



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ALESSANDRA FOGOLIM RODRIGUES

A BANALIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

FORTALEZA

2017

ALESSANDRA FOGOLIM RODRIGUES

A BANALIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Coordenadoria de Programas Acadêmicos da
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Ceará, como requisito parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Raul Carneiro
Nepomuceno.

FORTALEZA

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

R611b Rodrigues, Alessandra Fogolim.

A banalização da prisão preventiva / Alessandra Fogolim Rodrigues. – 2017.

106 f. : il.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2017.

Orientação: Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno.

1. Processo penal. 2. Medida cautelar. 3. Prisão preventiva. 4. Direitos e garantias fundamentais. 5. Operação Lava Jato. I. Título.

CDD 340

ALESSANDRA FOGOLIM RODRIGUES

A BANALIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Coordenadoria de Programas Acadêmicos da
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Ceará, como requisito parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Me. Sérgio Bruno Araújo Rebouças
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando Rafael de Paula Pessoa Morais
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Aos meus pais, Renata e Edivaldo, que sempre me apoiaram nos meus estudos e assim me ofereceram esta oportunidade de concretizar e encerrar esta fase da minha vida. E ao meu avô, Pedro (*in memoriam*), que apesar da ausência física ainda se faz presente em minha memória por seus ensinamentos e pelas saudades.

AGRADECIMENTOS

Sou grata, principalmente e sempre, aos meus pais, Renata e Edivaldo, pois confiaram em mim, e sei o quanto foi difícil chegar até aqui. Sei que não mediram esforços para que este sonho se realizasse, e sem a compreensão, ajuda e confiança deles nada disso seria possível hoje. Portanto agradeço-lhes, além desta conquista, por minha própria vida.

Aos meus amigos, que me apoiaram e que sempre estiveram ao meu lado durante esta longa jornada.

Aos professores, pois em muito colaboraram com meu crescimento, não apenas profissional, mas em muitas vezes como ser humano. Destaco a colaboração do meu orientador, professor Raul, que gentilmente aceitou me ajudar no decorrer deste trabalho com toda a paciência e zelo que caracterizam sua atuação, sempre me guiando para realizar o melhor possível. Também agradeço aos funcionários da Faculdade de Direito, que, além de colaborarem para a manutenção da nossa Salamanca, ainda tornavam meus dias mais agradáveis, com as conversas mantidas nos banquinhos da Instituição.

Não poderia deixar de agradecer também a duas pessoas, Rafael e Joseana, que, mais que supervisores (ou chefes), para mim são referências, de pessoas e de servidores públicos. Muito do pouco que sei devo também a eles, sempre me tratando com o maior carinho, mesmo quando eu não merecia.

E todos aqueles que de alguma forma estiveram comigo são destinatários de minha gratidão. Sem a ajuda, confiança e compreensão de vocês este sonho não teria se realizado. Muito obrigada.

“As leis que não protegem nossos adversários
não podem proteger-nos.” (Rui Barbosa)

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar o instituto da prisão preventiva e procura demonstrar como, em muitos casos, não é utilizada como instrumento, proteção ao processo, mas para finalidades diversas atentando contra os direitos individuais constitucionalmente garantidos. É cediço que a tutela cautelar se presta para garantir a eficácia do processo, sendo resguardada apenas para os casos em que realmente seja necessária, persistindo por breve lapso temporal. Entretanto, vislumbra-se na realidade a banalização da mais grave das medidas cautelares, a prisão preventiva. Dada a absurda quantidade de decretos prisionais cautelares, evidencia-se no sistema carcerário brasileiro um número quase igual de presos apenados e provisórios, terminologia empregada para incluir as demais espécies de prisões cautelares, constatando-se ser notória a ilegalidade e inconstitucionalidade da aplicação da medida em muitos casos. Questiona-se também a aplicação das preventivas no âmbito da Operação Lava Jato e a sua possível utilização como meio de forçar os presos a firmarem acordos de colaboração premiada. Para a realização deste trabalho científico empregou-se a pesquisa bibliográfica em artigos acadêmicos, doutrina e julgados e o método dedutivo para estudar o passado do instituto, as regras atuais e dois breves casos paradigmáticos. Conclui-se que a prisão preventiva é instrumento de cautela no processo penal, que deve ser utilizado em situações específicas e excepcionais, respeitando o mandamento constitucional da regra do direito à liberdade de locomoção.

Palavras-chave: Processo penal. Medida cautelar. Prisão preventiva. Direitos e garantias fundamentais. Operação Lava Jato.

ABSTRACT

This work aims to analyze preventive detention institute and seeks to show how, in several cases preventive detention is not used as a tool for a process protection, but for different purposes, undermining the constitutionally guaranteed individual rights. It is noticeable that a preventive injunction must be used to ensuring the efficiency of the process, being restricted only to cases in which it is really necessary, remaining for short timeframe. However, it is actually verified a great banalization of the most serious equitable relief, the preventive detention. Due to the outrageous quantity of provisional prison decrees, it is evidenced in the brazilian prison system a nearly identical number of permanent and provisional prisoners, terminology used to include further species of provisional prisons, noting that is clear the illegality and unconstitutionality of the application of the measure in many cases. It is also questioned the applicability of preventive injunctions in the framework of "Car Wash Operation" and its possible utilization as a means to force prisoners to grant "plea bargain" deals. To the achievement of this scientific study, have been applied a bibliographical research on academic papers, doctrines and jurisprudences and implemented the deductive method to study the institute's track record, current rules and two short case models reports. It is concluded that preventive detention is a caution instrument for criminal procedure, which must be used in particular and exceptional situations, observing the right to freedom of mobility established by the constitutional commandment.

Keywords: Penal procedure. Equitable relief. Preventive detention. Fundamental rights and safeguards. "Car Wash Operation".

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 CONCEITO E CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	13
2.1 Conceito de prisão.....	13
2.2 Evolução histórica da prisão preventiva.....	14
<i>2.2.1 Desenvolvimento do instituto no Brasil.....</i>	<i>19</i>
<i>2.2.2 A prisão preventiva na sistemática posterior ao Código de 1941.....</i>	<i>23</i>
2.3 Distinções entre as prisões cautelares: flagrante, domiciliar, temporária e preventiva.	28
<i>2.3.1 A prisão em flagrante e sua natureza pré-cautelar.....</i>	<i>29</i>
<i>2.3.2 A prisão domiciliar.....</i>	<i>31</i>
<i>2.3.3 A prisão temporária.....</i>	<i>32</i>
<i>2.3.4 A prisão preventiva.....</i>	<i>36</i>
<i>2.3.4.1 Das hipóteses de cabimento da prisão preventiva.....</i>	<i>38</i>
<i>2.3.4.2 Do cabimento da preventiva subsidiariamente às cautelares diversas da prisão.....</i>	<i>41</i>
<i>2.3.4.3 Da inadmissibilidade da prisão preventiva nos casos de excludentes de ilicitude.....</i>	<i>42</i>
<i>2.3.4.4 Do prazo da prisão preventiva.....</i>	<i>42</i>
<i>2.3.4.5 Da extinção da prisão preventiva.....</i>	<i>43</i>
3 DA EXCEPCIONALIDADE, DA PROPORCIONALIDADE E DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA.....	45
3.1 O <i>fumus comissi delicti</i>.....	45
3.2 O <i>periculum libertatis</i>.....	46
<i>3.2.1 A garantia da ordem pública.....</i>	<i>47</i>
<i>3.2.2 A garantia da ordem econômica.....</i>	<i>50</i>
<i>3.2.3 A aplicação da lei penal.....</i>	<i>52</i>
<i>3.2.4 A conveniência da instrução criminal.....</i>	<i>53</i>
3.3 A instrumentalidade e excepcionalidade da prisão preventiva	55
<i>3.3.1 A excepcionalidade em razão da regra da proporcionalidade.....</i>	<i>57</i>
<i>3.3.1.1 Dos requisitos intrínsecos da regra da proporcionalidade.....</i>	<i>59</i>
<i>3.3.1.2 A proporcionalidade e a prisão preventiva.....</i>	<i>60</i>
3.4 Da prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência.....	64
4 A BANALIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA.....	70

4.1 Mídia e opinião pública como influenciadoras na imposição das prisões preventivas	73
4.2 A aplicação da prisão preventiva no âmbito da Operação Lava Jato	78
<i>4.2.1 Estudo de caso: réu Eduardo Cosentino da Cunha</i>	82
<i>4.2.2 A prisão preventiva como forma de obtenção de acordos de colaboração premiada...</i>	88
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	93
REFERÊNCIAS	95

1 INTRODUÇÃO

A prisão preventiva é um dos instrumentos do processo penal que visa garantir a efetividade da prestação jurisdicional, junto às demais cautelares penais. Deve ser imposta apenas em último caso, respeitados os requisitos e pressupostos legais, razão pela qual constitui medida excepcional. Contudo, analisando-se o panorama jurídico brasileiro, nota-se a utilização excessiva de medidas cautelares, sobretudo a prisional.

Deste modo, este trabalho pretende analisar o regime jurídico da prisão preventiva no processo penal brasileiro e apresentar críticas ao desarrazoado excesso de prisões preventivas decretadas. Neste trabalho empregou-se a pesquisa bibliográfica em artigos acadêmicos, doutrina e julgados e o método dedutivo para estudar o passado do instituto, a conformação atual e dois breves casos paradigmáticos.

