação do direito individual, o cárcere *ad custodiam* é utilizado com o escopo de propiciar o êxito do julgamento do processo, e aplicação das sanções cominadas em lei. É uma garantia de que se reveste o ordenamento jurídico, justamente para que suas determinações sejam executadas de maneira correta e justa. As medidas cautelares penais se prestam a garantir o bom funcionamento da função jurisdicional estatal na esfera criminal.

A utilização da prisão provisória é justificada por parte da doutrina sob o fundamento da imprescindibilidade de se garantir a participação do réu no processo penal, de modo que o interesse predominante, determinante dos provimentos coercitivos de caráter pessoal, seria aquele de assegurar a presença do acusado aos atos do processo, e eventualmente a disponibilidade para a execução da pena imposta.

Ao lado desse embasamento, surge concomitantemente, o argumento que preconiza a prisão cautelar como garantidora da defesa social, caracterizada como uma prevenção que deve ser levada a efeito quando se opera uma afronta a um bem jurídico de natureza coletiva.

Para que haja o deferimento das medidas cautelares no ordenamento jurídico brasileiro é necessário a comprovação da existência dos pressupostos fundamentais, tais como o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, que no âmbito processual penal são o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. A primeira condição é bem colocada de acordo com as palavras de Fábio Ramazzini Bechara:

(...) o *fumus commissi delicti*, consiste na necessidade da medida encontrar-se assentada em base probatória mínima, traduzida em graves indícios e culpabilidade. A verificação da presença destes graves indícios constitui o pressuposto indispensável para adoção de qualquer medida restritiva da liberdade da pessoa²

² BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros, 2005. p.147.

No tocante a segunda condição, segundo o entendimento de Fábio Ramazzini Bechara, “o *periculum libertatis* manifesta-se pela fundada presunção de que a liberdade do indiciado possa afetar a tutela do objeto material da persecução criminal”³.

Consolidada por normas processuais penais, a prisão provisória ganha contornos de legitimidade, e como consequência, apresenta razão de existência quando é calcada no princípio do devido processo legal e presunção de inocência. Weber Martins Batista leciona que:

o ‘status’ de inocência do (...) indiciado não permite a imposição de qualquer restrição à sua liberdade, que não seja absolutamente necessária. A prisão provisória, não sendo uma pena antecipada, só assim se justifica. A liberdade provisória é um direito, (...) não um simples benefício⁴.

Nesta linha de raciocínio, para que a intervenção no *status libertatis* do indivíduo seja possível é absolutamente indispensável o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo que incidem sobre o processo e a motivação da decisão judicial que restringiu o respectivo direito. Conforme as palavras de Guilherme Souza Nucci:

A prisão cautelar, em si mesma, não foi vedada pelo texto constitucional de 1988, ao contrário, nele encontra lastro. Porém, a busca pelo equilíbrio entre os interesses individuais, que falam pela liberdade, e os interesses da sociedade, que buscam a segurança, é o ideal a ser perseguido⁵.

Consoante entendimento majoritário da doutrina, a nossa legislação elenca cinco modalidades de prisão cautelar, a saber, a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão temporária, a prisão decorrente de pronúncia e a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível. Assim deve-se compreender, pois o constituinte expressamente delegou ao legislador ordinário a competência para estabelecer as hipóteses de prisão cautelar.

A partir de agora, passaremos a traçar um panorama geral das principais modalidades de custódia provisória, quais sejam, a prisão em flagrante delito, prisão preventiva e prisão temporária.

³ *Ibidem*. p. 149.

⁴ BATISTA, Weber Martins. *Liberdade provisória*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 117-118.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *A prisão cautelar e a Constituição de 1988*. Jornal carta forense, 2008.

2.1 – PRISÃO EM FLAGRANTE

A expressão flagrante encontra sua origem na verbo latim *flagare*, significando aquilo que arde, queima, resplandece. A situação daquele que é surpreendido praticando o delito é composta por dois elementos, a saber: a atualidade, que revela a ocorrência de um fato patente e irrecusável; e a prova, constituindo uma certeza plena acerca da sua existência e autoria.

Na lição de Vicente Greco Filho, “o flagrante é a situação, prevista na lei, de imediatidade em relação a prática da infração penal que autoriza a prisão, independentemente de determinação judicial.”⁶

A prisão em flagrante é a única exceção, prevista pela Constituição Federal (art. 5º, LXI), de que qualquer prisão realizar-se-á por ordem escrita, sendo permitida, portanto, para fazer cessar a prática delituosa e a perturbação da ordem jurídica, com o escopo de resguardar a prova da materialidade do fato e respectiva autoria, funcionando como um mecanismo de defesa da coletividade.

De maneira quase completa, Hélio Tornaghi cita como fundamentos da prisão em flagrante, a exemplaridade (serve de advertência aos maus); a satisfação (restitui a tranquilidade aos bons); o prestígio (restaura a confiança na lei, na ordem jurídica e na autoridade); frustrar o resultado (evitar a consumação do crime ou, pelo menos, o seu exaurimento); e proteger o preso contra a exasperação do povo.⁷

Fernando da Costa Tourinho Filho, complementa a idéia afirmando que a prisão em flagrante justifica-se “a fim de que a autoridade competente, com presteza, possa constatar a realidade fática, colhendo sem tardança a prova da infração, seja a parte *objecti*, seja a parte *subjecti*.”⁸

2.1.1 – NATUREZA JURÍDICA

Como já exposto, dentre as espécies de prisão, destaca-se a prisão processual, objeto do presente trabalho que é a prisão cautelar, caracterizando-se por um poder que advém da soberania

⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 4.ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 266.

