



Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pósgraduação *Lato Sensu* em
Direito Penal e Processo Penal

CAMILA FRANCO DE SOUZA REIS PINTO

PRISÃO CAUTELAR: OS REQUISITOS DO
ARTIGO 312, CPP E AS MUDANÇAS TRAZIDAS
PELO ANTEPROJETO

Brasília – DF

2010

CAMILA FRANCO DE SOUZA REIS PINTO

PRISÃO CAUTELAR: OS REQUISITOS DO ARTIGO 312, CPP E AS MUDANÇAS TRAZIDAS PELO ANTEPROJETO

Projeto de monografia apresentado como requisito para conclusão da disciplina Monografia I, no curso de Pósgraduação em Direito Penal e Processo Penal do Instituto Brasiliense de Direito Público.

Orientador: Prof. Pierpaolo Bottini

Brasília – DF

2010

Dedicatória

Aos meus pais que sempre me ajudaram a enfrentar as dificuldades da vida de cabeça erguida e com perseverança.

Agradecimentos

Ao meu orientador por ter estimulado ainda mais a minha vontade de seguir estudando e aprendendo, e de continuar lutando pelos meus objetivos profissionais.

RESUMO

Este trabalho se propôs a discutir sobre a generalidade, a abstração e a utilização dos requisitos para prisão cautelar, constantes do art. 312, CPP, bem como analisar o que afirma a jurisprudência. Por último, se propôs a fazer uma comparação com o que traz o anteprojeto, verificando se houve modificações ou não, e se as modificações vieram para melhor ou não.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 – PRINCÍPIOS E TEORIA GERAL DA PRISÃO CAUTELAR E DA PRISÃO PREVENTIVA6	
1.1 - Instrumentalidade	8
1.2 - Sumariedade	9
1.3 - Excepcionalidade	10
1.4 – Provisoriedade, revogabilidade e facultatividade.....	10
1.5 – Proporcionalidade e adequação	12
1.6 – Jurisdicionalidade, legalidade e motivação.....	15
1.7 – <i>Fumus comissi delicti e periculum libertatis</i>	18
2 – ANÁLISE DOS REQUISITOS CONSTANTES DO ARTIGO 312, CPP E DA JURISPRUDÊNCIA.....	22
2.1 – Conveniência da instrução criminal	22
2.2 – Assegurar a aplicação da lei penal.....	24
2.3 – Garantia da ordem econômica.....	26
2.4 – Garantia da ordem pública	28
3 – OS REQUISITOS DA PRISÃO CAUTELAR NO ANTEPROJETO DE REFORMA DO CPP: MUDANÇAS E CONFRONTOS	32
CONCLUSÃO.	39
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	41

INTRODUÇÃO

O regulamento da prisão surge em um contexto histórico no qual se começa a institucionalizar a sanção imposta àquele que comete crimes e deve ser punido.

Entretanto, somente em meados do século XIX começou-se a admitir que a prisão cautelar tinha como finalidade salvaguardar a justiça, impedindo que o acusado fugisse, bem como proteger a verdade, impedindo que provas pudessem ser danificadas ou perdidas. Além dessas duas finalidades, ela visava a proteção da defesa pública, cuidando para que acusados não continuassem atacando o direito alheio. Mais do que tudo, a prisão cautelar era vista como necessária somente nos casos de crimes graves e mesmo assim de forma rápida como forma de evitar qualquer injustiça.¹

Já no século XX a prisão cautelar começou a ser vista como forma necessária de se assegurar a administração da justiça e de um bem comum. Com isso, hoje, é patente que alguns modelos de prisões cautelares desvirtuaram sua função inicial de medida preventiva, não mais se associando a um juízo de necessidade, mas sim de conveniência.

Dentro desse contexto temos, então, que a prisão processual é aquela imposta com finalidade cautelar, para assegurar o desempenho e continuidade da investigação criminal, do processo penal ou da execução da pena. Visa, também, assegurar que o acusado não fuja e que não permaneça solto praticando outros crimes. É prisão de natureza puramente processual e tem como espécies a prisão em flagrante, a temporária, a em decorrência de pronúncia, a em decorrência de sentença condenatória recorrível, a em condução coercitiva e, por fim, a preventiva.²

A cautelaridade é revestida da idéia de que algo necessita de proteção em virtude de ser reconhecida uma situação de anormalidade. Dessa forma, podemos dizer que “as providências cautelares podem ser conceituadas como medidas de

¹ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006. P. 5 e 6.

² CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 244 e 245.

urgência, que visam a tutelar uma situação de emergência, cujo grau de imediatez varia de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto.”³

Entendida a cautelaridade, pode-se dizer que, dentro da ceara do direito processual, as providências de natureza cautelar atuam no interesse da administração da justiça procurando afastar riscos que de alguma forma possam vir a comprometer o exercício da atividade jurisdicional.⁴

Pode-se, então, verificar que a essência dos provimentos cautelares é a salvaguarda de direitos individuais e/ou coletivos e, como bem coloca Antônio Scarance Fernandes, “a tutela cautelar é de natureza instrumental, sendo meio para que se realize a tutela jurisdicional do processo de conhecimento ou de execução.”⁵

Sendo a prisão preventiva a modalidade de prisão cautelar por excelência⁶, de natureza processual, que deverá ser decretada pelo juiz sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e presentes os motivos autorizadores⁷ e, sendo fato que todas as outras se utilizam e se remeterem aos seus requisitos, é deles que trataremos.

Os requisitos para a autorização de prisão preventiva encontram-se no artigo 312 do CPP, sendo eles: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal.

Como coloca Pacelli, os dois últimos requisitos são de mais fácil análise e entendimento por serem instrumentais, se dirigem diretamente à tutela do processo, funcionando como medida cautelar para garantia a efetividade do processo principal. Enquanto que as duas primeiras não implicam a proteção do processo no curso do qual teriam sido decretadas.⁸

Assim, para um melhor entendimento, vejamos rapidamente cada um dos requisitos separadamente.

³ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P. 132.

⁴ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P. 132.

⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. P. 311 e 312.

⁶ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P. 153.

⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 263.

⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. P. 434.

De todos os requisitos a garantia da instrução criminal é o que mais tem relação com a instrumentalidade e a cautelaridade, norteadoras das prisões cautelares. Note-se que as prisões cautelares têm como razão de sua própria existência a defesa da instrução processual, da integridade das provas e da lisura das testemunhas.⁹

Contudo, mesmo tendo um caráter quase que total de instrumentalidade, a prisão por esse requisito não retira o estigma causado na pessoa que sofre com esse encarceramento. Dessa forma, a doutrina traz algumas alternativas que podem vir a substituir a prisão, como por exemplo, uma simples condução coercitiva do imputado e a antecipação de provas.¹⁰

A garantia da aplicação da lei penal também tem um caráter bastante instrumental, mas a prisão fundamentada nesse requisito poderia ser evitada devido ao alto custo de sua execução. Ademais, bem coloca Tedesco Wedy:

Preliminarmente, cabe referir que o perigo de fuga é provocado, não raro, pela severidade excessiva do regime de penas. A fuga se dá, no mais das vezes, mais pelo temor de uma prisão preventiva do que pelo temor de uma pena. Ou seja, é o desrespeito generalizado pela garantia da presunção de inocência o motivador de muitas evasões. As evasões, de sua parte, perpetuam uma espraiada descrença nas instituições democráticas. Tem-se aqui, por conseguinte, um inequívoco círculo vicioso.

Assim, da mesma forma que no requisito anteriormente abordado, é trazida a ideia de que poderiam ser utilizadas outras medidas cautelares no lugar da prisão.

A garantia da ordem pública é requisito que já mais se configura com caráter de instrumentalidade, mas sim de subjetividade. A prisão baseada nesse requisito tem sido utilizada, hoje, no Brasil, como uma panacéia para curar a ânsia de segurança do povo.¹¹

Nas palavras de Wedy:

A “ordem pública”, de outra parte, tem servido para o decreto de prisão em múltiplos casos, ora para evitar a “reiteração delitiva do agente”, ora em

⁹ WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. P. 153.

¹⁰ WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. P. 155.

¹¹ WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. P. 163.

virtude do “clamor social”, para a “preservação das instituições”, para a “credibilidade da Justiça” etc. Em síntese, quase tudo serve para prender em nome da “ordem pública”, menos a ocorrência de uma efetiva situação cautelanda.¹²

Dessa forma, é possível notar que existe uma indeterminação do que seja ordem pública, o que dificulta imensamente estabelecer padrões de cautelaridade para a prisão que venha ser decretada com base nesse requisito. Ademais, é visível que esse tipo de prisão vem sendo utilizado mais para uma justiça antecipada e uma prevenção geral e especial, o que foge completamente da instrumentalidade e cautelaridade exigidas pelas prisões cautelares.

Já em relação à garantia da ordem econômica faço das minhas as palavras de Tedesco Wedy:

Da mesma forma deve ser repelida a adoção da justificativa “ordem econômica” para a decretação da prisão preventiva. Em verdade, tal justificativa tem embasado uma série de medidas autoritárias, mormente contra indivíduos de elevado padrão econômico e de alta projeção social e, diga-se, menos por necessidade do processo e mais por preconceitos ideológicos.¹³

É de se notar, portanto, que o estudo dos requisitos autorizadores de uma prisão cautelar é de ordem prática, visto que é situação que afeta diretamente a vida de uma pessoa que se vê processada, ou na iminência de, com a possibilidade de que sejam feridos direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e o princípio da presunção de inocência.