Saliente-se que mesmo após a reforma produzida pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011 (BRASIL, 2011), no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que introduziu novidades benéficas ao investigado/réu, modificando substancialmente o sistema de cautela do processo penal mediante a apresentação de alternativas diversas à prisão cautelar, uma vez que até então o processo penal permitia que o indivíduo respondesse ao processo encarcerado ou em liberdade, os abusos nas decretações das prisões persistem.

De acordo com os dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), vinculado ao Ministério da Justiça, em 2014 a população carcerária brasileira era de 622.202 pessoas, excluindo-se os custodiados nas delegacias de polícia, 40,1% dos quais são presos provisórios (BRASIL, [2016], p. 15).

Além disso, o Ministério da Justiça, em estudo realizado em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), apurou que 37,2% dos presos provisórios não são condenados ao fim do processo. Desse modo, hipoteticamente, de todas as quase 250 mil pessoas presas cautelarmente, provavelmente cerca de 90 mil não serão sentenciadas à prisão, seja em razão de absolvição ou por aplicação de penas restritivas de direitos (BRASIL, [2015], p. 6).

De visu, percebe-se que a prisão provisória é usada de maneira inadvertida, posto que mesmo com a supremacia do postulado da presunção de inocência, a medida cautelar sofreu um processo de banalização. O punitivismo dos indivíduos a que se imputa determinada prática criminosa distorce o papel destinado, a priori, à custódia de caráter preventivo, atribuindo-lhe função diversa da ideal.

A prisão antes do trânsito em julgado processual, em especial a preventiva, passou a ser aplicada orientada por finalidades práticas inconstitucionais, dirigidas ao controle social, prestando-se a antecipar a pena do “presumido inocente”. Pouco se observam os pressupostos e requisitos inerentes à restrição cautelar da liberdade. A prisão cautelar, em tese, deveria ser a *ultima ratio* dentro do sistema processual penal brasileiro, aplicada somente nos casos de absoluta necessidade. Entretanto, conforme será demonstrado, não é o que acontece na prática.

Inicialmente, no primeiro capítulo, estuda-se brevemente a evolução histórica do instituto, culminando com a sua atual conformação no ordenamento jurídico brasileiro. Na sequência delimita-se o estudo, apresentando-se as diferentes espécies de prisões cautelares e suas peculiaridades, seguidas dos requisitos necessários, de acordo com o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), para que seja permitida sua decretação.

Em seguida, no segundo capítulo, passa-se à análise dos fundamentos *fumus comissi delicti e periculum in mora*, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), investigando-se os pressupostos da garantia da ordem pública e econômica, da aplicação da lei penal e da conveniência da instrução criminal. Demonstra-se a instrumentalidade dessa medida cautelar, assim como a sua excepcionalidade, justificada pelo mandamento constitucional, pois a liberdade de locomoção é a regra no Estado Democrático de Direito, e a conformação da restrição da liberdade sem uma condenação em detrimento ao princípio constitucional da presunção de inocência. Em seguida aborda-se a necessidade da verificação da proporcionalidade da medida, de acordo com a teoria alemã, e a imperativa apreciação das três sub-regras; a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Ao contrário das características elencadas, como a proporcionalidade e extrema necessidade, são observados vários casos de violação dos princípios cautelares e dos requisitos necessários para o decreto preventivo, o que motivou a realização deste trabalho. Igualmente, devido à falta de prazo máximo de duração da segregação cautelar, somada à inexistência de obrigação periódica de reexame da manutenção da situação fática ensejadora da aplicação da medida, vislumbram-se casos de prisões preventivas que perduram durante longos períodos, às vezes anos, ultrapassando, em certas ocasiões, a duração da custódia cominada em posterior decisão condenatória.

Finalmente, no terceiro capítulo, apresentam-se alguns dados da população carcerária brasileira, aponta-se a existência de interferência da mídia e da opinião pública que leva ao abuso nas decretações e analisam-se dois casos de decretações de prisões preventivas

paradigmáticas, questionando-se sua necessidade, adequação, e sobretudo sua legalidade. Aborda-se um deles em um item dedicado ao estudo da Operação Lava Jato, com a utilização da mídia como legitimadora das decisões e a (aparente) afronta ao caráter excepcional e instrumental da preventiva, com o (possível) emprego da prisão cautelar como meio utilizado para se obter um acordo de colaboração premiada.

2 CONCEITO E CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Objetivando o bom desenvolvimento da pesquisa, considera-se imprescindível iniciar a abordagem teórica da temática com a análise do conceito de prisão, apresentando, na sequência, a evolução histórica do instituto da prisão preventiva na legislação brasileira e estabelecendo as diferenças entre essa modalidade de privação de liberdade e as demais espécies de prisões.

Em seguida, discorre-se acerca da prisão preventiva como medida cautelar e de sua instrumentalidade no processo penal, sob a ótica da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) e seus princípios.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o processo penal não contempla a existência de uma *ação cautelar autônoma*. Em face da ausência de um *processo cautelar*, torna-se necessária a existência de instrumentos hábeis para elidir questões urgentes que possam surgir no decorrer das investigações ou ao longo da fase processual.

Os mencionados instrumentos são denominados medidas cautelares e têm o objetivo de promover a solução das questões urgentes sem, contudo, ser necessária a proposição de uma ação autônoma para tal, concretizando-se por meio de medidas incidentais no próprio processo penal já iniciado, ou no procedimento pré-processual.

De acordo com Aury Lopes Jr. (2014, p. 807), há no processo penal brasileiro “medidas cautelares penais” que podem ser decretadas a qualquer momento, desde a investigação preliminar até o fim do processo de execução. As prisões cautelares e as medidas cautelares diversas da prisão são meramente incidentes processuais (ainda que na fase pré-processual, na qual se cogitaria de um pseudocaráter preparatório). Portanto, não há o exercício de uma ação específica para essa finalidade, o que significa que não se pode falar em processo cautelar, mas em medidas cautelares.

2.1 Conceito de prisão

Prisão é a supressão da liberdade de locomoção por meio do recolhimento do indivíduo ao cárcere.

Renato Brasileiro de Lima conceitua a prisão como sendo a “privação da liberdade de locomoção, com o recolhimento da pessoa humana ao cárcere, seja em virtude de flagrante delito, ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, seja em

face de transgressão militar ou por força de crime propriamente militar, definidos em lei.” (LIMA, 2011a, p. 1175).

A privação da liberdade pode advir de sentença condenatória em ação penal, modalidade consistente em prisão pena, que tem caráter preponderantemente retributivo e é uma das possíveis respostas do Estado perante o cometimento de um delito.

Contudo, é possível o encarceramento do indivíduo antes da decisão condenatória, no curso da persecução penal, quando no caso concreto se revelar a extrema necessidade, por meio de decisão devidamente motivada, nos parâmetros estabelecidos pelo Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941) (BRASIL, 1941) ou pela Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989 (BRASIL, 1989), esta cabível apenas para a fase de investigação policial. Em ambos os casos se constata que o indivíduo em liberdade é um risco a ser contido. A custódia em estudo é medida cautelar, denominada prisão processual ou provisória.

A prisão cautelar é revestida de precariedade, consistindo em providência temporária que apenas se justifica mediante imperiosa necessidade, a ser imediatamente revogada caso os requisitos que levaram à sua decretação não mais subsistam. Seu caráter provisional é evidente, haja vista a possibilidade de sua manutenção enquanto não se desnaturarem os requisitos que a impuseram, constituindo a característica *rebus sic stantibus* da prisão provisória e das demais medidas cautelares.

As prisões estão constitucionalmente fundamentadas no artigo 5º, LXI, da Carta de 1988 (BRASIL, 1988), do qual se extrai que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; [...]”.

Portanto, excepcionados os casos de transgressão ou crime militar e flagrante delito, a prisão sempre será decretada por juiz competente, seja em sentença penal condenatória, seja em decisão interlocutória que imponha esse instituto como medida acauteladora.

2.2 Evolução histórica da prisão preventiva

Faz-se importante o estudo da evolução histórica do instituto da prisão preventiva, ainda que breve, posto que possibilitará o esclarecimento de algumas de suas características e influências que repercutem na sistemática atual.

É sabido que mesmo nos tempos mais remotos os seres humanos se organizavam

em grupos sociais, e nessas sociedades já existiam regras comportamentais. Tais regras eram imbuídas de eficácia pelo costume e pavimentadas, revestidas de obrigatoriedade pelos credos religiosos. Nessas organizações primitivas inexistia um órgão que desempenhasse a função de autoridade da coletividade. Não havia, portanto, qualquer forma de Estado.

As primeiras normas produzidas foram leis penais, embora não houvesse à época a concepção de prisão como pena, como se extrai da leitura das palavras de Maria Ignez Kato:

Não havia, até então, a pena privativa de liberdade como sanção principal. **Consta que a privação de liberdade surgiu como função cautelar no Direito Romano**, sendo a pena definitiva voltada para o exílio-segregação e para a escravização-acorrentamento. (KATO, 2005, p. 12, grifo nosso).

Na sequência, constatou-se que durante a Antiguidade¹ existia uma espécie de prisão cautelar, o encarceramento provisório, imposto, ainda que excepcionalmente, como maneira de garantir a execução da pena a ser posteriormente determinada. De acordo com Bitencourt, esse mecanismo objetivava preservar os réus “fisicamente até o momento de serem julgados ou executados” (2012, p. 28).