⁷ TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. III, p. 50.

⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 28.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. III. p. 438.

Estatual e que visa a aplicação da lei penal.

A prisão em flagrante é um ato administrativo, pois se qualifica como sendo uma manifestação unilateral de vontade da administração pública que tem por fim imediato resguardar e declarar direitos, tanto do autor do delito quanto da sociedade. É, também, um ato emanado do poder de polícia que detém o Estado, dado o seu caráter administrativo que corresponde à atividade estatal consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício da comunidade.

Daí se infere que a prisão em flagrante, assim como a prisão preventiva, são medidas cautelares, sendo indispensável à coexistência dos pressupostos exigíveis para tais medidas, que são o *fumus boni juris* e *periculum in mora*. Quanto o primeiro, exterioriza-se pela prática do próprio delito que é evidente, inescusável. Quanto ao segundo, justifica-se para assegurar, tanto o trâmite como o resultado final do processo, além de manter a ordem pública e garantir a aplicação da lei penal.

2.1.2 – ESPÉCIES DE FLAGRANTE

Embora a situação de flagrância seja aquela em que o agente está perpetrando o crime (flagrante próprio), a lei consagra outros tipos de flagrante, a saber: flagrante impróprio ou quase flagrante e flagrante presumido.

Considera-se em flagrante próprio, real, quem está cometendo a infração penal e quem acaba de cometê-la. A lei igualou duas situações distintas, incluindo-as na modalidade do flagrante próprio.

Na primeira modalidade o agente está praticando atos de execução do crime. Analisando o tema, escreve José Frederico Marques que neste caso:

surpreende-se o delinqüente em plena ação. Há, aí, ou flagrante parcial, ou flagrante total. Este último se dá quando o crime é percebido por alguém em seu inteiro desenvolvimento, enquanto que o primeiro ocorre se apenas uma parte do *iter criminis* é assistida por alguma pessoa.⁹

⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Editora Millennium, 2000. v. IV, p. 72.

É ainda flagrante quando acaba de cometê-la. Já houve a prática dos atos de execução, advindo conseqüentemente o resultado de dano ou de perigo. Aqui a ação é finalizada, havendo necessidade de uma relatividade quanto ao espaço temporal, que deve ser pequeno. Esse tempo entre o cometimento do crime – acaba de cometer – e a surpresa para ser flagrante tem de ser logo a seguir. Pertinentes as observações de Valdir Sznick, ao fazer referências ao caso de quem está cometendo ou acaba de cometê-la:

No está cometendo o flagrante tem caráter de simultaneidade (ocorre no mesmo tempo – o cometimento do crime e o flagrante); já no caso de quem acaba de cometer estamos diante de uma contemporaneidade relativa e não mais atualidade, daí dever ser mínimo o tempo entre o completar a ação – acaba de cometer, indica ação terminada, o *iter criminis* aperfeiçoado.¹⁰

A hipótese do inciso I é a única de verdadeiro flagrante. As outras três são algo análogo ao flagrante, quase-flagrante, isto é, como que flagrante. A lei sabe que na realidade não há flagrante, mas as trata como se flagrante houvesse. Em outras palavras, ela finge que há flagrante. Como se diz, há uma ficção jurídica¹¹.

Dispõe o art. 302, III do Código de Processo Penal que se considera em flagrante delito quem é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração, estabelecendo o que se denomina de quase-flagrante ou flagrante impróprio. A maior dificuldade encontra-se na interpretação da expressão “logo após”, que segundo jurisprudência de nossos tribunais é o tempo que corre entre a prática do delito e a colheita de informações a respeito da identificação do autor, que passa a ser imediatamente perseguido após essa rápida investigação procedida por policiais ou particulares.

Em exposição clara e concisa, Vicente Greco Filho disserta a respeito do tema, anotando que:

para que o flagrante seja legítimo nesse caso, é necessário que a perseguição se inicie imediatamente após o fato e que seja contínua até a efetivação da prisão. Haverá continuidade se o agente não teve, em nenhum momento, condições de decidir sobre o seu paradeiro, ou seja, se permanentemente ficou submetido à perseguição. Às vezes há dificuldades práticas probatórias de se aferir a continuidade da perseguição, mas é ela indispensável à legitimidade do flagrante. Não há tempo legalmente determinado para a perseguição, mas,

¹⁰ SZNICK, Valdir. *Liberdade, prisão cautelar e temporária*. 2. ed. São Paulo: Leud. 1995, p. 363.

¹¹ TORNAGHI, Hélio. Ob.cit., p. 52.

quanto maior o tempo, mais difícil fica a caracterização da continuidade. Não quebra a continuidade a substituição ou alternância de perseguidores, desde que não haja interrupção da perseguição¹².

Por fim, consagra o inciso IV do art. 302 do Código de Processo Penal, outra espécie de flagrante, na hipótese de ser o autor do fato encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração, no que se denomina flagrante presumido ou ficto. O sujeito não é perseguido, mas encontrado com as coisas resultantes do crime, que fazem com que sobre ele incida um forte indício da autoria do delito.