Mais importante ainda é a comparação com os novos requisitos trazidos pelo anteprojeto, para saber se houve uma escolha por requisitos que sejam objetivos e que se fundem na instrumentalidade e cautelaridade exigidas pelas prisões cautelares.

Importante se registrar, também, que a prisão cautelar é medida que visa proteger o processo e não forma de punição antecipada.

¹² WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. P. 163 e 164.

¹³ WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. P. 171.

Nesse diapasão, o objetivo dessa pesquisa é analisar os requisitos exigidos pelo artigo 312, CPP e os requisitos exigidos pelo anteprojeto, verificar sua subjetividade e objetividade, inclusive quando da aplicação prática, comparar o regramento atual com o que consta no anteprojeto e verificar a existência de mudanças de um para o outro, bem como analisar se referidas mudanças são efetivas e se melhorariam o instituto.

Sendo assim, o problema principal gira em torno das seguintes perguntas: Os requisitos que autorizam a prisão cautelar são claros e objetivos ao ponto de não ferirem o ordenamento jurídico e os princípios que regulam tanto este, quanto as prisões? O anteprojeto de reforma do CPP muda esta realidade, existem melhorias?

Por fim, de forma resumida, tratar-se-á neste trabalho sobre generalidade, abstração e utilização dos requisitos para prisão cautelar, constantes do art. 312, CPP, bem como se analisará o que afirma a jurisprudência e, por último, será feita uma comparação com o que traz o anteprojeto, verificando se houve modificações ou não, e se as modificações vieram para melhor ou não.

1 – PRINCÍPIOS E TEORIA GERAL DA PRISÃO CAUTELAR E DA PRISÃO PREVENTIVA

A cautelaridade é revestida da idéia de que algo necessita de proteção em virtude de ser reconhecida uma situação de anormalidade. Dessa forma, podemos dizer que “as providências cautelares poderem ser conceituadas como medidas de urgência, que visam a tutelar uma situação de emergência, cujo grau de imediatez varia de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto.”¹⁴

Entendida a cautelaridade, pode-se dizer que, dentro da ceara do direito processual, as providências de natureza cautelar atuam no interesse da administração da justiça procurando afastar riscos que de alguma forma possam vir a comprometer o exercício da atividade jurisdicional.¹⁵

Podemos, então, verificar que a essência dos provimentos cautelares é a salvaguarda de direitos individuais e/ou coletivos e, como bem coloca Antônio Scarance Fernandes “a tutela cautelar é de natureza instrumental, sendo meio para que se realize a tutela jurisdicional do processo de conhecimento ou de execução.”¹⁶

Assim, no processo penal, existem três tipos de classificação para as medidas cautelares, sendo a que nos interessa a que faz a distinção pelo seu objeto. Dessa forma, podemos ter medidas cautelares reais, de incidência probatória e pessoais.

As primeiras dizem respeito ao patrimônio do investigado, recaindo sobre ele.

As segundas incidem sobre os meios de provas, visando sua proteção para que não venham a se perder.

¹⁴ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P. 132.

¹⁵ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P. 132.

¹⁶ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. P. 311 e 312.

Por fim, as pessoais, terceiras na lista acima citada. Essas sim, são as que nos interessam por recaírem sobre a pessoa do investigado, acusado ou réu, tratando-se aqui das prisões em si.

Como são vários os tipos de prisões cautelares, vamos trabalhar apenas com um deles, a prisão preventiva, analisando tanto os requisitos e características aplicáveis a todos os tipos, como os específicos a esse tipo, visando assim, facilitar nosso estudo e objetivo nesse trabalho.

Primeiramente vamos tratar do conceito de prisão preventiva para, após, trabalharmos os requisitos e características.

A prisão preventiva é entendida como a modalidade de prisão cautelar por excelência¹⁷, de natureza processual, que deverá ser decretada pelo juiz sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e presentes os motivos autorizadores.¹⁸

Para Capez, a prisão preventiva pode ser definida da seguinte forma:

Prisão cautelar de natureza processual decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou processo criminal, antes do trânsito em julgado, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores.¹⁹

Nas palavras de Nucci “trata-se de uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei.”²⁰

Assim, também entende Tedesco Wedy:

Como foi referido, a cautelar pessoal é o instrumento do instrumento. Diante disso, as prisões cautelares podem ser conceituadas como as medidas que têm por objeto a proteção do sereno e seguro desenrolar do processo e do proficiente direito de punir ou *jus puniendi*...²¹

¹⁷ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P. 153.

¹⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 263.

¹⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 263.

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. P. 557.

²¹ WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. P. 67.

Podemos verificar que apesar de não ser um conceito extenso, a sua carga de informação é bastante densa e complexa, por isso analisaremos, a partir de agora, cada requisito e característica da prisão preventiva e conseqüentemente da prisão cautelar como um todo.

1.1 – INSTRUMENTALIDADE

Como foi dito anteriormente a medida cautelar é um instrumento que visa ajudar o processo principal a evoluir da maneira mais completa possível, garantindo, portanto, que as provas permaneçam protegidas.

Assim explica Ramazzini:

Diz-se grosseiramente que o provimento cautelar constitui o 'instrumento do instrumento'. Esta afirmação emerge da análise da função dos provimentos cautelares, que não é a satisfação ou o atendimento do direito material de forma direta, mas, sim, o auxílio às ações cognitivas e de execução, afastando o risco que porventura nelas incida, porque daí, sim, o provimento definitivo almejado encontra-se ameaçado.²²

Uma outra função da instrumentalidade está na busca do equilíbrio entre o poder de punir do Estado e o direito de liberdade do indivíduo, produzindo efeitos jurídicos, sociais e políticos. Nesse sentido é o entendimento de Tedesco Wedy:

O processo, portanto, deve ser entendido como o manto protetor capaz de obstar vilipêndios aos direitos fundamentais, como mecanismo de tutela, não apenas preocupado em buscar a paz social, mas sim em equilibrar o 'jogo dialético existente entre a Soberania do Estado e os Direitos Humanos'.²³

²² BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P. 136.

²³ WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. P. 65.

Assim, a instrumentalidade do processo, bem como o processo, devem evitar que se cometam abusos e agressões às garantias fundamentais, servindo, também, de barreira de proteção ao acusado, de modo que se busque a real e verdadeira igualdade de armas entre acusação e defesa, sendo seu objetivo a garantia do desenrolar do processo dentro da normalidade e a eficaz aplicação do direito de punir.

1.2 - SUMARIEDADE

Dentro das ações cautelares não é realizada uma análise demasiadamente aprofundada sobre os elementos de prova, o que existe é uma cognição sumária.

Isso acontece porque a situação de emergência que se apresenta não é compatível com a dilação probatória no seu sentido ordinário uma vez que, como foi dito, a situação tem caráter excepcional, urgente e caso não seja resolvida a tempo poderá se mostrar uma medida ineficaz.

Nas palavras de Bechara:

A situação de risco sempre colocará o julgador entre duas alternativas, cuja linha divisória é muito tênue. Porém, a emergência afirmada não é compatível com a mencionada dilação probatória, pois caso esta seja necessária, restará evidenciado que a situação de excepcionalidade anteriormente descrita de fato não era real. Cognição sumária não significa em hipótese alguma ausência de respaldo probatório, pelo contrário, haverá sempre uma instrução mínima predisposta a permitir a valoração em torno da constatação de situação de risco anunciada.²⁴

²⁴ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P. 135 e 136.

1.3 - EXCEPCIONALIDADE

As prisões cautelares não podem ter como regra a restrição à liberdade, mas sim como exceção, conforme ensina Schietti: “A consequência lógica da presunção de não-culpabilidade, no que diz com as prisões cautelares, é a de que não se pode ter a restrição à liberdade humana como regra, mas sim como exceção.”²⁵

Vejamos que existem interesses em jogo, de um lado o interesse individual da liberdade e de outro o interesse do Estado em manter a instrução criminal pura em virtude do seu dever de punir, com a finalidade de buscar a ordem e a paz social. Se, dentro desse contexto, a prisão se tornar regra o Estado se sentirá mais poderoso do que realmente o é, podendo vir a gerar um desequilíbrio e inversão de valores muito grandes.

1.4 – PROVISORIEDADE, REVOGABILIDADE E FACULTATIVIDADE

A provisoriedade significa que qualquer medida cautelar tem caráter provisório visto que seus efeitos permanecerão enquanto persistirem os motivos que lhe deram causa, fundando-se em um juízo de conhecimento superficial e caráter não definitivo.

Nas palavras de Ramazzini:

A noção de provisoriedade também abrange a idéia de que a situação de risco manifestada pode vir a desaparecer ou simplesmente modificar-se, sendo, assim, concebível o levantamento da medida a qualquer tempo, ou mesmo a sua redução, substituição e ampliação.²⁶

²⁵ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006. P. 75.

²⁶ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P. 134.