O caráter excepcional da medida cautelar advinha da possibilidade de ela ser substituída por garantia pecuniária:

[...] como a garantia fidejussória, admitida, entre os homens livres, para os que houvessem confessado o crime. Era considerado, para a decretação da custódia, o grau de probabilidade de uma condenação, pois o segregamento do réu antes da sentença tinha o objetivo de garantir eventual aplicação de pena. Não tinha, porém, qualquer caráter aflitivo ou punitivo (CRUZ, 2011, p. 7).

Logo, exsurge que na Antiguidade a prisão não se prestava para o cumprimento da pena, apresentando-se antes como medida provisória para tornar efetivo esse cumprimento. Em verdade, não havia caráter punitivo na prisão e sim preventivo, posto que visava deter o sujeito até o julgamento, evitando que se afastasse do distrito da culpa. Conclui-se que a prisão tinha caráter transitório e instrumental, assemelhando-se ao modelo atual nesse aspecto, entendimento professado por Basileu Garcia, para quem “o aprisionamento só era usado para evitar a fuga dos réus. Não passava, pois, de medida processual, equivalente à atual prisão preventiva” (1980, p. 449). Ademais, ressalte-se que àquela época as penas eram preponderantemente de morte, ou cruéis.

Nesse sentido, assevera Bitencourt (2012) que as condenações na maioria das vezes eram as de “pena de morte, as penas corporais (mutilações e açoites), e as infamantes” (p. 28). Na Grécia e Roma Antigas, a prisão ainda era instrumento utilizado para garantir a

¹ Importa salientar que aqui se analisa sucintamente o desenvolvimento do instituto da prisão preventiva nas civilizações grega e romana, principais influências culturais para o Ocidente, e, por conseguinte, para o Brasil.

satisfação do crédito pelo devedor mediante o seu aprisionamento, ou pela realização de trabalho forçado que futuramente quitaria o devido (p. 29).

Os romanos não se utilizavam do cárcere como forma de punição, mas para garantir o cumprimento da pena a ser posteriormente imposta. Nesse sentido é o texto de Ulpiano integrante do Digesto (livro 48, título XIX, fragmento 8, parágrafo 9), “*Carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberit debet*”, que pode ser traduzido como a prisão serve não para o castigo dos homens, mas para a sua custódia. Conclui-se, portanto, que durante a Antiguidade a humanidade não conheceu a prisão como forma de punição, e sim com a finalidade cautelar, de custódia. A pena usualmente era o exílio-segregação ou a escravização-acorrentamento (TORNAGHI, 1963, p. 194). Ainda nesse sentido Bitencourt releva:

[...] que de modo algum podemos admitir nesse período da história sequer um germe da prisão como lugar de cumprimento de pena, já que o catálogo de sanções praticamente se esgotava com a morte, penas corporais e infamantes. A finalidade da prisão, portanto, restringia-se à custódia dos réus até a execução das condenações referidas. A prisão dos devedores tinha a mesma finalidade: garantir que cumprissem as suas obrigações (BITENCOURT, 2012, p. 29).

Os historiadores apontam a invasão dos povos bárbaros e a queda do Império Romano Ocidental como o marco final da Idade Antiga. Inicia-se uma nova era na Europa, por muitos considerada um período de trevas, pela aparente estagnação cultural que perdurou por quase mil anos.

Ao longo da Idade Média, designação que abrange o período compreendido entre os séculos V ao XV, notoriamente prevalece o sistema inquisitório como modelo processual penal, resultando na ampla utilização da prisão com o objetivo de manter o acusado à disposição do inquisidor, mormente para que possa obter sua confissão por meio de tortura a ele impingida. Ressalte-se que o caráter excepcional observado no curso da Antiguidade não subsiste, haja vista que a prisão, nos moldes aqui mencionados, passou a ser largamente utilizada (BITENCOURT, 2012, p. 30).

Do mesmo modo asseverou Ferrajoli:

A história da detenção cautelar do imputado no transcurso do processo está estritamente conectada com a do princípio da presunção de inocência: na medida e nos limites em que a primeira foi sendo cada vez mais admitida e praticada, seguiram-se de perto os desenvolvimentos teóricos e normativos do segundo. Desse modo, ocorreu que enquanto em Roma, após experiências alternadas, chegou-se a proibir por completo a prisão preventiva, **na Idade Média, com o desenvolvimento do procedimento inquisitório, ela se tornou o pressuposto ordinário da instrução, baseada essencialmente na disponibilidade do corpo do acusado como meio de obter a confissão *per tormenta***. E só voltou a ser estigmatizada com o iluminismo, concomitantemente à reafirmação do princípio “*nulla pena, nulla culpa sine iudicio*” e à redescoberta do processo acusatório. (FERRAJOLI, 2006, p. 508, grifos nossos).

Nos anos medievais, o cárcere persistiu como local, desumano e lúgubre, onde o indivíduo aguardava ser julgado. Sobre o caráter provisório do cárcere aduz Bitencourt que “Durante todo o período da Idade Média, a ideia de pena privativa de liberdade não aparece. Há, nesse período, um claro predomínio do direito germânico. A privação da liberdade continua a ter uma finalidade custodial, [...]” (BITENCOURT, 2012, p. 30). Contudo, além da custódia temporária imposta pelo Estado, nessa época surge um novo tipo de prisão: a eclesiástica.

A prisão promovida pelo Estado tinha por finalidade custodiar os inimigos do poder (real ou senhorial) que tivessem praticado traição contra os adversários políticos dos governantes e cometido delitos que se entendiam de menor lesividade/ofensividade, nesses casos afastando as penas de morte, as infamantes e as de mutilações. Noutra norte, a prisão eclesiástica era imposta como pena aos monges que afrontavam os dogmas da Igreja. Nessa hipótese da segregação a prisão objetivava punir os religiosos, que eram enviados a claustros para se penitenciarem, apresentando assim um sentido de penitência e meditação, do qual deriva o vocábulo “penitenciária”. Portanto, não eram impostas aos clérigos as populares penas cruéis de suplício e mutilações (BITENCOURT, 2012, p. 34).

O Direito Canônico, nesse contexto, colaborou para a transformação do encarceramento em forma de castigo ou pena, por meio do isolamento do indivíduo em arcabouços para cumprir o tempo de espera necessário à sua redenção.

O pensamento cristão, com algumas diferenças entre o protestantismo e o catolicismo, proporcionou, tanto no aspecto material como no ideológico, bom fundamento à pena privativa de liberdade. Por essa razão, não é casual que se considere que uma das poucas exceções à prisão-custódia do século XVI tenha sido a prisão canônica. [...] De toda a Idade Média, caracterizada por um sistema punitivo desumano e ineficaz, só poderia destacar-se a influência penitencial canônica, que deixou como secura positiva o isolamento celular, o arrependimento e a correção do delinquente, assim como outras ideias voltadas à procura da reabilitação do recluso. (BITENCOURT, 2012, p. 34).

Na Idade Moderna, em meados do século XVIII, a prisão preventiva retoma o caráter de excepcionalidade e cautelaridade. Todavia apresenta novas nuances, admitindo, além da serventia para a garantia da justiça, que visava impedir a evasão do processado ou que se perdessem ou se danificassem as provas, a tutela da defesa da ordem pública, na qual assumia a função de evitar a reiteração criminosa dos acusados (CRUZ, 2011, p. 8).

Apenas na segunda metade do século XVIII, marcada pelos ideais iluministas, preponderantemente de Voltaire, Montesquieu e Rousseau, foram questionados os procedimentos de excessiva crueldade, os castigos corporais e a pena capital. Outros

pensadores, além dos citados, também almejavam “a reforma do sistema punitivo” (BITENCOURT, 2012, p. 52). Nesse sentido, Cesare Beccaria sustentou que “é melhor prevenir o crime do que castigá-lo (BECCARIA, 2000, p. 101); John Howard, por sua vez, professava a adoção de princípios religiosos na aplicação da pena e a humanização das prisões como forma de recuperação do indivíduo; e Jeremy Bentham defendia que o encarceramento era maneira de prevenir a prática de delitos análogos. Bentham também foi o idealizador do modelo panóptico de prisão (1789), cuja concepção permite que um só vigilante possa observar todos os detentos sem que eles saibam. Assim, nesse período a prisão toma nova feição, passando também a ser aplicada como forma de penalizar o indivíduo (BITENCOURT, 2012, p. 50).

Ainda no século XVIII, os excessos do poder punitivo estatal foram combatidos e buscou-se reduzir a intervenção arbitrária do Estado na liberdade individual. Nessa senda, germinaram alguns princípios, como o da presunção de inocência (*in dubio pro reo*), que deve ser interpretado como vedação da prisão por suspeita e da pena antecipada. A presunção de inocência está diretamente relacionada a outros princípios relevantes, como o do devido processo legal, o da atribuição do ônus da prova ao órgão acusador, o do contraditório e o da ampla defesa (LOPES JR., 1998).

Contudo, a transformação da prisão-custódia em prisão-pena não decorreu unicamente de ideais filosóficos. Antes, como explica Bitencourt, “A difusão da pena consistente na detenção do culpado e o modo de produção capitalista contribuem de maneira determinante para a compreensão do fenômeno e destroem definitivamente os mitos e os lugares comuns da imutabilidade da prisão através dos séculos.” (2012, p. 51). Portanto, não se pode afirmar, sem ser ingênuo ou excessivamente simplista, que a prisão surge do impulso de um ato humanitário com a finalidade de fomentar a reforma do delinquente. Esse fato não retira a importância dos propósitos reformistas sempre atribuídos à prisão-pena, mas sem dúvida deve ser levado em consideração.