Imprescindível é, assim, que em rápida diligência, após praticada a infração, o delinqüente seja descoberto e preso por trazer consigo “instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.”¹³ Referida situação deve ser observada com maior rigor, pois de acordo com a exposição de Valdir Sznick:

o fato de alguém ter o produto do crime não diz ser ele o autor do crime pois pode ser o receptor ou alguém com quem o criminoso deixou as coisas, o mesmo ocorrendo com os instrumentos do crime. Não se prova ser ele o autor, prova-se que pode ser o provável autor ou pelo menos saber quem é o autor. Mas é um elemento muito fraco.¹⁴

No que concerne as locuções adverbiais “logo após” e “logo depois”, Tales Castelo Branco nos ensina que, não havendo a lei fixado extensão temporal, as expressões acima referenciadas só poderão ser interpretadas restritivamente, não podendo o agente haver passado à prática de atos estranhos à infração penal. Tal posição, se apóia na exposição de Garraud, que Tales Castelo Branco cita em sua obra, ensinando-nos:

que resulta formalmente das discussões do projeto de Código de Instrução Criminal no Conselho de Estado, que o momento vizinho do delito não pode ser limitado a priori, quer a vinte e quatro, quer a quarenta e oito horas, quer a qualquer outro número; a lei remete-se à apreciação dos magistrados, quanto ao ponto de saber se, das circunstâncias observadas e verificadas, resulta essa forte presunção de culpabilidade e esse caráter de urgência, que justificam o processo excepcional do flagrante delito. Em todo o caso, a proximidade de tempo do delito é a única condição a que se subordina a quase-flagrância, para aquele que está garantido com os elementos de convicção.¹⁵

¹² GRECO FILHO, Vicente. Ob.cit., p. 267-268.

¹³ MARQUES, José Frederico. Ob.cit., p. 77.

¹⁴ SZNICK, Valdir. Ob.cit., p. 370.

¹⁵ BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante*. São Paulo: Saraiva. 1988, p. 51-52.

2.2 – PRISÃO PREVENTIVA

A expressão prisão preventiva apresenta mais de um sentido. Em *lato sensu* significa a privação da liberdade anterior ao julgamento definitivo. A prisão preventiva *stricto sensu* corresponde aquela decretada pelo juiz, no inquérito ou na instrução criminal.

Esta última, prisão preventiva *stricto sensu*, de que passaremos a cuidar é uma das espécies da prisão processual da qual é gênero, uma vez que toda prisão anterior à sentença penal condenatória definitiva é provisória.

Como medida cautelar que visa resguardar os interesses sociais de segurança é pela maioria da doutrina fortemente criticada e classificada como um mal necessário. Sendo assim, Edgar Magalhães Noronha utiliza-se como fundamento destas críticas, as afirmações de Carrara que se refere à desmoralização de quem não é culpado, à depressão de seu sentimento de dignidade, à diminuição do conceito de que desfruta, à memória que se conserva dessa prisão, enfim a péssima influência psicológica que acarreta ao indivíduo, (CARRARA, *Opuscoli di Diritto Criminale*, 1889, 4º Vol. p. 299.)¹⁶.

A prisão preventiva encontra previsão legal em quase todos os ordenamentos jurídicos, apesar de ser cada vez mais repelida. No âmbito da liberdade, há o direito de liberdade pessoal do indivíduo e o direito de segurança do Estado. Desse confronto de interesses e que vem a atingir o bem mais valioso do cidadão (a liberdade), haverá a necessidade de se proceder uma interpretação restritiva, e sempre uma análise *favor libertatis*, já que essa interpretação adquiri um cunho altamente jurídico, além de ético, devendo respeitar a pessoa humana e a sua dignidade.

A Lei nº 12.403/11, que entrou em vigor em 05/07/2011, introduziu no Processo Penal brasileiro uma gama de medidas cautelares específicas. As inovações propõem uma nova ideologia de maneira a restringir a aplicação da custódia cautelar preventiva, procurando substituí-la por outras medidas acautelatórias menos severas, mas capazes de produzirem efeito similar, em casos onde a restrição abreviada da liberdade se mostre inadequada e desnecessária.

De acordo com este novel, o novo texto legal distinguiu dois tipos de prisão preventiva, sendo a primeira a tradicional, já conhecida pelo sistema pátrio, denominada de autônoma e uma

¹⁶ CARRARA. *Opuscoli di diritto criminale*. 1889, v. IV. p. 299 *apud* Edgar Magalhães Noronha. *Curso de direito processual penal*. 28.ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 222.

nova modalidade, destinada a garantir o cumprimento das medidas cautelares, que vem sendo batizada de subsidiária ou substitutiva.

Na medida em que se criam alternativas à prisão, multiplicam-se as hipóteses de tutelas, especificando-as em medidas menos gravosas, mas às quais empresta efetividade ao garanti-las, em último caso, também com a prisão preventiva, ainda que, neste caso e apenas neste, dispensados os estreitos requisitos do artigo 312, *caput*, e 313 do Código de Processo Penal.

2.2.1– PRESSUPOSTOS

O decreto da prisão cautelar deverá efetuar-se ante “a prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria” (art. 312, *in fine*).