No mesmo sentido entende Antônio Alberto Machado quando afirma que é claro que a prisão cautelar não é definitiva, devendo perdurar somente durante a tramitação do processo principal, até que chegue a solução final.²⁷

Schietti também acompanha os ensinamentos acima expressos quando afirma que:

Nenhuma prisão é, portanto, definitiva. A prisão-pena tem um prazo máximo de duração, fixada na sentença, mas pode ser abreviada pelos benefícios previstos na Lei de Execuções Penais. A prisão cautelar, por sua vez, não tem prazo definido, devendo perecer tão logo cesse o motivo que a justificou.²⁸

Dentro desse contexto e de acordo com o artigo 316 com Código de Processo Penal, podemos afirmar que estão embutidos no conceito de provisoriedade, a revogabilidade e a facultatividade. Essas duas características decorrem justamente do fato da prisão cautelar ser provisória e pelo fato do comando do artigo acima citado utilizar o verbo poder, gerando uma faculdade para o juiz, que decretará e revogará a prisão se estiverem presentes ou não os seus requisitos.

Importante ressaltar a diferença feita por Tedesco Wedy para que fique bem claro o que é a provisoriedade. Ele diferencia provisoriedade de provisionalidade, afirmando, para tanto, que “a provisoriedade diz respeito ao limite temporal estabelecido em lei, enquanto a provisionalidade diz respeito ao caráter temporário e precário das medidas cautelares pessoais.”²⁹

Para Tedesco Wedy na provisoriedade é estabelecido um limite temporal para a medida cautelar enquanto que na provisionalidade fica estabelecida a possibilidade de revogação da prisão cautelar (preventiva, em específico) uma vez verificado que os motivos pelos quais ela foi concretizada deixaram de existir.

²⁷ MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão Cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2005. P. 115.

²⁸ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006. P. 87.

²⁹ WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. P. 96.

Assim fica entendido que a provisoriedade trata da relação existente entre o tempo e a prisão cautelar, bem como de sua aplicação ou não conforme a existência ou não de seus requisitos.

1.5 – PROPORCIONALIDADE E ADEQUAÇÃO

A proporcionalidade vem desde muito tempo e Beccaria já trabalhava com a sua ideia:

O interesse geral não é apenas que se cometam poucos crimes, mas ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para impedir os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais freqüente. Deve, portanto, haver uma proporção entre os crimes e as penas.³⁰

Nucci, ao falar da proporcionalidade, explica:

Proporcionalidade é o que se espera da harmônica aplicação dos princípios constitucionais e das normas infraconstitucionais. Por isso, o princípio esparge-se por todos os ramos do Direito, adquirindo especial relevo na esfera penal. Não teria o menor sentido, levando-se em conta a proteção subsidiária que o Direito Penal deve assegurar aos conflitos sociais, sustentando-se na adequada posição de intervenção mínima, prever penas exageradas para determinados delitos considerados de menor importância, bem como estipular sanções ínfimas para aqueles que visam à proteção de bens jurídicos considerados de vital relevo.

Ao elaborar tipos penais incriminadores deve o legislador inspirar-se na proporcionalidade, sob pena de incidir em deslize grave, com arranhões inevitáveis a preceitos constitucionais.³¹

Scarance nos traz uma noção bem atual do que podemos entender por proporcionalidade:

Na realidade, a idéia de proporcionalidade sempre esteve presente no Direito. Assim, em um sentido amplo, seria um princípio que obrigaria o

³⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001. P. 68 e 69.

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 39 e 40.

‘operador jurídico a tratar de alcançar o justo equilíbrio entre os interesses em conflito.’. Aqui será visto em um sentido mais estrito, como princípio de garantia do indivíduo contra os abusos no exercício do poder.³²

Sabendo-se que as medidas cautelares tem sua justificativa fundada em uma situação de risco, portanto, excepcional e necessário que haja uma correlação perfeita entre a tutela pretendida e a hipótese de fato a ser resguardada, de modo a não ocorrer qualquer tipo de abuso.³³

Conforme nos ensina Tedesco Wedy:

... a medida proporcional é aquela que se revela (além da prevista em lei, por suposto), a justificada quanto ao fim almejado, além de judicial e motivadamente decidida (mediante argumentação intangível e racional, não valendo a mera remissão aos dispositivos legais).³⁴

O autor acima citado também faz referência a três requisitos presentes na proporcionalidade, quais sejam: adequação, sacrifício proporcional e motivação proporcional. O primeiro diz respeito ao fato de que a medida utilizada deve ser adequada ao fim que pretende produzir. O segundo afirma que a limitação de um direito fundamental deve ser a estritamente necessária para a salvaguarda do interesse comum. O terceiro mostra que é imprescindível uma extraordinária qualidade na fundamentação da decretação de uma medida cautelar.³⁵

Na esteira do raciocínio da conceituação e entendimento do que deva significar a proporcionalidade coloca Antônio Alberto Machado:

... a restrição do direito do indivíduo deve ser feita nos estritos limites da lei e desde que essa restrição seja proporcional às finalidades do processo, de modo que os objetivos deste último possam ser alcançados sem exageros e com o menor sacrifício possível para os acusados.³⁶

³² FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. P. 55.

³³ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P. 134 e 135.

³⁴ WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. P. 112.

³⁵ WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. P. 111.

³⁶ MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão Cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2005. P. 219.

Schietti sublinha que o conceito de proporcionalidade é composto por três máximas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Passemos a analisar cada um deles.

Para saber e entender o que significa adequação é necessário que se saiba o que significam meio e fim, ou seja, a medida cautelar tem que ser capaz de produzir o resultado esperado, mostrando-se eficaz, adequada e idônea de modo a proteger o direito que se encontra ameaçado. Escolher qual a melhor medida deverá ser resultado da análise de qual representa o menor gravame ao direito sacrificado.³⁷

A necessidade significa que a medida escolhida deve ser o meio suficientemente eficaz, na medida da sua necessidade, nem mais nem menos. Essa máxima também é chamada de princípio da intervenção mínima, da indispensabilidade ou proibição do excesso. Explica Schietti que a necessidade “significa que, além de ser adequada ou idônea para atingir o fim esperado, a medida cautelar deve ser a alternativa menos onerosa ou gravosa, sob a ótica do sujeito passivo, entre as previstas em lei.”³⁸

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito implica dizer que existe uma relação justa e adequada entre os benefícios obtidos com a medida cautelar utilizada e os meios empregados para levá-la a termo.³⁹ Com isso tenta-se impedir que a situação daquele que ainda está sobre o crivo do princípio da não-culpabilidade seja pior do que a situação daquele que já está condenado. Outra situação que se visa evitar é a transformação da prisão-cautela em prisão-pena, proibindo que aquela resulte mais gravosa.

Nesse sentido explica Schietti:

A noção de proporcionalidade das medidas cautelares e, em particular, das que interferem na liberdade do indivíduo é de extrema importância para a própria possibilidade de convivência dessas medidas com a presunção de

³⁷ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006. P. 95 e 96.

³⁸ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006. P. 97.

³⁹ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006. P. 99.

não-culpabilidade, não sendo raras as vezes que apontam a incompatibilidade desses institutos.⁴⁰

Falando-se em medida de proporção entre a cautelar utilizada e os meios para levá-la a termo, bem como a não transformação da prisão-cautela em prisão-pena, não podemos deixar de explicar a questão da duração razoável da prisão.

Essa questão da duração razoável da prisão é bastante delicada e subjetiva, por isso não pode ser considerada isoladamente, devendo ser feita uma análise conjunta de todo o sistema, inclusive de seus princípios e por isso trabalhamos referido tópico dentro da proporcionalidade, visto que está intimamente conectado a ela.

Dessa forma e, conforme estudos anteriores, a prisão só pode continuar enquanto estiverem presentes seus pressupostos e requisitos e mais, enquanto perdurar o processo. Assim nos ensina Schietti:

Embora a referência seja mais voltada para a duração do processo, é de incluir-se também a garantia de que ninguém possa ser mantido preso, durante o processo, além do prazo razoável, seja ele definido por lei, seja ele alcançado por critério de ponderação dos interesses postos em confronto dialético. É dizer, todos têm o direito de ser julgados em prazo razoável e também o direito de não serem mantidos presos por prazo irrazoável.⁴¹

1.6 – JURISDICIONALIDADE, LEGALIDADE E MOTIVAÇÃO

Não existe dentro do processo penal discricionariedade, as autoridades judiciárias devem basear seus atos de acordo com o que determina a lei e fundamentá-los conforme o que está disposto no nosso ordenamento jurídico.

⁴⁰ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006. P. 94.

⁴¹ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006. P. 107.

Assim, qualquer decisão que deva ser tomada deve ser proferida da autoridade judicial competente para tanto, sob pena de ferir o princípio do juiz natural.

Dentro do contexto das prisões podemos entender que somente haverá privação de liberdade se houver previsão expressa no ordenamento jurídico, devendo ser obedecidas as regras estabelecidas em lei.⁴²

Aqui podemos notar a presença do princípio da legalidade, o qual Capez assim explica:

Os órgãos incumbidos da persecução penal não podem possuir poderes discricionários para apreciar a conveniência ou oportunidade da instauração do processo ou do inquérito. No caso de infrações penais insignificantes, não pode ser aplicado o princípio *minima non curat praetor*, pois este decorre do princípio da oportunidade, estranho ao processo penal.⁴³

Dentro desse contexto podemos fazer uma analogia para a prisão cautelar, a qual só poderá ser decretada se estiver prevista na lei, não tendo o juiz poder discricionário para apreciar a sua conveniência e oportunidade. Aqui, casos os requisitos legais estejam presentes a prisão deverá ser decretada.