No início do século seguinte, mormente pela influência do italiano Francesco Carrara, passou-se a admitir que a prisão cautelar tinha finalidades voltadas à salvaguarda da justiça (para impedir a fuga do acusado), da verdade (para impedir que se percam ou se danifiquem as provas) e da defesa pública (para impedir que certos acusados continuem seus ataques ao direito alheio). Carrara (1978, p. 226) ainda asseverava que a prisão cautelar deveria ser imposta apenas para crimes graves e por curto período de tempo, por se tratar de uma “injustiça necessária” (*apud* CRUZ, 2011, p. 9).

Galdino Siqueira, nos primeiros anos do século XX, assenta que a prisão

preventiva era “uma medida, imposta pela necessidade, para acautelar ou assegurar a administração da justiça” (*apud* CRUZ, 2011, p. 9).

Destarte, ao longo da história, a prisão serviu a finalidades distintas das que hoje fundamentam sua existência nos ordenamentos processuais penais, isto é, como modo de salvaguardar os meios e fins do processo penal ou, extraordinariamente, como medida de proteção ou defesa social.

2.2.1 Desenvolvimento do instituto no Brasil

Atendo-se agora ao estudo do encarceramento provisório no Brasil, tem-se que a história da aplicação das prisões remonta ao descobrimento, mantendo-se a sistemática praticamente imutada até a chegada da família real portuguesa ao País, em 1808.

Seguindo o modelo utilizado em boa parte da Europa nesse período, a prisão aqui também era um local lúgubre onde os acusados aguardavam julgamento, ou eram esquecidos até que morressem. O aprisionamento não era pena autônoma, mas medida de contenção do imputado até que recebesse uma pena.

Enquanto vigiam as Ordenações Manuelinas, entre 1521 e 1605, o instituto da prisão preventiva era amplamente utilizado. Sua decretação ocorria com a denúncia de um crime, o que se denominava “dar querela”, e as infrações de menor potencial ofensivo obrigavam a apresentação de provas que fundamentariam as alegações do denunciante (COSTA, 2008, p. 56).

Em verdade, essas Ordenações pouco influenciavam o que se passava no Brasil Colônia, uma vez que os capitães donatários detinham poder absoluto sob seus domínios, e estatuíam arbitrariamente o direito a ser aplicado:

[...] Como cada um tinha um critério próprio, era catastrófico o regime jurídico do Brasil-Colônia. **Pode-se afirmar sem exagero que se instalou tardiamente um regime jurídico despótico, sustentado em um neofeudalismo luso-brasileiro, com pequenos senhores, independentes entre si, e que, distantes do poder da Coroa, possuíam um ilimitado poder de julgar e administrar seus interesses.** De certa forma, essa fase colonial reviveu os períodos mais obscuros, violentos e cruéis da História da Humanidade, vividos em outros continentes (BITENCOURT, 2000, p. 41, grifo nosso).

As Ordenações Filipinas, de 1603, regras resultantes da reforma das Ordenações Manuelinas, introduziram inovações benéficas para o suspeito (muito embora mantivessem o caráter cruel e inquisitório do processo penal), entre as quais a apresentação necessária de prova ou de algum meio idôneo que pudesse atestar a ocorrência do fato e indicar a autoria do

denunciado para a decretação da prisão, independentemente da gravidade do delito. Por mais de dois séculos foi esse o direito observado pelo Brasil Colônia no que se refere à prisão cautelar (COSTA, 2008, p. 291).

Mais à frente, influenciado pelo movimento iluminista e fomentado pelas relações sociais mais vigorosas que se estabeleceram no Brasil a partir de 1800, especialmente após a chegada da Família Real Portuguesa, assim como em razão da Constituição de características liberais de 1824 (BRASIL, 1824), evidenciava-se o fim próximo das Ordenações Filipinas.

É possível perceber a mencionada influência iluminista com a leitura dos artigos 7º e 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (SÃO PAULO, 1789), transcritos na sequência, e, posteriormente, do Decreto de 23 de maio de 1821 (BRASIL, 1821) e da Constituição Imperial de 1824 (BRASIL, 1824):

Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.

Art. 7º. **Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas.** Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

[...]

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei. (SÃO PAULO, 1789, grifo nosso).

No excerto acima, identificam-se os princípios da legalidade e presunção de inocência insculpidos no documento revolucionário, anunciando a chegada de novos tempos. No ano de 1821, atento às mudanças, o príncipe regente Dom Pedro percebe a prática de inúmeras arbitrariedades pelas autoridades judiciais e políticas quanto às decretações de prisões preventivas. Ante o fato, e claramente inspirado nos ideais expressos na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, o monarca expressa seu descontentamento no Decreto de 23 de maio de 1821:

[...] Constando-Me que alguns Governadores, Juizes Criminaes e Magistrados, violando o Sagrado Deposito da Jurisdição que se lhes confiou, **mandam prender por mero arbitrio, e antes de culpa formada, pretextando denuncias em segredo, suspeitas vehementes, e outros motivos horrorosos à humanidade para impunemente conservar em masmorras,** vergados com o peso de ferros, homens que se congregaram convidados por os bens, que lhes offerecera a Instituição das Sociedades Civis, o primeiro dos quses é sem duvida a segurança individual; [...] (BRASIL, 1821, grifo nosso).

Em face das absurdas iniquidades extensamente aqui sucedidas, Dom Pedro I ordena que “[...] nenhuma pessoa livre no Brazil possa jamais ser presa sem ordem por escripto do Juiz, ou Magistrado Criminal do territorio, excepto sómente o caso de flagrante

delicto, em que qualquer do povo deve prender o delinquente” (BRASIL, 1821).

Logo em seguida, em virtude da declaração de independência política em relação à metrópole portuguesa em 1822, fez-se mister a produção de uma constituição, tendo a primeira Carta Magna brasileira sido outorgada em 1824. Em seu artigo 179 lê-se o seguinte:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

VIII. **Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei;** e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as.

[...]

X. **A' excepção de flagrante delicto, a prisão não pôde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima.** Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar. (BRASIL, 1824, grifos nossos).

Nesse contexto, dada a influência dos ideais albergados pelos revolucionários franceses, a Constituição do Império (BRASIL, 1824) robusteceu a prisão preventiva como instrumento processual, visando garantir a eficácia da prestação jurisdicional, coadunando-se com os princípios da Ampla Defesa, Legalidade e Devido Processo Legal.

As Ordenações Filipinas continuaram vigentes, sofrendo uma espécie de controle de constitucionalidade no que contrariasse a nova ordem constitucional até a edição do Código de Processo Criminal (Lei de 29 de novembro de 1832), no ano de 1832, cuja elaboração já havia sido determinada no texto constitucional (BRASIL, 1832).

O entendimento extraído do texto constitucional, da prisão como medida excepcional, foi também inserto no Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832 (BRASIL, 1832), que concedeu aos juízes a competência para decidir sobre a conveniência da cautelar prisional:

CAPITULO III - DA PRISÃO SEM CULPA FORMADA, E QUE PÓDE SER EXECUTADA SEM ORDEM ESCRIPTA

Art. 131. Qualquer pessoa do povo pôde, e os Officiaes de Justiça são obrigados a prender, e levar á presença do Juiz de Paz do Districto, a qualquer que fôr encontrado commettendo algum delicto, ou emquanto foge perseguido pelo clamor publico. Os que assim forem presos entender-se-hão presos em flagrante delicto.

Art. 132. Logo que um criminoso preso em flagrante fôr á presença do Juiz, será interrogado sobre as arguições que lhe fazem o conductor, e as testemunhas, que o acompanharem; do que se lavrará termo por todos assignado.

Art. 133. **Resultando do interrogatorio suspeita contra o conduzido, o Juiz o mandará pôr em custodia em qualquer lugar seguro, que para isso designar; excepto o caso de se poder livrar solto, ou admittir fiança, e elle a dér; e**

procederá na formação da culpa, observando o que está disposto a este respeito no Capítulo seguinte.

[...]

CAPITULO VI - DA ORDEM DE PRISÃO

Art. 175. **Poderão também ser presos sem culpa formada os que forem indiciados em crimes, em que não tem lugar a fiança; porém nestes, e em todos os mais casos, á excepção dos de flagrante delicto, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escripta da autoridade legítima.** (BRASIL, 1832, grifos nossos).

Portanto não era permitida a prisão sem culpa formada, e, mesmo em caso de condenação, ninguém poderia ser conduzido à prisão, ou nela mantido, se prestasse fiança idônea nos casos em que a Lei permitia. O Código ainda concedia a liberdade sem fiança se o crime não fosse punido com pena superior a seis meses. A Lei, no entanto, permitia a prisão quando ainda não havia culpa formada, nos casos de prisão em flagrante delito, ou em caso de indiciamento por crimes nos quais não coubesse fiança. Desse modo é a leitura dos artigos 133 e 175 do pioneiro Código de Processo Criminal (BRASIL, 1832).

Até a Proclamação da República a lei processual sofreu algumas reformas, contudo, no que tange à prisão cautelar é digna de nota uma alteração introduzida pela Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871 (BRASIL, 1871), que restringia o rol de crimes passíveis de prisão preventiva e estipulava um prazo máximo após o fato para que esta fosse imposta:

Art. 13. [...]

[...]