Como preleciona Mirabete, a prova da existência do crime refere-se à materialidade do crime, ou seja, a existência do corpo de delito que prova a ocorrência do fato criminoso (laudo de exame de corpo de delito, documentos, prova testemunhal, etc...).¹⁷ Não bastam meros indícios ou simples presunções sobre a ocorrência do fato delituoso, exigindo a lei exige absoluta segurança quanto a essa realidade fática.

Exige-se também a presença de indícios suficientes da autoria. A expressão indícios está a indicar elemento leve, uma prova fraca; são sinais, mas por serem meras indicações requer-se que os indícios sejam suficientes, ou seja, mais de um indício.

A melhor definição a respeito da suficiência indiciária, extrai-se do ensinamento de E. Magalhães Noronha, que assim afirma:

Não há regra apriorística e imutável que diga da suficiência indiciária, pois cada crime tem sua fisionomia própria. É no caso concreto que o magistrado examinará, medirá e pesará os elementos que devem autorizar a medida, com cautela ou prudente arbítrio, atentando a que se trata de norma de exceção e que, em princípio, não condiz com o regime de liberdades individuais.¹⁸

Verifica-se, portanto, que inexistem regras gerais ou padrões específicos que a definam.

¹⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 385.

¹⁸ NORONHA, Edgard Magalhães. *Ob.cit.*, p. 223

Para a imposição da custódia preventiva faz-se mister que a autoria do fato, se não for conhecida, possa ser ao menos determinada por meio de uma somatória de circunstâncias, que tenham o condão de levar o julgador a uma certeza razoável quanto à autoria do fato típico.

Ao lado desses requisitos, se faz necessário que a decisão seja fundamentada, isto é, haja a indicação dos motivos de fato e de direito, devendo se manifestar a respeito das provas da existência do crime e da autoria. É o que dispõe o artigo 315, do Código de Processo Penal: “O despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado.”

Portanto, no despacho deve-se consignar uma exposição baseada em fatos concretos, sendo insuficiente meras suposições ou alusões como a transcrição dos dizeres legais, genérica referência aos autos ou ainda, indicações negativas quanto ao caráter pessoal do acusado. Daí a lição de Hélio Tornaghi:

o juiz deve ainda mencionar de maneira clara e precisa os fatos que o levam a considerar necessária a prisão para garantir a ordem pública ou para assegurar a instrução criminal ou a aplicação da lei penal substantiva. Não basta de maneira alguma, não é fundamentação, fraudar a finalidade da lei e iludir as garantias da liberdade o fato de o juiz dizer apenas: “considerando que a prisão é necessária para garantia da ordem pública...” ou então “a prova dos autos revela que a prisão é conveniente para a instrução criminal...”. Fórmulas como essas são a mais rematada expressão da prepotência, do arbítrio e da opressão. Revelam displicência, tirania ou ignorância, pois além de tudo envolvem petição de princípio: com elas o juiz toma base exatamente aquilo que deveria demonstrar.¹⁹

2.2.2 – FUNDAMENTO

Tendo em vista que a liberdade do acusado, enquanto não advir sentença penal condenatória definitiva, possa vir a causar distúrbios sociais como por exemplo: voltar a delinquir, constranger testemunhas ou ainda colocar-se em fuga após condenação, é que o legislador no art. 312 do Código de Processo Penal, dispôs que a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou ainda para assegurar a aplicação da lei penal. Fica evidenciado claramente, a presença de um dos requisitos necessários para as medidas cautelares que é o *periculum in mora*.

¹⁹ TORNAGHI, Hélio. Ob.cit., p. 91-92.

Destaca a lei, primeiramente, o aspecto da garantia da ordem pública. Ordem pública é a situação de segurança que se encontra a sociedade em virtude da atuação legal e legítima que a autoridade exerce, com a finalidade de manter o comportamento do cidadão na conformidade das normas de condutas estabelecidas por ela, sociedade, e que por esta razão devem ser respeitadas. Com extrema propriedade, identifica Vicente Greco Filho que:

a garantia da ordem pública tem sentido amplo. Significa a necessidade de se preservar bem jurídico essencial à convivência social, como, por exemplo, a proteção social contra réu perigoso que poderá voltar a delinquir, a proteção das testemunhas ameaçadas pelo acusado ou a proteção da vítima. Ordem pública não quer dizer interesse de muitas pessoas, mas interesse de segurança de bens juridicamente protegidos, ainda que de apenas um indivíduo. Não quer dizer, também, clamor público. Este pode ser revelador de uma repulsa social, indicativa de violação da ordem pública, mas pode, igualmente, significar vingança insufladora da massa ou revolta por interesses ilegítimos contrariados. Caberá ao juiz distinguir as situações.²⁰

Posteriormente, menciona a lei a conveniência da instrução criminal. Por este fundamento, deve-se entender seja extremamente necessário a adoção de tal medida de maneira que sem ela a instrução não se realizaria de maneira eficaz. Como ensina Vicente Greco Filho, simples conveniência ou comodidade não autoriza o decreto de prisão, devendo adotar-se tal medida em caso de necessidade.²¹ Enfim, decreta-se a prisão preventiva, utilizando-se este fundamento, sob os argumentos de evitar que provas sejam destruídas, testemunhas sejam ameaçadas, peritos e agentes judiciários sejam subornados, etc...

Em síntese, a convivência da instrução criminal, relaciona-se sempre com a atividade probante no processo. Atividade essa que depende da colaboração do réu para realizar-se, ou seja, a realização esteja ameaçada intencionalmente por ele. Ambas as hipóteses justificam a custódia preventiva.