Assim também entende Nucci:

Estabelece o art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, que 'não há crime sem lei anterior que o defina, nem *pena sem prévia cominação legal*' (grifamos), demonstrando a evidente intenção de circunscrever a sanção penal a parâmetros fixados em lei, distantes do abuso e do arbítrio de quem quer que seja, inclusive e especialmente do juiz, encarregado de aplicá-la ao infrator.⁴⁴

Portanto, somente poderá decretar uma prisão cautelar aquele que estiver investido de competência para tanto. Competência essa também estabelecida em lei.⁴⁵

⁴² CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006. P. 80.

⁴³ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 29.

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 34 e 35.

⁴⁵ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006. P. 80.

Nas palavras de Ramazzini:

Na medida em que as medidas cautelares geram constrangimento a direitos fundamentais, excepcionando-os, indispensável se mostra a incidência do controle judicial, como forma de se resguardar o respeito à legalidade.⁴⁶

Podemos verificar, então, que há uma “estreita correlação entre jurisdicionalidade, legalidade e devido processo legal, pois não existe prisão senão aquelas previstas na legislação, as quais serão decretadas ou homologadas pela autoridade judicial seguindo o *due processo of law* (art. 5º, LVI, CF/88).”⁴⁷

Mantendo a linha de raciocínio, explica Schietti:

Assim, para além de sua validade normativo-formal (previsão legal), também se exige a validade material da medida, consistente em verificar-se, concretamente, a presença do pressuposto fundamental de qualquer cautela – o lastro probatório que demonstre a existência do crime e os indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*) – e o requisito de *periculum in libertatis*, ou seja, a constatação do(s) motivo(s) justificador(es) da utilização da prisão provisória como meio idôneo e necessário à preservação do bem ameaçado, mediante o sacrifício da liberdade física do investigado ou acusado. Em outras palavras, é preciso, para a legitimação da medida cautelar, a presença tanto da urgência da cautela quanto da aparência jurídica de um futuro julgamento favorável a quem a postula.⁴⁸

Conseqüência da aplicação dos referidos princípios é a obrigatoriedade da aplicação do princípio da motivação dos atos jurisdicionais, consagrado no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Isso significa que todo e qualquer ato emanado da justiça deverá ser motivado e explicitamente fundamentado, servindo como controle das partes sobre a atividade intelectual do juiz, verificando-se se foram considerados todos os argumentos e provas produzidas, se o direito foi bem aplicado ao caso concreto.

No mesmo eixo de idéias também se encontra Antônio Alberto Machado:

O despacho que decreta a prisão preventiva deve demonstrar a ocorrência fática das circunstâncias que autorizam tal medida. A jurisprudência já assentou que ‘a simples menção das hipóteses arroladas no art. 312 do CPP não basta para fundamentar decreto de prisão preventiva. É imprescindível que o magistrado indique, de maneira concreta, as circunstâncias fáticas que recomendem a adoção da medida coercitiva, que,

⁴⁶ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P. 136.

⁴⁷ WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. P. 91 e 92.

⁴⁸ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006. P. 82 e 83.

por ser medida de exceção, somente pode ser decretada dentro das hipóteses precisamente fixadas em lei, sob pena de flagrante ilegalidade.’(RT 804/573).

...

Portanto, sendo a prisão cautelar uma medida extrema e excepcional que implica o sacrifício da liberdade individual, é imprescindível, até mesmo por força do princípio constitucional da inocência presumida, que se faça a demonstração dos elementos objetivos, ou dos motivos concretos, que indicam a necessidade de se suprimir a liberdade do indivíduo, indiciado ou acusado pela prática de crime.⁴⁹

Portanto, podemos concluir dizendo que a “jurisdicionalidade – consistente na efetiva atuação do juiz – é a forma garantidora das garantias do sujeito passivo da prisão cautelar.”⁵⁰

1.7 – *FUMUS COMISSI DELICTI E PERICULUM LIBERTATIS*

Por fim chegamos nos dois últimos pressupostos relativos à prisão cautelar e à prisão preventiva, em específico. Os requisitos anteriormente trabalhados dizem respeito à prisão cautelar como um todo, todos os requisitos se aplicam a todos os tipos específicos de prisões cautelares.

Quanto ao *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, esses também se aplicam aos outros tipos de prisões, mas dentro das peculiaridades de cada uma. Aqui falaremos de forma genérica o que significa cada um desses pressupostos e, após, trabalharemos com a sua utilização no caso da prisão preventiva. Começemos com o *fumus comissi delicti*.

O *fumus comissi delicti* é a adequação do *fumus boni iuris*, do processo civil, ao processo penal. O *fumus boni iuris* é entendido como sendo a fumaça do bom direito, a plusibilidade do direito afirmado.

⁴⁹ MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão Cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2005. P. 246 e 247.

⁵⁰ WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. P. 94.

Ensina nos Ramazzini:

O *fumus boni iuris* significa a probabilidade fundada, razoável e suficiente, que basta para evitar a adoração de restrições divorciadas do direito material. Pode-se afirmar que esse pressuposto legitima as decisões proferidas nos provimentos cautelares, justamente porque conferem o respaldo probatório mínimo e necessário a indicar a fundada probabilidade reveladora da prevalência dos motivos divergentes.⁵¹

O *fumus comissi delicti*, de maneira genérica, significa a presença de graves indícios de culpabilidade. Já, em específico, dentro da prisão preventiva, é caracterizado pela exigência legal da prova da materialidade e dos indícios de autoria. Scarance, de forma resumida, coloca que esse pressuposto “se concretiza no processo penal condenatório pela verificação da presença de elementos indicadores de existência do crime e da autoria.”⁵²

A prova da materialidade ou de existência do crime, como podemos ver, é auto-explicativa, significando que tem que haver a certeza de que o crime ocorreu.

Nas palavras de Antônio Alberto Machado:

Portanto, a certeza material do crime é requisito indispensável à aplicação da medida cautelar em questão. Não se prende preventivamente o autor de um crime que teria supostamente ocorrido, é preciso que essa ocorrência seja certa e esteja devidamente provada.⁵³

Já os indícios de autoria significam que os indícios devem ser suficientes para que a suspeita sobre o indiciado ou réu seja fundada e, diferentemente da existência do crime, aqui não é exigida prova plena da culpa.

Assim bem coloca Antônio Alberto Machado:

De fato, para a imposição dessa custódia provisória é mister que a autoria do crime, se não for conhecida, possa ser ao menos determinada por meio de uma somatória de circunstâncias (*circum stare*, estar em torno) que tenham o condão de levar o julgador a um conhecimento senão certo pelo menos razoável quanto à pessoa que teria praticado o fato delituoso.⁵⁴

⁵¹ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P. 139.

⁵² FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. P. 315.

⁵³ MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão Cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2005. P. 129.

⁵⁴ MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão Cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2005. P. 131.

Importante ressaltar que a suficiência dos indícios e o seu juízo de probabilidade não significam uma mera possibilidade, mas sim uma probabilidade certa da autoria.

O *periculum libertatis*, também é uma adaptação para o processo penal do chamado *periculum in mora* do processo civil. Esse pressuposto, genericamente significa “o risco de que, com a demora no julgamento, possa o acusado, solto, impedir a correta solução da causa ou a aplicação da sanção punitiva.”⁵⁵

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Tedesco Wedy:

O fundamento da prisão cautelar é, em verdade, o *periculum libertatis*. Não se deve falar em perigo na demora da prisão cautelar, mas em perigo decorrente da liberdade do futuro sujeito passivo da prisão cautelar, que está destruindo provas, ameaçando testemunhas, colocando em risco a instrução processual ou buscando a sua fuga.⁵⁶

Particularmente com relação à prisão preventiva, o *periculum libertatis* é composto por quatro requisitos, enumerados taxativamente na lei. São eles a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal, a certeza de aplicação da lei penal e a garantia da ordem econômica.

Conforme explicado acima, essas hipóteses são taxativas, devendo ser interpretadas restritivamente, de forma que a prisão seja sempre imposta de modo excepcional e estando submetida ao princípio da legalidade.⁵⁷

De forma resumida, pois será assunto aprofundado no próximo capítulo, a garantia da ordem pública é entendida como sinônimo de pacificação e utilizada como instrumento de defesa social. Assim coloca Ramazzini:

Quando se decreta a prisão para garantia da ordem pública invoca-se o caráter coletivo que justifica a atuação estatal por intermédio do processo penal. Trata-se de inequívoca hipótese de tutela coletiva, traduzida no risco que a liberdade representa à segurança social, risco esse caracterizado pela possibilidade fundada de que novos ilícitos venham a ser cometidos, o

⁵⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. P. 315.

⁵⁶ WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. P. 84.