§ 2º A' excepção de flagrante delicto, **a prisão antes da culpa formada só pôde ter lugar nos crimes inafiançáveis, por mandado escripto do Juiz competente para a formação da culpa ou á sua requisição**; neste caso precederá ao mandado ou á requisição declaração de duas testemunhas, que jurem de sciencia propria, ou prova documental de que resultem vehementes indícios contra o culpado ou declaração deste confessando o crime.

[...]

§ 4º **Não terá lugar a prisão preventiva do culpado, se houver decorrido um anno depois da data do crime.** (BRASIL, 1871, grifos nossos).

Com a proclamação da República em 1889 fez-se necessária a lavratura de nova Carta Magna que se adequasse à nova forma política do Estado brasileiro. Assim, em 1891, foi promulgada a primeira Constituição Republicana do Brasil (BRASIL, 1891). Nela havia a previsão de que os recém-criados estados membros possuíam capacidade para legislar sobre matéria processual penal, dissolvendo-se, assim, a uniformidade do tema.

Ocorre que os modelos de processo penal adotados pelos estados membros eram extremamente díspares entre si, conflitando muitas vezes com a ordem constitucional. Dessa feita, e também inspirado pelo Código de Processo Penal italiano de 1930, de viés fascista e nacionalista, que inclusive albergava em seu texto a prisão compulsória para os delitos cometidos contra a personalidade do Estado e o homicídio, por exemplo, o Estado brasileiro

aboliu a competência legislativa dos estados membros sobre matéria processual penal na Constituição de 1934 (BRASIL, 1934).

Contudo, após breve período democrático sobreveio o regime totalitário do presidente Getúlio Vargas, tendo como marco a outorga da Constituição de 1937 (BRASIL, 1937), também conhecida por “Polaca”, dada sua inspiração no modelo polonês, na qual se observava extremo autoritarismo e a concessão de amplos poderes ao governo.

Nesse contexto, foi instituído o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (BRASIL, 1941), atual Código de Processo Penal brasileiro, redigido pelo jurista Francisco Campos, também autor da Constituição “Polaca”.

2.2.2 A prisão preventiva na sistemática posterior ao Código de 1941

O CPP de 1941 (BRASIL, 1941) expandiu a possibilidade de imposição das medidas prisionais, principalmente em sua modalidade preventiva. Na sua Exposição de Motivos, produzida em 8 de setembro de 1941, é possível notar a característica autoritária:

A REFORMA DO PROCESSO PENAL VIGENTE.

II- De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, **impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem.** As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. **Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social.** Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. **O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social.** Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. [...] (BRASIL, 1941, grifos nossos).

Sobre a mencionada influência autoritária do Código fascista explica Tourinho Filho:

Manifesta foi a influência que o diploma peninsular exerceu sobre seus elaboradores. **E a tal ponto chegou essa influência que, desprezando todo um passado de repúdio à prisão preventiva compulsória, foi ela introduzida no Direito pátrio,** para não se perder o velho hábito de trazer para o terceiro mundo as novidades da Velha Europa. [...] (TOURINHO FILHO, 2005, p. 447).

A prisão preventiva, então, passou a ter sua admissibilidade ampliada nas mais diversas hipóteses, albergando uma hipótese de prisão preventiva obrigatória, de acordo com

o então vigente artigo 312 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), e pela primeira vez incluindo os pressupostos do interesse da ordem pública, da instrução criminal, ou da efetiva aplicação da lei penal nos termos do artigo 313.

Eis a primitiva redação do atual Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) no que concerne à prisão preventiva:

Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria.

Art. 312. **A prisão preventiva será decretada nos crimes a que fôr cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.**

Art. 313. **A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal:**

I - nos crimes inafiançáveis, não compreendidos no artigo anterior;

II - nos crimes afiançáveis, quando se apurar no processo que o indiciado é vadio ou quando, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou indicar elementos suficientes para esclarecê-la;

III - nos crimes dolosos, embora afiançáveis, quando o réu tiver sido condenado por crime da mesma natureza, em sentença transitada em julgado. (BRASIL, 1941, grifos nossos).

De acordo com Rogério Schietti Cruz, uma das inovações introduzidas pelo novo Código foi a “prisão preventiva obrigatória, [...] cabível para os autores de crimes em que se cominasse pena máxima de reclusão igual ou superior a dez anos”, para cuja decretação dispensava-se “outro requisito além da prova indiciária contra o acusado” (CRUZ, 2011, p. 38).

Nota-se, portanto, com o advento da prisão preventiva obrigatória a preponderância da característica de presunção de culpabilidade do Processo Penal, a propósito do que Eugênio Pacelli de Oliveira assim assevera:

O sistema prisional do Código de Processo Penal de 1941, em sua primitiva redação, foi elaborado e construído a partir de um juízo de antecipação de culpabilidade (aqui referida no sentido lato, de responsabilidade penal), na medida em que a fundamentação da custódia (ou prisão), referia-se apenas à lei, e não uma razão cautelar específica. (OLIVEIRA, 2011, p. 496).

Vislumbra-se, portanto, que havia duas modalidades de prisão preventiva, a obrigatória (hipótese do artigo 312) e a discricionária ou facultativa (hipótese do artigo 313). Em ambas as hipóteses era imperioso que estivessem preenchidos os requisitos do artigo 311, quais sejam, a prova da materialidade e indícios suficientes de autoria.

Na primeira hipótese, preenchidos os requisitos e obedecida a formalidade do

artigo 311, a prisão obrigatoriamente seria decretada quando o crime em apuração atribuísse pena máxima igual ou superior a dez anos de reclusão. Noutro norte, o juiz detinha a faculdade de decretar a prisão, calcado nos pressupostos da garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, nos casos elencados nas alíneas inscritas no artigo 313.

Voltando-se para a Exposição de Motivos do CPP, é pertinente ressaltar o seguinte:

A PRISÃO EM FLAGRANTE E A PRISÃO PREVENTIVA

VIII – A prisão em flagrante e a prisão preventiva são definidas com mais latitude do que na legislação em vigor. [...] A prisão preventiva, por sua vez, desprende-se dos limites estreitos até agora traçados à sua admissibilidade. **Pressuposta a existência de suficientes indícios para imputação da autoria do crime, a prisão preventiva poderá ser decretada toda vez que o reclame o interesse da ordem pública, ou da instrução criminal, ou da efetiva aplicação da lei penal. Tratando-se de crime a que seja cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 (dez) anos, a decretação da prisão preventiva será obrigatória, dispensando outro requisito além da prova indiciária contra o acusado. A duração da prisão provisória continua a ser condicionada, até o encerramento da instrução criminal, à efetividade dos atos processuais dentro dos respectivos prazos; mas estes são razoavelmente dilatados.** (BRASIL, 1941, grifos nossos).

Na hipótese de prisão preventiva obrigatória, nota-se que a análise do cabimento da medida não era em nada instrumental. Muito pelo contrário, a cognição se dava meramente no que dizia respeito ao mérito da imputação (materialidade e autoria). Apenas na hipótese da prisão preventiva facultativa é que era possível observar a cognição no que tange à instrumentalidade da prisão.

Sobre a obrigatoriedade da prisão preventiva disserta Hélio Tornaghi:

[...] os autores do projeto entenderam que a gravidade do crime e a conseqüente dureza da pena acarretam a presunção de que o agente, pelo menos, procurará furtar-se à execução de uma eventual sentença condenatória. **Pessoalmente, entendo que essa presunção é por demais arrojada. Nem a gravidade do crime, em tese, nem o rigor da pena, são suficientes para autorizá-la.** Os perigos que o réu poderia oferecer, para a ordem pública, para o processo ou para a execução dependem muito mais de sua personalidade, de seu caráter, de sua formação, que do crime. **Em outras palavras: as condições subjetivas do agente e não a importância objetiva do crime é que permitem verificar ou até presumir a perigosidade do agente e a necessidade de prendê-lo.** [...] A prisão preventiva compulsória, fundada numa presunção absoluta, é, a meu ver, um passo atrás no progresso e na civilização pelos efeitos nefastos que acarreta e pela imperfeição evidente como instrumento de técnica jurídica. (TORNAGHI, 1967, p. 1311-1312, grifos nossos).

Ou seja, a prisão sempre seria decretada quando a investigação ou instrução criminal estivesse apurando infração de alto potencial lesivo e se observasse a prova da existência do fato e indícios suficientes de autoria. Doutra feita, os suspeitos de crimes menos graves teriam a prisão decretada apenas em casos específicos elencados em rol taxativo pelo

artigo 313.

Tal modelo perdurou até o ano de 1967, quando o Código de Processo Penal foi reformado pela Lei nº 5.349, de 3 de novembro (BRASIL, 1967), abolindo-se então a prisão preventiva compulsória. A partir dessa reforma, a prisão preventiva era cabível apenas para o rol dos crimes previstos no artigo 313², tornando-se nessas hipóteses facultativa. Entende-se a faculdade aqui mencionada como a discricionariedade conferida ao magistrado para aplicar ou não a medida prisional, arbítrio regulado pelas disposições do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), e não para aplicá-la da maneira como bem entender.

Sobreveio, após uma década, a Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977 (BRASIL, 1977), que reformou vários dispositivos do Código Processual Penal, novamente alterando o artigo 313³ do CPP.

A partir de então, as hipóteses de admissibilidade da prisão preventiva deixaram de se nortear pela afiançabilidade e passaram a adotar o elemento subjetivo do crime (dolo) e a espécie de pena (reclusão ou detenção). Vedou-se a prisão preventiva para crime culposos, restringindo-se sua aplicação para os crimes dolosos punidos com reclusão e detenção, independentemente do cabimento de fiança, respeitados os pressupostos do artigo 312.