Por fim, assinala a lei para a circunstância da segurança de aplicação da lei penal. Pretende-se evitar que o acusado se coloque em fuga tendo em vista eventual condenação. Enfatiza Vicente Greco Filho que:

em princípio, somente se decreta a preventiva se houver prognóstico de cumprimento efetivo de pena privativa da liberdade. Os requisitos dos benefícios

²⁰ GRECO FILHO, Vicente. Ob.cit., p. 276.

²¹ *Ibidem.* p. 275.

penais, como a suspensão condicional da pena ou a prisão-albergue, podem não coincidir com a necessidade da prisão processual, mas, em princípio, se há prognóstico fundado da concessão de um desses benefícios e não há outro motivo legal autônomo (como por exemplo ofensa à ordem pública por ameaça a testemunha), a preventiva não deve ser decretada. Isto porque, salvo motivo independente, não há razão de prisão processual se, condenado definitivamente, esta não se efetivará.²²

2.3 - PRISÃO TEMPORÁRIA

Instituída pela Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a prisão temporária surge como mais uma modalidade de custódia provisória em nosso ordenamento jurídico, voltada a garantir a eficiência da investigação policial, podendo ser decretada a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, ou ainda, de ofício, pelo magistrado.

A maior parte da doutrina critica essa espécie de cautelar pessoal, por entender que a medida viola o princípio da presunção de inocência em detrimento de uma suposta defesa social, criando-se um processo penal de emergência. Paulo Rangel acredita que a prisão temporária é inconstitucional pelo fato de vivermos no Estado Democrático de Direito, não se permitindo que o Estado utilize a prisão para investigar, ou seja, primeiro prender para depois investigar se o indiciado é autor do delito²³.

O artigo 1º elenca as hipóteses de cabimento da prisão temporária: a) quando a prisão é imprescindível para a instrução do inquérito policial (inciso I); b) quando o preso não informar sua qualificação e não possuir domicílio fixo (inciso II) e; c) quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida pelo direito processual penal, de que o indiciado tenha praticado algum dos seguintes crimes: homicídio doloso; sequestro ou cárcere privado; roubo; extorsão; extorsão mediante sequestro; estupro; atentado violento ao pudor; raptó violento; epidemia com resultado de morte; envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal com resultado morte; quadrilha ou bando; genocídio; tráfico de drogas; crimes contra o sistema financeiro. Nos demais crimes, que não estes, não é admitida a prisão temporária, pois que a enumeração é exaustiva, e não exemplificativa. (inciso III).

Isoladamente, nenhuma das razões previstas nos mencionados incisos é suficiente para autorizar a prolação da decisão de encarceramento, sendo necessário a conjugação do inciso III,

²² *Idem, Ibidem.*

²³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 15 ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2008. p. 714.

com as situações expressas nos incisos I e II. Para Antonio Scarance Fernandes, “seria possível a medida constritiva quando, preenchido o requisito do inciso III, estivesse presente também um dos requisitos dos incisos I e II”²⁴.

O artigo 2º da referida Lei, trata do seu prazo de duração, que, em regra, é de 5 dias, prorrogáveis por mais 5 dias, exceto nos casos de crimes hediondos (Lei 8.072/90), em que, segundo o artigo 2º, § 4º, tal prazo será de 30 dias prorrogáveis por mais 30 dias, em casos de extrema necessidade.

²⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 337.

3 – PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Antes de adentrar no tema da presunção de inocência, cumpre inicialmente examinar o contexto de sua inserção no direito e no processo penal, a partir da compreensão dos liames que regem a relação entre o Estado e o indivíduo, expressos no que tange ao direito de punir e as liberdades individuais.

3.1 – DIREITO DE PUNIR EM CONFRONTO COM A LIBERDADE INDIVIDUAL

No escólio de Ada Pellegrini Grinover:

é dentro do processo penal, entendido como instrumento da persecução, que a liberdade do indivíduo avulta e se torna mais nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade jurisdicional”. Prossegue afirmando: “A dicotomia defesa social/direitos de liberdade assume freqüentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação do Estado de sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado se transforma na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas.”²⁵

Com efeito, no campo do processo penal é sempre muito tensa a relação que se estabelece entre a necessidade da *persecutio criminis*, por exigências de defesa social, e os direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Trata-se, na verdade, de uma relação de atrito cujo ponto mais agudo talvez seja extremamente a imposição das medidas cautelares que recaem sobre o direito de liberdade individual.

Nesse confronto entre a repressão e liberdade a doutrina do garantismo penal, expressando tendência claramente progressista, alçou o processo à categoria de verdadeiro instrumento de proteção das liberdades públicas fundamentais. Aliás, o caráter instrumentalista do processo, no âmbito penal, se expressa exatamente aí, nas suas possibilidades de funcionar como meio não apenas de exercício da persecução, mas, sobretudo como mecanismo de efetivação dos direitos e garantias individuais.

No confronto que se estabelece entre a necessidade da defesa social e as liberdades públicas, pela ótica do garantismo penal, o processo deve, antes de tudo, funcionar como

²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 20.

instrumento de defesa dos direitos básicos do indivíduo, com o intransigente respeito ao devido processo legal e as liberdades fundamentais, em que a presunção de inocência assume foros de verdadeira cláusula pétrea do processo penal.