⁵⁷ MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão Cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2005. P. 135.

que acarretaria o agravamento da intranqüilidade social, já alarmada por conta da infração social cometida.⁵⁸

A conveniência da instrução criminal pode se resumir na hipótese da privação da liberdade como objeto imediato de tutela da atividade processual probatória. Dessa forma, “protege a atividade probatória de forma imediata implica tutela mediata ou indireta dos fins do processo penal...”⁵⁹

A certeza da aplicação da lei penal consubstancia-se no afastamento do receio de que a liberdade do réu possa frustrar a aplicação da lei penal. “Nesse caso, a instrumentalidade da medida cautelar presta-se a afastar a possibilidade concreta de não satisfação da pretensão punitiva estatal.”⁶⁰

A garantia da ordem econômica trabalha como a garantia da ordem pública, de modo a tutelar a coletividade, funcionando como instrumento de defesa social. Só que aqui a hipótese trata do resguardo do sistema financeiro, as ordem econômica e das relações de consumo. Nessa hipótese, como nas outras, “presume-se que a liberdade representa risco real aos bens jurídicos enumerados, de modo a provocar danos ainda maiores e além daqueles já constatados.”⁶¹

Podemos, então, concluir que a “prisão cautelar tem como função a salvaguarda dos fins do processo, sejam os escopos sociais ou jurídicos. Além do mais, integra a dimensão constitucional do direito de liberdade, compreendida a presunção de inocência, a possibilidade de restrição da liberdade em caráter cautelar e provisório, antes da decisão condenatória definitiva, a título de resguardo da defesa social.”⁶²

Portanto, passaremos a analisar, no próximo capítulo, detalhadamente cada um desses requisitos trazidos de forma taxativa pela lei.

⁵⁸ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P. 157.

⁵⁹ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P. 154.

⁶⁰ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P. 155.

⁶¹ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P. 157.

⁶² BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P. 146.

2 – ANÁLISE DOS REQUISITOS CONSTANTES DO ARTIGO 312, CPP E DA JURISPRUDÊNCIA

Após uma visão geral da prisão preventiva e do conhecimento dos princípios básicos, faz-se necessária uma incursão nos requisitos específicos, exigidos pela lei, até para que se chegue no ponto principal desse trabalho que é a análise dos requisitos trazidos pelo anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal em comparação com os requisitos que serão abordados neste capítulo.

O atual artigo 312, CPP traz quatro requisitos, apresentados no capítulo anterior, quais sejam, garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal, cada um norteando como se dará a prisão.

Note-se que a exigência destes requisitos é a demonstração de que há uma necessidade e uma proporcionalidade para que se configure a prisão. Ponto importante a ser lembrado e que é bem explanado por Pacelli:

Com efeito, a prisão cautelar é utilizada, e somente aí se legitima, como instrumento de garantia da eficácia da persecução penal, diante de situações de risco real devidamente previstas em lei. Se a sua aplicação pudesse trazer consequências mais graves que o provimento final buscado na ação penal, ela perderia a sua justificação, passando a desempenhar função exclusivamente punitiva. A proporcionalidade da prisão cautelar é, portanto, a medida de sua legitimação, a sua *ratio essendi*.⁶³

2.1 – CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL

A razão da existência das prisões cautelares tem por escopo principal a defesa da instrução processual, da integridade das provas, da lisura das testemunhas e, por isso, a conveniência da instrução criminal, de todos os quatro

⁶³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. P. 416.

requisitos é o que mais guarda relação com a instrumentalidade e a cautelaridade que devem nortear as prisões provisórias.⁶⁴

Nessa linha de raciocínio Antônio Alberto Machado explica que de todos os pressupostos que existem e podem ser utilizados para decretar uma prisão preventiva, a conveniência da instrução criminal é aquele que mais destaca o caráter instrumental da referida prisão. Ele nos mostra que esse pressuposto trabalha com uma função dúplice, sendo a primeira a utilização do próprio acusado como prova e a segunda funda-se no propósito de evitar que o acusado prejudique a colheita das provas e dificulte a descoberta da verdade.⁶⁵ Ao final de sua explanação sobre esse tópico ele bem coloca:

Em síntese, a 'conveniência da instrução criminal' é circunstância relacionada à produção da prova, especialmente daquela prova que depende da colaboração do réu para se realizar, ou cuja realização esteja ameaçada intencionalmente por ele. Ambas as situações – ausência do réu para a produção da prova ou interferência indevida do mesmo na sua realização – têm justificado largamente a imposição da custódia preventiva.

Todavia, é necessário destacar que a demora na realização da prova por parte dos órgãos investigatórios ou de acusação, bem como a deficiência técnica desses órgãos para a pronta coleta dos elementos probantes, não podem jamais justificar a manutenção do indiciado ou réu na prisão.⁶⁶

Dessa forma, a proteção da atividade probatória de forma imediata significa que os fins do processo penal estão sendo tutelados indiretamente, até porque para se afirmar em definitivo a culpabilidade de uma pessoa há necessidade de respaldo probatório, o qual resta verificado nas decisões judiciais em que o magistrado é obrigado a expor os elementos que o influenciaram na formação da sua convicção.⁶⁷

Neste requisito pode-se verificar com facilidade a característica principal das medidas cautelares, qual seja, a instrumentalidade, isso a partir da funcionalidade que a prisão representa à instrução no processo principal.

⁶⁴ WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. P. 153.

⁶⁵ MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão Cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2005. P. 148 e 149.

⁶⁶ MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão Cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2005. P. 150 e 151.

⁶⁷ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P. 154.

Veja-se que isso fica ainda mais claro quando percebemos que a prisão para conveniência da instrução criminal só tem razão de existência até a coleta da prova, que uma vez realizada e não restando mais o risco de perecimento daquela prova, desaparecem as causas que deram origem a prisão e, por consequência, deverá ser decretada a liberdade do réu.

A jurisprudência é pacífica quanto a esse requisito no sentido de que deverá ser decretada a prisão somente quando as peças que instruírem o respectivo processo-crime revelarem um nítido propósito de obstrução da marcha processual.

Portanto, resume-se esse requisito nas palavras de Tourinho Filho:

Pode também ser decretada se for conveniente para a instrução criminal, ou seja, a fase procedimental em que o Juiz procura, com a colheita das provas, reconstruir o fato ocorrido para poder melhor discernir e julgar. Se, entretanto, o réu lhe cria obstáculos, ameaçando testemunhas, fazendo propostas a peritos, tentando convencer o Oficial de Justiça a "não encontrar as pessoas que devam prestar esclarecimentos em juízo" etc., seu encarceramento torna-se necessário por conveniência da instrução.⁶⁸

2.2 – ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL

O segundo requisito aqui apresentado contempla as hipóteses em que haja risco real de fuga do acusado e, conseqüentemente, risco de não-aplicação da lei na hipótese de decisão condenatória.⁶⁹

Ao trabalhar com esse pressuposto Antônio Alberto Machado afirma que esse é o mais importante deles. Assim ele coloca:

Em resumo, é basicamente a fundada possibilidade de que o autor do crime pretende desonerar-se de sua responsabilidade criminal, evadindo-se, o motivo que justifica a imposição da prisão preventiva como meio de garantir o efetivo resultado da ação penal possivelmente condenatória. Ou seja, se a liberdade do imputado põe em risco a certeza de aplicação da lei penal, a solução tem sido mesmo o decreto de sua custódia cautelar para garantir a efetividade do processo. É evidente que essa custódia só se justifica se a

⁶⁸ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Prisão Preventiva**. Revistas Magister de Direito Penal e Processual Penal/Edições/29 - Abr/Maio 2009. P. 14.

⁶⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. P. 434.

condenação for plausível ou provável e se a pena a ser imposta for pena privativa de liberdade.⁷⁰

Além dessa situação de frustração da aplicação da lei penal em virtude de risco real de fuga do acusado também tem sido admitida pela doutrina e pela jurisprudência a prisão preventiva quando o acusado busca transferir a sua residência para lugar não declarado ou quando deixa de indicar sua procedência ou paradeiro nos casos em que não resida no local da culpa.⁷¹

Para Wedy esse requisito poderia ser substituído por medidas alternativas, evitando-se, assim, a prisão. Nesse sentido argumenta que:

... cabe referir que o perigo de fuga é provocado, não raro, pela severidade excessiva do regime de penas. A fuga se dá, no mais das vezes, mais pelo temor de uma prisão preventiva do que pelo temor de uma pena. Ou seja, é o desrespeito generalizado pela garantia da presunção de inocência o motivador de muitas evasões. As evasões, de sua parte, perpetuam uma espaiada descrença nas instituições democráticas. Tem-se aqui, por conseguinte, um inequívoco círculo vicioso.⁷²

A jurisprudência também possui orientação pacífica em relação a esse requisito, no sentido de que a fuga do acusado justifica a manutenção ou que seja decretada a prisão. É que se pode ver no HC 95.159/SP de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

Também é considerado ponto pacífico no Supremo Tribunal Federal que residir fora do domicílio da culpa, bem como o réu ter vários domicílios, não justifica a decretação da medida preventiva.

De forma impecável coloca Tourinho Filho:

Também será indispensável e salutar a segregação provisória do indigitado autor do crime como *segurança de aplicação da lei penal (Fluchtverdach* - suspeita de fuga, prevista no § 112 do ordenamento processual penal alemão). Evidente que se o indiciado ou réu está se desfazendo dos seus bens de raiz injustificadamente, se "lhe é indiferente a vida errante dos perseguidos pelos órgãos da repressão penal", a medida cautelar se impõe,

⁷⁰ MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão Cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2005. P. 153.

⁷¹ MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão Cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2005. P. 152.

⁷² WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. P. 158.

a fim de que se evite o *periculum libertatis*, assegurando-se, pois, a aplicação da lei penal.⁷³

2.3 – GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA

O terceiro requisito foi introduzido pela Lei Federal n.º 8.884/94, Lei Antitruste, e está diretamente relacionado aos crimes contra a economia popular e contra a ordem econômica e a relação de consumo.