A referida Lei também inovou pela vinculação que se estabeleceu entre a liberdade provisória e a prisão preventiva. Nesse sentido, vislumbra-se o acréscimo do parágrafo único ao artigo 310⁴ do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que facultava a concessão de liberdade provisória nos casos de flagrante nos quais não se faziam presentes os pressupostos e requisitos da prisão preventiva. Assim, com as mudanças da reforma em 1977, operou-se uma forte transformação no sistema normativo da prisão preventiva, que, de fato, após o advento do Código de 1941, guinou para um sistema de tutela cautelar.

Isso se deu porque a tradição do Direito brasileiro que autorizava a prisão preventiva deixou de vigorar apenas para os crimes em que não tinha lugar a fiança. Os

² “Art. 313. A prisão preventiva **poderá** ser decretada: I - nos crimes inafiançáveis; II - nos crimes afiançáveis, **quando se apurar no processo que o indiciado é vadio** ou quando, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou indicar elementos suficientes para esclarecê-la; III - nos crimes dolosos, embora afiançáveis, quando o réu tiver sido condenado por crime da mesma natureza, em sentença transitada em julgado.” (BRASIL, 1941, grifos nossos).

³ “Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos: I - punidos com reclusão; II - punidos com detenção, **quando se apurar que o indiciado é vadio** ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; III - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal (Prestação de serviços à comunidade).” (BRASIL, 1941, grifo nosso).

⁴ “Art. 310. [...] Parágrafo único. Igual procedimento [concessão da liberdade provisória] será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).” (BRASIL, 1941).

crimes inafiançáveis, por regra, carregavam uma forte presunção de necessidade da medida de segregação – na prática, para sua decretação bastava que o crime fosse inafiançável, porque não havia parâmetros de cautelaridade disciplinados, resumindo-se, a necessidade da prisão, à conveniência e arbítrio do juiz.

Ademais, os elementos de cautelaridade a partir de então tomam destaque, uma vez que já se faziam presentes desde a edição do Código, em 1941 (BRASIL, 1941). É que, em 1977, retirou-se do requisito da impossibilidade de fiança o papel determinante que ela exercia, tornando-se elemento de primeira importância, então, a própria análise concreta da necessidade da segregação, que deveria restar fundada na *garantia da ordem pública, na conveniência da instrução penal e na garantia da aplicação da lei penal*. Assim, ao tornar irrelevante para a decretação da prisão preventiva a impossibilidade de fiança, fortaleceu-se a prisão preventiva justamente em seus requisitos intrínsecos de cautelaridade.

Ressalte-se que a mais pertinente das alterações legislativas desse período foi a promulgação da Constituição Federal em 1988, quarenta e sete anos após ser decretado o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). A nova Carta Magna (BRASIL, 1988) nitidamente privilegia os direitos e garantias individuais, contrastando com o sistema processual penal até então vigente, formado basicamente por leis de conteúdo inquisitivo, contando apenas com alguns contornos garantistas.

Sobre a incompatibilidade do Processo Penal com a nova ordem constitucional Eugênio Pacelli de Oliveira, na Exposição de Motivos do Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, ressalta:

A incompatibilidade entre os modelos normativos do citado Decreto-lei nº 3.689, de 1941 e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável. A configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrigadas no atual texto constitucional. E isso, em processo penal, não só não é pouco, como também pode ser tudo. (OLIVEIRA, 2009, p. 13).

Apesar de defasado, após a promulgação da atual Constituição, o CPP (BRASIL, 1941) passou por algumas reformas com o fim de adequá-lo ao novo panorama social.

Quanto às reformas pontuais até então editadas, observa Fauzi Hassan Choukr:

Não raras vezes, o legislador editou leis empregando o sistema penal numa visão promocional, pela qual ele é visto como o primeiro instrumento de regulação social com a transformação do sistema penal e processual penal como um instrumento de política de governo pela profunda influência midiática no emprego de sistema penal e processual penal como um sistema de governo. (CHOUKR, 2011, p. 21).

Ante as dificuldades na edição de reformas totais, sobretudo pela morosidade própria da tramitação legislativa dos códigos e a dificuldade do Congresso Nacional de

aprovar um estatuto inteiramente novo, compôs-se a Comissão do Instituto Brasileiro de Direito Processual, presidida por Ada Pellegrini Grinover, que produziu onze anteprojetos de reforma do CPP. O décimo primeiro, fruto dos estudos sobre prisão, medidas cautelares e liberdade, originou o Projeto de Lei nº 4.208, de 12 de março de 2001 (BRASIL, 2001a).

No ano de 1994 adveio a Lei nº 8.884 (Lei Antitruste), de 11 de junho (BRASIL, 1994), que tratava preponderantemente da prevenção e da repressão às infrações contra a ordem econômica. O artigo 86 da Lei em comento deu nova redação ao artigo 312 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), apresentando um novo requisito para a decretação da prisão preventiva: garantia da ordem econômica.

E, pela Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (BRASIL, 2006a), permitiu-se a prisão preventiva, independentemente de se tratar de crime apenado com detenção, nas hipóteses que abrangerem “violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”, inserindo-se, então, o inciso IV no artigo 312 do CPP.

A partir de então não ocorreram mais alterações nas normas que disciplinam a prisão preventiva no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) até recentemente, com a aprovação, após longo processo de tramitação legislativa, do mencionado PL nº 4.208/2001 (BRASIL, 2001a), que se converteu na Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011 (BRASIL, 2011).

2.3 Distinções entre as prisões cautelares: flagrante, domiciliar, temporária e preventiva

As medidas cautelares buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder punitivo do Estado. O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo.

A prisão cautelar é decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e visa assegurar a eficácia da investigação ou do processo, garantindo a sua instrumentalidade. É medida excepcional, na qual não é analisada a culpabilidade do agente, mas a sua periculosidade.

Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima:

Em um estado que consagra o princípio da presunção de não culpabilidade, o ideal seria que a privação da liberdade de locomoção do imputado somente fosse possível por força de uma prisão penal, ou seja, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Todavia, **entre o momento da prática do delito e a obtenção do provimento jurisdicional definitivo, há sempre o risco de que certas situações comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado. Daí o caráter imperioso da adoção de medidas cautelares,**

a fim de se atenuar o risco. (LIMA, 2011a, p. 78, grifo nosso).

Logo, é cediço que a prisão cautelar é uma maneira de atenuar os riscos à instrução ou investigação criminal e à execução da pena.

Com o advento da Lei nº 12.403/2011 (BRASIL, 2011), o processo penal passou a comportar três espécies de prisão cautelar: a preventiva, a temporária e a domiciliar.

A seguir passa-se à análise das espécies de prisões cautelares.

2.3.1 A prisão em flagrante e sua natureza pré-cautelar

O vocábulo flagrante advém do latim *flagrare*, que significa queimar, arder. Carnelutti aduz metaforicamente que o flagrante é "a chama que denota com certeza a combustão; quando se vê a chama, é certo que algo queima" (1950, p. 77). Trata-se, figurativamente, do delito que está acontecendo no momento. É, portanto, a *visibilidade do delito* (p. 78).

Em face da certeza da conduta criminosa, advinda da percepção visual, o Estado deve e os particulares podem intervir para interromper a continuidade delitiva, detendo o autor do fato.

Constitui, desse modo, a maneira de cercear brevemente a liberdade de quem é encontrado praticando um crime (por isso se chama "prisão"). O seu objetivo, dentre outros, é evitar a consumação ou o exaurimento do crime e a fuga do possível culpado, garantir a colheita de elementos informativos e assegurar a integridade física do autor do crime e da vítima.

A prisão em flagrante tem seu fundamento legal no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941):

Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Além da imobilização e do encaminhamento à delegacia do suposto criminoso,

uma série de outros atos devem ser praticados, compondo um procedimento. Integra esses atos a apresentação do flagranteado à autoridade judicial no prazo de 24 horas. A Lei nº 12.403/2011 (BRASIL, 2011) alterou a redação do artigo 306 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) para dispor o seguinte:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

Cumpre-se assim o ditado da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) que em seu artigo 5º, inciso LXII, ordena que “**a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente** e à família do preso ou à pessoa por ele indicada” (grifo nosso). É nessa oportunidade que o juiz realiza o controle da legalidade da prisão e analisa a necessidade da imposição de medidas cautelares, ou da concessão da liberdade provisória com ou sem fiança. Nesse sentido é o artigo 310 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

A nova redação do artigo 310 do CPP (BRASIL, 1941) veio ao encontro da Resolução nº 66, de 27 de janeiro de 2009, do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2009a), que já orientava a atuação dos magistrados sobre a concessão da liberdade provisória ou a necessidade de fundamentação quando a prisão flagrancial for convertida em preventiva:

Art. 1º Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá, imediatamente, ouvido o Ministério Público nas hipóteses legais, fundamentar sobre: (Redação dada pela Resolução nº 87, de 15 de setembro de 2009)

I - a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, quando a lei admitir;

II - a manutenção da prisão, quando presentes os pressupostos da prisão preventiva, sempre por decisão fundamentada e observada a legislação pertinente; ou

III - o relaxamento da prisão ilegal. (BRASIL, 2009a).

Logo, em razão de a prisão em flagrante ser uma medida precária, de mera detenção do suspeito, que não visa à garantia do processo, pode ser efetuada por qualquer do povo a qualquer momento, se em face de situação de flagrante, elencada nos citados artigos 302 e 303 do CPP (BRASIL, 1941).