Em resumo, o garantismo penal enxerga no processo penal muito mais uma constelação de normas e princípios destinados à salvaguarda das liberdades públicas fundamentais do indivíduo, do que propriamente um instrumento de apuração de crimes e aplicação de penas. Vale dizer, essa doutrina põe em relevo a função garantista do processo, tido como verdadeiro anteparo do indivíduo contra a ação persecutória do Estado, a fim de se evitar os exageros, os prejuízos e as injustiças que normalmente decorrem do exercício estatal do poder.

3.2 – PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A presunção de inocência exige que, no processo penal, se conceda ao acusado o direito de não ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da condenação.

Cuida-se de regra que, desde seu expresse reconhecimento, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), não mais deixou de fazer parte de todas as modernas constituições.

No tocante à prisão cautelar e à liberdade provisória, nossa Carta Magna, a despeito de prever exceções ao *favor libertatis*, consagra a regra-vetora de que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. (artigo 5º, LXVI, Constituição Federal).

A presunção de inocência se apresenta ora como regra probatória (ou regra de juízo), ora como regra de tratamento do acusado.

Ao funcionar como regra que disciplina a atividade probatória, a presunção de inocência preserva a liberdade e a inocência do acusado contra juízos baseados em mera probabilidade, determinando que somente a certeza pode lastrear uma condenação. Além disso, não se impõe ao acusado à prova da sua inocência, pois é ao órgão acusador que se atribui o ônus de provar a culpa daquele a quem imputa a prática da infração penal.

A presunção de inocência impõe, desse modo, ao órgão acusador o ônus de comprovar as afirmações de responsabilidade penal feitas ao acusado, sob pena de, restando qualquer dúvida sobre o objeto da prova, resolver-se aquela a favor da defesa (*in dubio pro reo*). É dizer, o

acusador afirma a existência de um fato criminoso, atribui sua autoria ao acusado, mas deverá comprovar, sob as regras do devido processo legal que integram a idéia do julgamento justo, que essas afirmações encontram respaldo em provas consistentes, submetidas ao crivo do contraditório, de modo a não restar dúvida além do razoável sobre os fatos atribuídos ao acusado.

Neste aspecto referente ao ônus da prova, ensina Antonio Magalhães Gomes Filho, que as presunções:

importam na dispensa do referido encargo de quem as tem e a seu favor. Assim, incumbindo ao acusador a demonstração da culpabilidade do acusado, qualquer dúvida sobre os fatos arguidos deve levar à absolvição; neste ponto, o princípio examinado confunde-se com a máxima *in dubio pro reo*²⁶.

Como regra de tratamento, o princípio da inocência exige que o acusado seja tratado com respeito à sua pessoa e à sua dignidade e que não seja equiparado àquele sobre quem já pesa uma condenação definitiva. Equivale isso a dizer, no que concerne ao tema objeto deste estudo, que o acusado somente pode ser preso diante de uma imperiosa necessidade, devidamente justificada e apoiada em critérios legais e objetivos, de modo a conferir o caráter realmente cautelar à prisão *ante tempus*.

Com pertinência resumida na orientação de Roberto 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.²⁷

Entretanto, Mônica Ovinski de Camargo ao discorre sobre o princípio da presunção da inocência, lhe atribui tríplice significado, a saber:

1º) em um primeiro momento, pela expressão da DDHC, o acusado não poderia ser tratado como culpado antes da sentença final condenatória. Isso inclui severas limitações a todas as medidas cautelares, no curso do processo penal que importassem em restrições de direitos para os acusados, tais como prisão

²⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. Revista do Advogado. AASP. n° 42, abril de 1994, p. 30.

²⁷ JUNIOR DELMANTO, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2.ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 66.

preventiva sem prazo determinado e formas de antecipação da pena, com os suplícios. A partir dessa formulação instituiu-se a presunção de inocência como regra de tratamento do acusado durante o processo-crime. O Estado enfrentou uma limitação do exercício do *jus puniendi*, na afirmação da necessidade de respeito às liberdades individuais. A relação de confronto entre o poder de persecução penal e a liberdade individual estava, sob um de seus vértices, regulada pela presunção de inocência.

2º) do longo debate entre as Escolas Penais italianas pouco se discutiu sobre o conteúdo da presunção de inocência e sobre suas conseqüências práticas para o processo penal. A verdadeira discussão travada entre os teóricos girava em torno do fundamento do processo penal, se deveria servir como instrumento de defesa da liberdade individual, com a tutela da inocência, ou como meio de defesa da sociedade diante dos atos lesivos dos delinqüentes. Implicava, portanto, uma discussão de fundo sobre os princípios orientadores da direção das normas processuais, que se ocultava sob a aceitação ou não da presunção de inocência, o que de plano indicaria se o fundamento do processo estava no indivíduo ou na sociedade. Nesse sentido, a aceitação da presunção de inocência refere-se a um modelo de processo penal, de matriz liberal, que se preocupa primeiramente em proteger os direitos do indivíduo. Todavia, certo é que a fórmula inscrita na constituição italiana de 1948 remete ao sentido de tratamento do acusado antes da sentença penal irrevogável, que não pode ser considerado culpado.