Este fundamento “põe-se como instrumento de tutela coletiva, de modo a assegurar o resguardo do sistema financeiro, da ordem econômica e das relações de consumo.”.⁷⁴

Nas palavras de Antônio Alberto Machado:

A ratio legis da prisão preventiva para garantia da ordem econômica é o efetivo combate aos abusos econômicos e financeiros dos chamados ‘criminosos do colarinho-branco’, cujos crimes, historicamente, sempre estiveram a cavaleiro de qualquer consequência jurídico-penal.⁷⁵

A lei acima citada define os comportamentos considerados como violadores a essa ordem no seu artigo 20, sendo eles: limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; e exercer de forma abusiva posição dominante.

Além desses, são tidos também como comportamentos passíveis de ferir a ordem econômica os constantes nas Leis n.º 8.137/90, 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro nacional) e 1.521/52 (crimes contra a economia popular).

O que ocorre nos casos dos crimes que ofendem a ordem econômica é que as condutas criminosas tipificadas nas leis acima mencionadas, em sua maioria,

⁷³ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Prisão Preventiva**. Revistas Magister de Direito Penal e Processual Penal/Edições/29 - Abr/Maio 2009. P. 14.

⁷⁴ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P. 157.

⁷⁵ MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão Cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2005. P. 157.

possuem um grande potencial ofensivo pela enorme abrangência das suas consequências nocivas, capazes de atingir um número indiscriminado de pessoas.⁷⁶

Na jurisprudência são poucas as decisões sobre prisão cautelar sob esse fundamento, entretanto, o que se verifica é que a justificativa para a prisão preventiva para garantia da ordem econômica é com base na magnitude da lesão. Isso significa que como, via de regra, os crimes contra a ordem financeira atingem um número indiscriminado de pessoas, suas consequências tendem a ser também muito extensas, o que tem autorizado e justificado a prisão.⁷⁷

Para acrescentar, coloca Machado:

Muito embora se considere que, primordialmente, os crimes praticados contra o sistema financeiro são aqueles que efetivamente ameaçam a ordem econômica, o fato é que a jurisprudência já começa a estender essa hipótese também para outros tipos de delitos, sobretudo os que são praticados sistematicamente, de forma contumaz, produzindo considerável repercussão econômica.⁷⁸

Ademais, importante colocar o que o Excelentíssimo Ministro Eros Grau nos traz:

Daí por que se impõe apartarmos distintas conotações sob as quais a expressão é usada. As anotações de Vital Moreira são extremamente úteis:

- em um primeiro sentido, “ordem econômica” é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um *conceito de fato* e não de um conceitonormativo ou de valor (é conceito do mundo do ser, portanto); o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e materiais, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato;

- em um segundo sentido, “ordem econômica” é expressão que designa o conjunto de todas as *normas* (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral etc), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica;

⁷⁶ MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão Cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2005. P. 154.

⁷⁷ MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão Cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2005. P. 169.

⁷⁸ MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão Cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2005. P. 171.

- em um terceiro sentido, “ordem econômica” significa ordem *jurídica* da economia.⁷⁹

Com isso, pode-se verificar que mesmo tendo uma definição mais restrita, ainda existem espaços e brechas para interpretações variadas, como, por exemplo, o entendimento de alguns de que a ordem econômica estaria dentro de ordem pública, sendo uma faceta sua. Assunto que abordaremos no próximo capítulo.

2.4 – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

Primeira coisa a se fazer ao analisar este quarto e último requisito é entender o que significa a expressão ordem pública, tarefa essa nada simples uma vez que a expressão é bastante ampla e subjetiva.

A expressão ordem pública é constituída de dois termos dos quais analisaremos em separado o termo ordem para um melhor entendimento do conjunto.

A ordem envolve multiplicidade e unidade de forma que a multiplicidade de seres deve se subordinar à unidade do conjunto, ou seja, a ordem implica no fato da unidade do conjunto dominar a multiplicidade de seres, é constituída uma determinada disposição dada aos elementos múltiplos de forma que cada um tenha um lugar exato destinado no conjunto, isso para a consecução de um fim comum.⁸⁰

Nas palavras de Bechara “a ordem, em suma, resulta sempre do ajuste do que vai ser ao critério do que achamos que deva ser, constituindo uma relação constante entre o que se está fazendo e o que se deve fazer.”⁸¹

Já na expressão completa ordem pública está imbutida a ideia de ordem, mas agora significando uma normalidade da vida coletiva dentro de uma determinada sociedade. Traduz, também, uma relação entre governantes e

⁷⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. P. 66 e 67.

⁸⁰ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P. 94.

⁸¹ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P. 94.

governados na apreciação das consequências de atos volitivos que gerem efeitos na vida social.⁸²

Além desses dois significados, Bechara ainda traz mais três conceitos, quais sejam:

A ordem pública representa um anseio social de justiça, assim caracterizado por conta da preservação de valores fundamentais, proporcionando a construção de um ambiente e contexto absolutamente favoráveis ao pleno desenvolvimento humano.

(...)

A variabilidade do conceito de ordem pública no tempo e no espaço acha-se sempre vinculada à noção de interesse público e de proteção à segurança, à propriedade, à saúde pública, aos bons costumes, ao bem estar coletivo e individual, assim como à estabilidade das instituições em geral. A proteção a esses bens assenta-se em dois elementos: a ausência de perturbação e a disposição harmoniosa das relações sociais.

(...)

É ainda a ordem pública, expressão de situação de tranquilidade e normalidade que o Estado assegura – ou deve assegurar – às instituições e a todos os membros da sociedade, consoante as normas jurídicas estabelecidas.⁸³

Também faz conjunto com as ideias acima apresentadas a de que a garantia da ordem pública está vinculada a situações que revelem a gravidade do delito e a periculosidade do agente.⁸⁴

Tourinho Filho nos coloca o seguinte:

A lei fala em *garantia da ordem pública*. Que se entende por *ordem pública*? Segundo De Plácido e Silva, ela representa a situação e o estado de legalidade normal em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto (*Vocabulário jurídico, Rio de Janeiro, Forense, v. 3, p. 1101*). *Ordem pública, enfim, é a paz, a tranquilidade no meio social. Várias situações podem traduzi-la, tamanha a vaguidade da expressão. O eminente Des. Amilton Bueno de Carvalho, analisando-a, observou com extrema propriedade: "Ordem pública" é um requisito legal amplo, aberto e carente de sólidos critérios de constatação, facilmente enquadrável em qualquer situação*" (voto vencedor no RSE 70006880447, 5ª Câm. do TJRS, j. em 29.10.03).⁸⁵

⁸² BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P. 95.

⁸³ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P. 98-100.

⁸⁴ MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão Cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2005. P. 143.

⁸⁵ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Prisão Preventiva**. Revistas Magister de Direito Penal e Processual Penal/Edições/29 - Abr/Maio 2009. P. 11.

Podemos verificar, então, que existe uma gama bastante grande de conceitos e ideias que tentam definir ou pelo menos restringir a abrangência do que seria ordem pública.

A jurisprudência trata a garantia da ordem pública com bastante cautela e de alguma forma conseguiu restringir um pouco a sua abrangência definindo com certeza situações em que não há se falar nesse requisito.

Para os tribunais a preservação da ordem pública não se restringe às medidas preventivas da irrupção de conflitos e tumultos, mas abrange também a promoção daquelas providências de resguardo à integridade das instituições, à sua credibilidade social e ao aumento da confiança da população nos mecanismos oficiais de repressão às diversas formas de delinquência. É que se pode ver no HC 84.658/PE de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa e no HC 90.398/SP de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

Além de todos esses pontos, existe um em que a jurisprudência é pacífica, o qual se refere ao fato do clamor público não ser suficiente, por si só, para a decretação da medida cautelar.

Nesse sentido coloca Tourinho Filho:

O STF, primeiro do nosso Poder Judiciário, em decisão magnífica, observou:

“O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal. Precedentes. A acusação penal por crime hediondo não justifica, só por si, a privação cautelar da liberdade do indiciado ou réu" (HC 80.719/SP, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, 28.09.01).⁸⁶

Antônio Alberto Machado nos coloca o fato de que apesar da dificuldade de se identificar as situações que em que realmente pode-se concluir pela ameaça à

⁸⁶ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Prisão Preventiva**. Revistas Magister de Direito Penal e Processual Penal/Edições/29 - Abr/Maio 2009. P. 13.

garantida da ordem pública, existe um conjunto de elementos que tem sido utilizado para averiguar a existência da referida ameaça. Ressalvando que, qualquer desses elementos considerados isoladamente não é suficiente para caracterizar a citada ameaça. Assim explica Machado:

Em resumo, pode-se constatar que tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm mesmo muitas dificuldades para identificar, com segurança desejável, as situações que realmente significam ameaça à ordem pública. Mas, alguns elementos têm sido mais ou menos comuns na averiguação dessa ameaça. Dentre esses elementos têm sido particularmente freqüentes a menção à gravidade do fato, à periculosidade do agente, à violência contra a pessoa da vítima e ao clamor público gerado pelo crime. Em conjunto, tais elementos têm servido como critério para justificar o encarceramento provisório de criminosos, cuja liberdade poderia significar uma ameaça à ordem social.⁸⁷

⁸⁷ MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão Cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2005. P. 147.