Nessa senda, é delimitado o caráter pré-cautelar da prisão em flagrante. Aury Lopes Jr. citando Banacloche Palao explica:

O flagrante – ou la detención imputativa - não é uma medida cautelar pessoal, mas sim precautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas se destina a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar. Por isso, o autor afirma que é uma medida independente, frisando o caráter instrumental e ao mesmo tempo autônomo do flagrante. (*apud* LOPES JR., 2013, p. 50).

Aury Lopes Jr. (2013, p. 51) acrescenta ainda que a prisão em flagrante “constitui uma forma de medida precautelar pessoal que se distingue da verdadeira medida cautelar pela sua absoluta precariedade”. Conclui-se, desse modo, que a prisão em flagrante não se destina a assegurar a execução penal ou o regular andamento do processo garantindo a presença do imputado, mas a atuar como forma de impedir a consumação ou o exaurimento do crime, resguardar possíveis elementos de prova e conter o suspeito, para que venha a ser apresentado à autoridade judiciária, que irá decidir sobre a regularidade da prisão e a necessidade de conversão em prisão preventiva, imposição de cautelares não-prisionais ou liberdade provisória.

2.3.2 A prisão domiciliar

A prisão domiciliar é um benefício concedido a réus ou suspeitos apenas em hipóteses específicas, e foi mais uma novidade introduzida pela reforma da Lei nº 12.403/2011 (BRASIL, 2011), com previsão legal nos artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941):

Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

Art. 318. **Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:**

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Tal medida se presta apenas às pessoas que se adequem aos requisitos do rol taxativo do artigo 318, exigindo-se prova idônea para tanto, concedida unicamente por motivos pessoais do agente, destarte, de natureza humanitária.

A prisão domiciliar determina que o indiciado ou acusado permaneça recolhido permanentemente em sua residência, sem poder se ausentar, salvo com autorização judicial.

Essa cautelar não é uma medida alternativa à prisão preventiva (como a cautelar de recolhimento domiciliar do artigo 319, V, do CPP), mas um substitutivo da prisão, pois sua decretação requer sejam respeitados os ditames dos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), conforme se lê do *caput* do artigo 318. De acordo com Renato Brasileiro de Lima, para se conceda a prisão domiciliar “temos a verificação da presença dos elementos para a decretação da prisão preventiva do agente (CPP, art. 312), porém, por conta da presença de uma das situações especiais do art. 318, a prisão preventiva será substituída pelo recolhimento domiciliar, [...]” (LIMA, 2011b, p. 1420).

Doutro lado, a medida cautelar autônoma inscrita no artigo 319, V, do CPP (BRASIL, 1941) tem natureza diversa, pois concede ao acautelado a faculdade de se ausentar de sua residência para exercer seu trabalho ou estudo, impondo-lhe o recolhimento nos períodos noturnos e nos dias de folga, sem que precise preencher os requisitos do artigo 318.

Não se refere, portanto, à prisão domiciliar como uma nova forma de prisão cautelar, mas uma modalidade diferenciada de cumprimento da prisão preventiva, restrita aos presos preventivos que se adequem aos casos do artigo 318 do CPP (BRASIL, 1941).

2.3.3 A prisão temporária

A prisão temporária é a medida de encarceramento que tem como propósito auxiliar a investigação criminal, podendo ser decretada exclusivamente na fase de inquérito policial, jamais na fase processual, implicando que após o recebimento da denúncia não é mais cabível a prisão temporária, apenas a preventiva. Esse instituto tem natureza de medida cautelar pessoal e espeque na Lei nº 7.960/1989 (BRASIL, 1989)

É decretada pelo magistrado (garantia de jurisdicionalidade), de maneira fundamentada, mas não pode ser imposta *ex officio*, devendo sempre ser precedida de

provocação do *Parquet* ou da autoridade policial. Sobre a legitimidade para representar pela temporária aduz Eugênio Pacelli de Oliveira:

A citada Lei nº 7.960/89 prevê que a prisão temporária, ao contrário da prisão preventiva, dirige-se exclusivamente à tutela das investigações policiais, daí porque não se pode pensar na sua aplicação quando já instaurada a ação penal. E porque se destina à proteção das investigações policiais, cujo destinatário é o Ministério Público, o legislador lembrou-se que a nossa ordem constitucional de 1988 impõe um modelo processual de feições acusatórias, na qual não se reserva ao magistrado o papel de acusador e muito menos de investigador. Assim, corretamente, não contemplou a possibilidade de decretação *ex officio* da prisão temporária, somente permitindo-a “em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público” (art. 2º). (OLIVEIRA, 2011, p. 539).

Difere ainda da prisão preventiva por possuir prazo certo, expressamente previsto em lei, podendo ser prorrogado apenas uma vez em caso de extrema e comprovada necessidade, ao cabo do qual o custodiado deve ser imediatamente posto em liberdade, salvo se tiver a sua prisão preventiva decretada.

Em regra, o prazo da prisão temporária é de cinco dias. Não se aplica, porém, nos crimes hediondos, previstos em rol taxativo na Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (BRASIL, 1990a), cujo prazo para a manutenção da prisão temporária é de trinta dias (v. artigo 2º, § 4º da Lei nº 8.072/90), sob pena de se configurar o crime de abuso de autoridade (artigo 4º, I, da Lei nº 4.898/65). Veja-se o disposto na Lei da prisão temporária (BRASIL, 1989):

Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

[...]

§ 7º Decorrido o prazo de cinco dias de detenção, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva.

De acordo com Aury Lopes Jr. (2013, p. 165), embora a prisão temporária seja regida pela Lei nº 7.960/1989 (BRASIL, 1989), não tendo sido modificada diretamente pela Lei nº 12.403/2011 (BRASIL, 2011), há de se ponderar que, por se tratar de medida acautelatória, deve observar os requisitos do artigo 282 do CPP (BRASIL, 1941), especialmente nos seguintes pontos:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

[...]

Denota-se que o juiz deve se ater aos requisitos ora elencados, a necessidade da prisão para a coleta de elementos probatórios e a adequação da medida para o fim indicado pela autoridade policial. Logo, antes de aplicar a medida restritiva da liberdade por meio da prisão temporária, o juiz deve observar se as medidas cautelares introduzidas pela Lei nº 12.403/2011 (BRASIL, 2011) no artigo 319 do CPP (BRASIL, 1941) não se mostram mais adequadas e menos gravosas para a finalidade almejada.

Aury Lopes Jr. (2013, p. 166) ressalva que a criação dessa hipótese de prisão se deu por meio de lobby da Polícia Judiciária, que

[...] teria ficado “enfraquecida” no novo contexto constitucional diante da perda de alguns importantes poderes, entre eles o de prender para “averiguações” ou “identificação” dos suspeitos. [...] A pobreza dos meios de investigação (da época) fazia com que o suspeito fosse o principal “objeto de prova”.

Diferentemente do que ocorre na prisão preventiva, em que o imputado permanece em estabelecimento prisional, só podendo ser interrogado ou conduzido para a realização de algum ato investigatório mediante a autorização do juiz, o preso temporário permanece sob plena disposição da Polícia Judiciária, podendo inclusive ser mantido preso na delegacia de polícia.

Em razão de essa espécie de prisão cautelar ter finalidade dirigida para o desenvolvimento das investigações, nada impede que quando se esgotar sua necessidade, seja pela elucidação de algum fato ou a própria conclusão do inquérito policial, por exemplo, e não subsistindo qualquer interesse na manutenção da custódia, o preso seja posto em liberdade pela própria autoridade policial, independentemente de chancela judicial.

Para a prisão temporária também é imprescindível a presença dos requisitos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, que posteriormente serão mais bem estudados, nos seguintes termos:

Observado o artigo 1º, inciso III, da Lei da Prisão Temporária (BRASIL, 1989), evidencia-se que para sua decretação devem estar presentes “fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes”, consistentes no *fumus comissi delicti*. Em seguida, o legislador dispõe em rol taxativo quinze tipos penais, todos de modalidade dolosa, nos quais é cabível a decretação da prisão temporária, o que a torna ilegal para os crimes não elencados na Lei nº 7.960/1989 (BRASIL, 1989), caso em que deve ser imediatamente relaxada. Ressalte-se que é vedada a utilização da prisão temporária para indicar a autoria a um possível suspeito, devendo já haver indícios de autoria que justifiquem a prisão, como aduz Aury Lopes Jr.: “Não há que se

olvidar que para a decretação da prisão já devem existir indícios razoáveis de autoria, não se admitindo que se prenda para então buscar elementos de autoria e materialidade.” (2013, p. 171).