3º) o exame da presunção de inocência oriunda da DUDH restringe-se ao campo probatório, já que impõe à acusação a tarefa da produção completa das provas acerca da culpabilidade do indivíduo. Além de eximir o acusado da obrigação de produzir provas sobre a veracidade da acusação, implica em sua absolvição incondicional, caso a sua culpa não tenha sido totalmente provada, o que permitiu margem de dúvida para o juiz (*in dubio pro reo*). Ou seja, se persistirem dúvidas sobre a culpa do acusado, ele deve ser absolvido. Portanto, a presunção de inocência refere-se também a uma regra probatória ou de juízo, atuante no decorrer e no deslinde final do processo penal²⁸

Assegurando-se ao acusado o respeito aos seus direitos e dando-lhe a garantia de não ser tratado como culpado antes da condenação definitiva, têm-se as condições mínimas para um processo justo e civilizado. Como acentua Antônio Magalhães Gomes Filho:

se de um lado a própria existência da imputação caracteriza, por si só, uma condição de desvantagem do cidadão em face do poder punitivo estatal, a afirmação constitucional dos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal destina-se a contrabalançar essa carga negativa, indicando ao juiz não apenas uma atitude em face do acusado, ou uma regra de julgamento na hipótese de dúvida, mas o próprio modo pelo qual deve realizar-se a atividade processual, através da integração do direito ao processo com os direitos no processo.²⁹

²⁸ CAMARGO, Mônica Ovinski de. *Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 57/58.

²⁹ FILHO GOMES, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 48.

Não obstante aos vários sentidos deste princípio, nada impede que outros desdobramentos sejam realizados, a partir desse entendimento inicial, conforme as circunstâncias de orientações políticas locais. Entretanto, o peso mais influente para conduzir o alcance e o significado da presunção de inocência está na força interpretativa das decisões judiciais, que contribuem não só para o ajuste ao caso concreto, mas, principalmente, para tornar efetiva a tutela por ela permitida.

3.3 – PRISÃO CAUTELAR E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Desde que o legislador constituinte de 1988 consagrou a presunção de inocência na vigente ordem constitucional brasileira, afirmando que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (artigo 5º, LVII, CF), instalou-se a discussão acerca da subsistência ou não das prisões provisórias, decretadas no curso ou mesmo antes do processo, em face daquele preceito. O referido dispositivo surgiu como um elemento complicador, instalando uma possível incompatibilidade entre os institutos da custódia provisória, ou prisão antecipada dos acusados, e aquele princípio liberal da inocência.

No entender de Luiz Antônio Câmara:

O princípio da presunção de inocência impede que se admitam prisões que importem no reconhecimento da execução antecipada da pena ou que constituam consequência lógica da imputação, como ocorre nos casos de prisão obrigatória, razão pela qual se contrapõe ao princípio a previsão legislativa que nega ao acusado direito à liberdade provisória³⁰.

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” (artigo 5º, LXI, CF), sem fazer qualquer restrição à oportunidade processual de tal medida cautelar. Tal significa dizer que, se a presunção de inocência é princípio com dignidade constitucional, as prisões cautelares também se encontram nesse patamar da hierarquia legislativa, e podem, portanto, conviver perfeitamente com esse princípio dentro do

³⁰ CÂMARA, Luiz Antônio. *Prisão e Liberdade Provisória: Lineamentos e Princípios do Processo Penal Cautelar*. Curitiba: Juruá, 1997. p. 42.

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.

Na leitura de Roberto Delmanto Junior constata-se que:

não é incompatível a presunção de inocência com a realidade, sendo ela expressão, mais do que nunca, do próprio princípio geral de direito do *favor libertatis*, que, através da presunção de inocência, vem tutelar, por via reflexa, não só a liberdade de todos, mas, igualmente, a dignidade moral daqueles que se vêem envolvidos em uma persecução penal, seja ela injusta ou não e, ainda, a dignidade e legitimidade de atuação do próprio Poder Judiciário”. Prossegue afirmando que “dentro desse prisma, considerando a presunção de inocência como uma regra de tratamento, uma orientação política que se consubstancia em um direito público subjetivo, uma presunção constitucional relativa no sentido da não-culpabilidade até que se demonstre cabalmente o contrário, entendemos superada a polêmica acerca de sua admissibilidade.”³¹

Ao lado desse raciocínio eminentemente jurídico, cabe ainda um outro tipo de análise, tal como aquela realizada por Antonio Magalhães Gomes Filho, no sentido de que:

a inscrição da presunção de inocência na Lei Maior, da mesma forma que ocorre em relação a outros princípios do liberalismo, cumpre apenas a função político-retórica de inculcar no cidadão a idéia de que o direito penal é aplicado com observância de todas as garantias para o acusado, considerado inocente antes de uma condenação definitiva.”³²

Trata-se da clássica contradição entre a manutenção da ordem e as exigências de liberdade. Quando essa contradição entre dois valores ou entre situações normativas surgir como uma contradição insuperável, a saída consiste exatamente em produzir um discurso racional, por meio de uma retórica legal mistificadora que possa garantir a adaptação dos princípios problemáticos a quaisquer situações, inclusive àquelas que parecem incompatíveis com esses mesmos princípios.

Por meio desse princípio transmite-se a sensação, algo mistificador, de que o processo realmente se encontra submetido a ditames éticos, que os acusados, quaisquer que sejam as suas origens e condições socioeconômicas, serão sempre tratados com isonomia e considerados inocentes, com todo o respeito que os inocentes merecem, quando, na verdade, essa retórica

³¹ JUNIOR DELMANTO, Roberto. Ob.cit., p. 65.