3 – OS REQUISITOS DA PRISÃO CAUTELAR NO ANTEPROJETO DE REFORMA DO CPP: MUDANÇAS E CONFRONTOS

Chegamos, enfim, ao ponto principal e final deste trabalho que é a análise dos requisitos da prisão preventiva trazidos pelo anteprojeto do novo Código de Processo Penal em comparação com o que existe e está vigorando hoje no nosso ordenamento jurídico.

O artigo 312 do Código vigente é correspondente ao artigo 544 do anteprojeto no qual o *caput* permanece com redação exatamente igual ao que vige hoje, com o acréscimo de três parágrafos.

Dessa forma, não houve alteração nos requisitos exigidos para que se possa decretar uma prisão preventiva, permanecendo, então, a conveniência da instrução criminal, assegurar a aplicação da lei penal, garantia da ordem econômica e garantia da ordem pública, o que já reflete na nossa primeira crítica a qual se refere a perda da oportunidade do legislador de modificar ou melhorar o que era ruim, como por exemplo, expressões amplas demais como “ordem pública”.

Vamos tratar de cada um dos requisitos separadamente e na mesma sequência tratada no capítulo anterior de modo que fique bem claro o entendimento. Mas antes necessário se faz uma observação sobre o princípio da presunção de inocência. Nas palavras de Tourinho Filho:

A nossa Lei Fundamental dispõe no art. 5º, LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". O texto, que remonta ao art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que por sua vez deita raízes no século das luzes, traduz a ideia de que não se pode admitir a privação da liberdade de um homem antes de uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Esse princípio, professa Julio Maier, é o que expressa os limites das medidas de coerção processual contra o réu (*Derecho procesal penal argentino*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1989, t. I, p. 277). E, como dizia José Cafferata Nores (*La excarcelación*, Córdoba, Lerner, 1977, Cap. II, p. 24), "... repugna al Estado de Derecho, previsto en nuestro estatuto fundamental, anticipar una pena al imputado durante el procedimiento de persecución penal". É verdade que não se pode olvidar que, se de um lado está o réu, presumidamente inocente, do outro está a sociedade interessada na repressão. Assim, em face desse interesse social *versus* presunção de inocência, chegou-se à conclusão de que "somente exigências processuais de natureza cautelar podem justificar uma limitação,

total ou parcial, à liberdade das pessoas", como bem o disse José Castro de Souza nas *Jornadas de direito processual penal* (Coimbra, Almedina, 1988, p. 151).⁸⁸

Para complementar o acima colocado e para a crítica posterior a ser feita, vamos desdobrar o princípio da presunção de inocência em resumidas palavras.

O princípio da presunção de não-culpabilidade ou de inocência é uma das mais importantes derivações do princípio do *favor rei*, o qual, resumidamente, significa que havendo dúvida o acusado sempre será beneficiado.

Sobre esse princípio, bem fala Nucci:

Na relação processual, em caso de conflito entre a inocência do réu – e a sua liberdade – e o direito-dever do Estado de punir, havendo dúvida razoável, deve o juiz decidir em favor do acusado. Exemplo disso está na previsão de absolvição quando não existir prova suficiente da imputação formulada (art. 386, VI, CPP).

Por outro lado, quando dispositivos processuais forem interpretados, apresentando dúvida razoável quanto ao seu real alcance e sentido, deve-se optar pela versão mais favorável ao acusado, que, como já se frisou, é presumido inocente até que se demonstre o contrário.⁸⁹

A presunção de inocência representa mais que uma garantia, ela constitui um direito fundamental, de caráter limitador que visa a evitar abusos, conforme explica Bechara:

Esse dispositivo abriga o denominado princípio da presunção de inocência que, por sua vez, constitui direito fundamental, especificamente de primeira geração, enquanto acarreta 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. É a garantia segundo a qual os efeitos de uma condenação sejam os principais, sejam os secundários, não serão antecipados, ou melhor, somente serão executáveis a partir da condenação transitada em julgado. Trata-se de uma das muitas manifestações assumidas pelo direito de liberdade.⁹⁰

⁸⁸ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Prisão Preventiva**. Revistas Magister de Direito Penal e Processual Penal/Edições/29 - Abr/Maio 2009. P. 9.

⁸⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. P. 80.

⁹⁰ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P. 158.

O primeiro requisito, conveniência da instrução criminal, é mantido com o devido acerto visto que é o requisito, como dito no capítulo anterior, que mais guarda relação com a instrumentalidade e a cautelaridade que devem nortear as prisões preventivas, as quais por sua vez tem por escopo principal a defesa da instrução processual.

O segundo requisito, assegurar a aplicação da lei penal, também com o mesmo acerto do anterior é mantido. Conforme ficou explicado, aqui contemplam-se as hipóteses em que haja risco real de fuga do acusado, que se acontecer ocasionará a frustração de aplicação da pena imposta em sentença condenatória.

Apesar de Wedy entender que esse requisito poderia ser substituído por medidas alternativas e que há um desrespeito generalizado pela garantia da presunção de inocência, não é o que prevalece.

Assim, esse dois requisitos são os que de fato podem subsidiar uma prisão preventiva sem que sejam feridos o princípio da presunção de inocência e a instrumentalidade e a cautelaridade das prisões preventivas, como bem coloca Tourinho Filho:

E arremata Julio Maier: "... por isso, excluindo-se os fins preventivos imediatos, o fundamento real de uma medida de coerção só pode residir no perigo de fuga do imputado ou no perigo de que se obstaculize a averiguação da verdade" (*Derecho*, cit., p. 281). Aí está o equilíbrio razoável entre os dois interesses: o interesse na repressão e a preservação do princípio da inocência.

Por isso mesmo o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, na Recomendação nº 82, de 27.06.80, afirma que "nenhum acusado deve ser sujeito a prisão preventiva, a não ser que as circunstâncias tornem tal prisão estritamente necessária. A prisão preventiva deve, assim, ser considerada como medida excepcional" (cf. José Castro de Souza, *Jornadas*, cit., p. 151, nota 7).⁹¹

Para que não reste qualquer dúvida, faço das palavras de Bechara as minhas:

A prisão cautelar, assim como todas as medidas cautelares, preservam a ideia de instrumentalidade e proteção. A privação da liberdade de locomoção justifica-se a partir do reconhecimento de que a atividade persecutória estatal não está sendo suficiente para assegurar a consecução

⁹¹ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Prisão Preventiva**. Revistas Magister de Direito Penal e Processual Penal/Edições/29 - Abr/Maio 2009. P. 9.

dos fins perseguidos no processo penal. A admissão e a aceitação constitucional da prisão cautelar tem por fundamento a imprescindibilidade que tal providência representa. Essa reconhecida necessidade social é que acaba por explicar a convivência harmoniosa entre a prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência.⁹²

O terceiro requisito, garantia da ordem econômica, tem como principal crítica o fato de envolver grande interesse público uma vez que atinge um número indiscriminado de pessoas e suas consequências tendem a ser também muito extensas, e por isso estaria abarcada no conceito de ordem pública.

Assim nos coloca Alberto Machado:

Note-se a dificuldade que a doutrina ainda tem para reconhecer que a ameaça à ordem econômica é motivo bastante para a decretação de prisões preventivas. Vicente Grego Filho, por exemplo, destaca que a garantia da ordem econômica, em razão do evidente interesse público envolvido nessa área, está compreendida no conceito de “ordem pública”. Fernando da Costa Tourinho Filho entende que essa hipótese autorizadora da prisão preventiva é uma circunstância esdrúxula, porque a custódia provisória não seria o meio ideal para coibir a ganância e os abusos contra a ordem econômica. Para esse jurista, no caso desses abusos financeiros, o melhor seria adotar alguma forma de medida de segurança patrimonial.⁹³

Tourinho filho é bastante contundente ao tratar do tema e afirma que a prisão preventiva não é medida adequada para coibir os abusos contra a ordem econômica, vejamos:

À primeira vista, tal circunstância é um tanto quanto esdrúxula. Não porque ofenda a ordem jurídica, mas por sua manifesta extravagância. Na verdade, se a prisão preventiva deve ter uma finalidade eminentemente cautelar, no sentido de instrumento para a realização do processo (preservação da instrução criminal) ou para garantir o cumprimento da decisão (assegurar a aplicação da lei penal), parece um não-senso decretar a prisão preventiva para a *garantia da ordem econômica*. Em rigor, toda prisão preventiva deve ter uma finalidade eminentemente cautelar, no sentido de instrumento para a realização do processo (preservação da instrução criminal) ou para garantia de seus resultados (assegurar a aplicação da lei penal). Como a prisão decretada como *garantia da ordem econômica* não apresenta caráter cautelar, é medida esdrúxula, estúpida, grosseira. Sua esdruxularia repousa na circunstância de não ser ela a medida ideal para coibir os abusos contra a ordem econômica. Antes, tem acentuadas e inequívocas funções repressivas. Se a medida visa a preservá-la, evitando a ganância, a *auri sacra fames*, o certo seria adotar uma espécie de medida de segurança à

⁹² BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P. 161.

⁹³ MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão Cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2005. P. 156.

*maneira daquelas que havia, entre nós, até antes da reforma da Parte Geral do nosso Código Penal. Que se estabeleçam sanções contra a empresa.*⁹⁴

Outro ponto importante para se destacar é o fato de existir lei específica sobre crimes contra a ordem econômica que também influencia na prisão do acusado, criando requisito autorizador, como por exemplo, “magnitude da lesão causada”. Sob esse aspecto nos mostra Tourinho Filho:

É de observar que a Lei nº 7.492/86, sobre o sistema financeiro, no seu art. 30, dispõe que, "Sem prejuízo do disposto no art. 312 do CPP... a prisão preventiva do acusado da prática de crime previsto nesta Lei poderá ser decretada em razão da *magnitude da lesão causada*". Criou-se, pois, mais uma circunstância autorizadora da medida odiosa. Circunstância também esdrúxula. E mais esdrúxula que a da "garantia da ordem econômica". Se a preventiva, como toda prisão processual, é instrumento para a realização do processo ou para a garantia do seu resultado, e, por isso mesmo, é providência cautelar, qual seria o *periculum libertatis* não se decretando a medida extrema, nesses crimes, quando houvesse "magnitude da lesão causada"? Obviamente nenhum.

Se a finalidade da preventiva fosse restituir ao lesado o que lhe foi subtraído, a medida seria excelente, mas, a toda evidência, não é nem pode ser. Para tanto a legislação apresenta uma gama de providências acauteladoras: bloqueio das contas bancárias, arresto ou indisponibilidade dos bens, dentre outras. A medida, aqui, objetiva, apenas, retoricamente, satisfazer o delírio e o desvairamento do povo (ou do *povão*, como se costuma dizer) quando vê uma pessoa de certo prestígio social ser presa. Seu contentamento nesses casos torna-se indescritível, a cegueira popular atinge as raias de um regozijo imensurável.⁹⁵

O último requisito, garantia da ordem pública, já tem como crítica inicial a própria expressão “ordem pública” a qual por ser bastante ampla e subjetiva abrange uma série de situações que podem ser enquadradas aqui para fins de decretação de uma prisão preventiva.

Nesse ponto deixou o legislador de aproveitar o momento de alteração do Código de Processo Penal para retirar a subjetividade aqui existente e que enseja várias batalhas judiciais as quais poderiam ser evitadas.

O subjetivismo da expressão pode gerar prisões ilegais ou decorrentes de abuso de autoridade haja vista sua vagueza e amplitude.

⁹⁴ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Prisão Preventiva**. Revistas Magister de Direito Penal e Processual Penal/Edições/29 - Abr/Maio 2009. P. 15.

⁹⁵ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Prisão Preventiva**. Revistas Magister de Direito Penal e Processual Penal/Edições/29 - Abr/Maio 2009. P. 16.

Para complementar, diz Bottini:

Por outro lado, outros avanços seriam importantes, mas não constam do Anteprojeto, dentre os quais a imprescindível alteração do artigo 312 — requisitos para prisão preventiva — para evitar a usual aplicação da cautelar de prisão como antecipação da pena. Houve a manutenção pelo Anteprojeto dos mesmos requisitos da redação atual do CPP,⁽⁵⁾ em especial da expressão “ordem pública”, cuja definição carece de precisão e pode ensejar a restrição de liberdade pela mera gravidade do crime ou por sua repercussão midiática.

No entanto, a manutenção da expressão “ordem pública” pelo Anteprojeto em discussão não seria tão impertinente, porque o texto proposto vedava expressamente, em qualquer hipótese, a prisão pela “gravidade do fato”. No entanto, o Projeto da CCJ do Senado alterou o texto original e passou a autorizar expressamente a preventiva “em face da extrema gravidade do fato”, redação que confere ao termo “ordem pública” uma abrangência desmedida e colide frontalmente com o princípio constitucional da presunção de inocência, por antecipar o juízo de autoria e desvincular a cautelar de qualquer justificativa atinente à ordem processual e à aplicação da lei penal.⁽⁶⁾

Mas, ainda que seja mantida a redação do Anteprojeto ou do Projeto da CCJ do Senado, é de ser ressaltado que o artigo 514 do primeiro, que teve o texto mantido no artigo 524 do segundo, estabelece que para a aplicação de *qualquer* cautelar, inclusive a prisão preventiva, será necessário demonstrar que estas são “meio absolutamente indispensável para assegurar os fins de persecução criminal”. Assim, a interpretação sistemática deverá, esperamos, impedir a ampliação excessiva do conceito de “ordem pública” e exigir sempre do magistrado uma motivação processual para a medida, para além da gravidade dos fatos.⁹⁶

Falemos agora dos três parágrafos que foram inseridos no artigo, sendo um deles complemento do último requisito, garantia da ordem econômica.

Os parágrafos inseridos trazem três regras básicas que deverão nortear o instituto da prisão cautelar com o objetivo de que ele seja utilizado somente em situações mais graves, quais sejam, jamais será utilizada como forma de antecipação da pena; a gravidade do fato ou o clamor público não justifica, por si só, a decretação da prisão preventiva; e, somente será imposta se outras medidas cautelares pessoais revelarem-se inadequadas ou insuficientes, ainda que aplicadas cumulativamente.

A primeira regra no mostra de forma explícita que a prisão preventiva terá que obedecer a instrumentalidade e a cautelaridade que deve norteá-la, devendo ser

⁹⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. <http://www.conjur.com.br/2010-set-21/projeto-cpp-nao-desconta-pena-grave-medida-cautelar-cumprida>.

regida por todos os princípios que a acompanham, mencionados no primeiro capítulo deste trabalho.

A segunda regra consolida o que a jurisprudência dos tribunais superiores já vinha trazendo, e que era o ponto positivo da garantia da ordem pública, sem deixar espaços para dúvidas. Saber, ao mínimo, o que não poderia ser configurado como ofensa a essa ordem pública.

A terceira e última regra consolida o caráter excepcional que tem a prisão, até porque, ao olharmos e analisarmos o sistema, podemos verificar que a liberdade é a regra e a prisão é a sua exceção confirmatória, a qual somente poderá ser decretada quando estiverem presentes os requisitos autorizadores.

Os citados parágrafos que foram inseridos somente merecem elogios, já que vieram embasando e consolidando situações ou que estavam inseridas no âmbito jurisprudencial ou no âmbito doutrinário e principiológico.

A última mudança importante a ser mencionada é o reexame obrigatório da prisão preventiva que exceder a 90 (noventa) dias, mudança diretamente ligada aos requisitos aqui trabalhados e que é muito bem vinda, porque o juiz ou tribunal competente deverá avaliar se persistem ou não os motivos determinantes da aplicação da prisão, podendo substituí-la, se for o caso, por outra medida cautelar.

Obviamente que existem várias outras mudanças trazidas pelo anteprojeto, mas as citadas são as que interessam ao presente trabalho.

CONCLUSÃO

Pode-se verificar que a prisão sempre existiu com funções diferentes, tendo sido utilizada, primeiramente, como forma de guardar os acusados para manter a sua integridade física, para depois vir a se transformar em pena privativa de liberdade.

Quando a prisão surge como forma de pena privativa de liberdade, vem dentro de seu conteúdo a idéia da prisão cautelar, que foi inicialmente utilizada para evitar que a pena definitiva não visse a ser cumprida por causa de uma fuga do acusado.

Após, com estudos e modernizações das idéias e conceitos sobre a prisão, esta como medida cautelar foi admitida com a finalidade de salvaguardar a justiça, impedindo que o acusado fugisse e, também, como forma de proteger a verdade, impedindo que provas pudessem ser danificadas ou perdidas.

Como se pode ver, o intuito da prisão cautelar foi sempre a proteção e salvaguarda de algum bem jurídico, de forma que se pudesse realizar a função para a qual o poder judiciário, aqui, foi investido, qual seja, a atividade jurisdicional e, conseqüentemente, a manutenção da harmonia e pacificação social.

Assim, ao se utilizar os critérios hoje adotados para a aplicação de uma prisão cautelar, como a proporcionalidade e os requisitos previstos em lei, estamos utilizando de um aparato legal para o correto exercício da atividade jurisdicional e, acima de tudo, para a manutenção do equilíbrio social.

A atualização dos requisitos autorizadores da prisão cautelar se absolutamente necessário uma vez que o direito é uma ciência dinâmica a qual deve evoluir conforme evolui a sociedade.

Em situações como a atual, o legislador deve aproveitar o momento de mudança e inserir aquilo que é bom e visa a melhora do instituto, modificar aquilo que não está mais de acordo com o ordenamento jurídico ou que gerava qualquer tipo de ambigüidade e manter aquilo que é bom, melhorando e complementando, se for o caso.

No caso do trabalho apresentado pode-se ver que o anteprojeto tentou melhorar o que já existia no direito positivado, fazendo com que os princípios presentes no ordenamento jurídico como um todo (Constituição Federal e doutrina de direito processual penal) fossem mais respeitados e atendidos, bem como a função primordial da prisão preventiva fosse cumprida como se deve.

Por fim, pode-se afirmar que as novidades trazidas pelo Anteprojeto são, no geral, adequadas para a melhora do instituto da prisão preventiva e conferir a devida eficácia à proteção da persecução penal que é seu fim.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

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

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. <http://www.conjur.com.br/2010-set-21/projeto-cpp-nao-desconta-pena-grave-medida-cautelar-cumprida>.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Prisão Preventiva**. Revistas Magister de Direito Penal e Processual Penal/Edições/29 - Abr/Maio 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão Cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.