³² FILHO GOMES, Antonio Magalhães. Ob.cit., p. 02.

acaba encobrindo o fato inegável de que a maioria dos réus não dispõe de meios e recursos para a promoção de uma defesa eficaz em juízo e, portanto, não recebem tratamento igualitário nem desfrutam do presumido *status* de inocentes.

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

Além disso, esse princípio pode servir também como regra hermenêutica para uma aplicação equilibrada das normas processuais de modo a garantir-se um processo penal mais justo e menos repressor.

4 – CONCLUSÃO

As considerações finais procuram sintetizar as conclusões da pesquisa realizada, cujo aprofundamento necessário restou limitado pelas restrições metodológicas presentes em toda investigação em grau dissertativo, mantendo, porém, aberta a reflexão para futuro detalhamento, em sede própria.

Neste sentido, conclui-se:

- 1 – As prisões processuais ou provisórias são medidas restritivas do estado natural de liberdade do indivíduo, tendo lugar somente em situações excepcionais, quando e enquanto forem estritamente necessárias para garantir o resultado útil do processo penal. Para que tais mecanismos possam ser utilizados, necessário a presença de requisitos fundamentais como *fumus comissi delicti* (fumaça da existência de um delito) e *periculum libertatis* (perigo na liberdade do acusado). A legalidade da sua aplicação está atrelada indissociavelmente a observância do princípio do devido processo legal e presunção de inocência. As prisões provisórias existentes no ordenamento jurídico brasileiro dividem-se basicamente em prisão em flagrante, prisão preventiva e a prisão temporária.
- 2 – A prisão em flagrante é uma modalidade de prisão provisória que, embora exibindo natureza administrativa, tem caráter nitidamente cautelar, porquanto busca preservar alguns interesses tanto do Estado, relacionados ao *jus puniendi*; quanto ao indivíduo. A prisão em flagrante tanto obsta a ação criminosa que está ainda em curso, e com isso acautela o direito do sujeito passivo atingido pela conduta criminosa do agente, quanto restringe a liberdade do autor do delito possibilitando a realização da prova e a preservação do *corpus delicti*, com o fim de assegurar a aplicação da lei penal. Aliás, essa é a única exceção que se admite ao comando constitucional de que ninguém será preso senão “por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente” (artigo 5º, LXI, CF).
- 3 – A prisão preventiva é exceção, submetendo-se a critérios de estrita necessidade, uma vez que traz seqüelas de índole individual e social definitivas. Sua necessidade está atrelada ao seu embasamento cautelar, ou seja, à garantia do regular andamento do processo e da

eficácia de eventual condenação, não podendo lastrear-se pura e simplesmente no mérito da causa, sob pena de significarem punição antecipada.

- 4 – A prisão temporária esta prevista na Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e surgiu como uma forma de auxiliar o trabalho investigativo das autoridades policiais, caracterizando-se como espécie de prisão pré-processual. Para que seja possível a sua decretação será necessário que as hipóteses previstas nos incisos do artigo 1º da respectiva lei, ocorram cumulativamente.
- 5 – O legislador constituinte de 1988 consagrou a presunção de inocência na vigente ordem constitucional brasileira, afirmando que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (artigo 5º, LVII, CF). Só há dois *status* que podem ser aplicados ao indivíduo: inocente ou culpado. Por conseguinte, considerar inocente significa conceder ao indivíduo todas as prerrogativas inerentes a essa categoria, que são descritas e garantidas na constituição e no próprio estatuto processual. Somente a declaração judicial da culpa transitada em julgado pode retirar do indivíduo o véu da inocência, permitindo que sobre ele recaia a pena adequada e em justa medida, conforme a prescrição legal. Isso não impede que o indivíduo sofra restrições em sua liberdade física, o que pode ocorrer até mesmo antes do processo criminal estar instaurado, desde que a medida se fundamente em outros pressupostos, que não a pena.
- 6 – 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” (artigo 5º, LXI, CF), sem fazer qualquer restrição à oportunidade processual de tal medida cautelar. Tal significa dizer que, se a presunção de inocência é princípio com dignidade constitucional, as prisões cautelares também se encontram nesse patamar da hierarquia legislativa, e podem, portanto, conviver perfeitamente com esse princípio dentro do mesmo sistema constitucional.
- 7 – O direito à presunção de inocência, portanto, afigura-se como uma pilastra de todo e qualquer Estado Democrático de Direito, abrangendo, como referido, não só a questão do ônus da prova (regra probatória), mas também, a inadmissibilidade de qualquer tratamento preconceituoso em função da condição de acusado (regra de tratamento).

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- BATISTA, Weber Martins. *Liberdade provisória*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- CÂMARA, Luiz Antônio. *Prisão e Liberdade Provisória: Lineamentos e Princípios do Processo Penal Cautelar*. Curitiba: Juruá, 1997.
- CAMARGO, Mônica Ovinski de. *Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- _____. *O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. Revista do Advogado. AASP. n° 42, abril de 1994.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 4. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- JUNIOR DELMANTO, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2.ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Editora Millennium, 2000. v. IV.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *A prisão cautelar e a Constituição de 1988*. Jornal carta forense, 2008.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 15 ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2008.

SZNICK, Valdir. *Liberdade, prisão cautelar e temporária*. 2. ed. São Paulo: Leud. 1995.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 1995, v. III.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. III.