Já o *periculum libertatis* encontra-se arrimado nos incisos I e II do artigo 1º da Lei em estudo, previsto “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial e quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade” (BRASIL, 1989). Ocorre que o requisito de *periculum libertatis* foi distorcido na prisão temporária para que atendesse à sua imprescindibilidade para a investigação criminal. Pois não é o *status libertatis* o fato que desencadeia o perigo que se busca tutelar, mas a investigação que necessita da prisão, haja vista que “a liberdade é incompatível com o que necessita a investigação para esclarecer o fato”. Destaque-se a crítica do ministro Eros Grau quando do voto do HC nº 95.009/SP:

[...] O controle difuso da constitucionalidade da prisão temporária deverá ser desenvolvido perquirindo-se necessidade e indispensabilidade da medida. Daí que a primeira indagação a ser feita no curso desse controle há de ser a seguinte: em que e no que o corpo do suspeito é necessário à investigação? Exclua-se desde logo a afirmação de que se prende para ouvir o detido. Pois a Constituição garante a qualquer um o direito de permanecer calado (art. 5º, LXIII) – e o temos afirmado aqui exaustivamente -, o que faz com que a resposta à inquirição investigatória consubstancie uma faculdade. Ora, não se prende alguém para que exerça uma faculdade! [...]. Se a investigação reclama a oitiva do suspeito, que a tanto se o intime e lhe sejam feitas perguntas, respondendo-as o suspeito se quiser, sem necessidade de prisão. Tampouco se pode acolher a prisão para impedir que novas provas sejam destruídas sem que o suspeito tenha dado qualquer motivo para que se afirme essa possibilidade. [...] Pior ainda é o argumento da “agilização” da investigação. Pois ainda de ser ágil é preciso que ela seja legal e necessária, inexistindo qualquer outra via para o seu curso. (BRASIL, 2008a, p. 45).

Importa consignar que é extremamente gravoso que a polícia dependa da prisão do suspeito para desempenhar suas atribuições investigatórias. Ressalte-se que o indivíduo está protegido pelo princípio da presunção de inocência e não é obrigado a produzir provas contra si.

Desse modo, é ilegal a prisão temporária que tenha como fulcro a sua imprescindibilidade para as investigações e é decretada unicamente para deixar o corpo do suspeito à disposição da autoridade policial.

Quanto à aplicação da prisão temporária, a doutrina e a jurisprudência indicam que os incisos do artigo 1º devem ser interpretados conjuntamente, sendo imperativo em todos os casos o preenchimento do requisito do inciso III do artigo 1º (o *fumus comissi delicti*). Entretanto, a necessidade da prisão encontra amparo no inciso I. Dessa feita, observa-se que ambos não podem isoladamente fundamentar a prisão, somente quando estiverem

combinados.

Quanto ao segundo inciso, a doutrina converge para o entendimento de que é redundante, posto que expressa uma das inúmeras hipóteses enquadráveis no inciso I, no qual se afirma a necessidade da prisão temporária com fundamento na imprescindibilidade da investigação policial (OLIVEIRA, 2011, p. 54).

No mesmo sentido assevera Aury Lopes Jr.:

O inciso II é completamente contingencial, ou seja, sozinho não autoriza a prisão temporária, e sua combinação apenas com o inciso I ou apenas com o inciso III não justifica a prisão temporária. Mais do que isso, o inciso II acaba sendo absorvido pela “imprescindibilidade” do inciso I, tornando-se logicamente redundante. (LOPES JR., 2013, p. 174).

Assim, a temporária somente pode ser decretada quando presentes as hipóteses dos incisos I e III em conjunto. A hipótese do inciso II já estaria abarcada pelo inciso I, de outro modo há doutrinadores que entendem que esta hipótese foi substituída pelo disposto na Lei nº 12.037/2009 (BRASIL, 2009). Dessa feita, só pode ser imposta quando presentes os requisitos tipicamente cautelares (indícios de autoria e prova de materialidade), sendo, *in casu*, imprescindível para as investigações policiais, e para os crimes expressamente mencionados no inciso III do artigo 1º da Lei nº 7.960/1989 (BRASIL, 1989).

Por fim, saliente-se que no Estado Democrático de Direito a liberdade é a regra, por isso admitir que se prenda para depois investigar (como de fato ocorre na prisão temporária) é incompatível com o vigente ordenamento jurídico, violando sobremaneira a Constituição Federal (BRASIL, 1988), em especial o princípio da presunção de inocência.

2.3.4 A prisão preventiva

Aury Lopes Jr. elucidada que não se pode avaliar a temática da prisão preventiva sem recordar a origem autoritária do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), como já explorado neste trabalho no tópico 2.2.2, uma vez que o legislador optou pela dicção “liberdade provisória”, no sentido de ela ser precária. Prossegue o autor:

[...] é elementar que tal tratamento corresponde a um sistema constitucional que felizmente não vigora mais. **Trata-se de uma época em que a prisão ao longo do processo era uma regra**, havendo até uma “preventiva” obrigatória quando o crime tivesse pena de reclusão, no máximo, igual ou superior a 10 anos. Nada interessava ou se questionava; a prisão “cautelar” era obrigatória (LOPES JR., 2013, p. 175, grifo nosso).

A prisão preventiva, assim como a temporária, tem como característica o fato de

ser regida pelo princípio da reserva de jurisdição, isto é, somente pode ser decretada por magistrado, em decisão fundamentada, diversamente da prisão em flagrante, que não carece de ordem judicial.

Nessa senda, o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) dita expressamente em seu artigo 315 que o juiz deve sempre motivar a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva, concordando, destarte, com o preceito inscrito no artigo 5º, LXI, e 93, IX, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). A motivação das decisões é uma garantia processual constitucionalmente firmada. A decisão que afronte tal preceito é eivada de ilegalidade, resultando em constrangimento ilegal do preso, ensejando a impetração de *habeas corpus*.

Também ao contrário do flagrante, que tem como justificativa preponderantemente a proteção do ofendido, a prisão preventiva tem sua cautelaridade fundada na tutela da persecução penal, buscando impedir que eventuais condutas do suspeito possam afetar a efetividade do processo.

A custódia preventiva pode ser decretada a qualquer momento, seja no curso da investigação preliminar ou do processo criminal, seja logo do início, com o recebimento da denúncia, até o trânsito em julgado da sentença.

Consigne-se que a expressão “investigação preliminar” não se aplica exclusivamente ao inquérito policial, não sendo obrigatória a instauração de procedimento pela Polícia Judiciária para a decretação da segregação preventiva, devendo ser entendida *lato sensu*, abrangendo os diversos procedimentos investigatórios, a exemplo das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), os inquéritos civis ou o procedimento investigatório criminal presidido pelo Ministério Público.

Sobre a decretação da prisão no curso das investigações preliminares, igualmente é digno de nota que a doutrina majoritariamente rechaça a possibilidade de devolução dos autos investigativos à autoridade policial para a realização de diligências complementares, uma vez que se há elementos mínimos de autoria e materialidade para a decretação da prisão preventiva, também existem para o oferecimento da denúncia (LIMA, 2011b, p. 1311).

Noutra ponta, entende-se que é possível a manutenção da preventiva, ainda que seja estendido o prazo para a conclusão da investigação, com o fito de possibilitar a realização de diligência imprescindível para a formação da *opinio delicti* do acusador. Nesse caso, a contagem do prazo para o encerramento do procedimento investigatório é iniciada na data da prisão, o que pode acarretar excesso de prazo e conseqüentemente ensejar o relaxamento da prisão por ilegalidade em razão desse excesso.

A decretação da prisão preventiva carece de requisição do Ministério Público ou de representação da autoridade policial enquanto ainda estiver em curso a investigação policial. É também legitimado para requerer a prisão preventiva o querelante quando se tratar de crime objeto de ação penal privada. No curso do processo o juiz pode decretá-la de ofício, como previsto no artigo 311 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

A possibilidade de o juiz decretá-la de ofício já existia antes da reforma do CPP (BRASIL, 1941). Nesse ponto, pode-se afirmar que a Lei nº 12.403/2011 (BRASIL, 2011) não representou progresso para o processo penal, uma vez que apenas limitou essa possibilidade ao “*curso da ação penal*”. Desse modo, o juiz assume postura inquisitória, comprometendo a sua imparcialidade na causa.

Como bem aduz Lopes Jr. (2013, p. 70, grifos do autor), “[...] *ao decretar a prisão preventiva de ofício, assume o juiz uma postura incompatível com aquela exigida pelo sistema acusatório e, principalmente, com a estética de afastamento que garante a imparcialidade*”. Nesse mesmo sentido, Guilherme Nucci (2011, p. 139) afirma que “É mais uma mostra de que o juiz, no processo penal brasileiro, afasta-se de sua posição de absoluta imparcialidade, invadindo seara alheia, que é do órgão acusatório, decretando medida cautelar de segregação sem que qualquer das partes, envolvidas no processo, tenha solicitado.”.

2.3.4.1 *Das hipóteses de cabimento da prisão preventiva*

A admissibilidade da prisão preventiva encontra seu fundamento nos artigos 311 e seguintes do CPP (BRASIL, 1941): o artigo 311 trata do momento em que é cabível a medida, o 312 disserta sobre os pressupostos, que serão abordados em momento oportuno, enquanto o artigo 313 elenca os requisitos objetivos de cabimento.

Da leitura do artigo 313 se extrai um rol de requisitos para que seja possível a decretação da prisão preventiva. O inciso I estabelece que será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos⁵. Saliente-se que não há mais a diferenciação entre os tipos punidos com pena de reclusão ou detenção.

Cumprido ressaltar que para se determinar a pena máxima em abstrato do delito com a finalidade de verificar o cabimento da prisão preventiva devem ser consideradas as causas de aumento ou de diminuição da pena. Exemplificando, o crime de furto simples tem pena

⁵ Antes da Lei nº 12.403/2011 (BRASIL, 2011), o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) admitia a prisão preventiva ordinariamente para os crimes punidos com reclusão (art. 313, I).

máxima de quatro anos, portanto, não é possível impor o cárcere preventivo ao furtador nesse caso. Contudo, se o agente cometer furto qualificado, previsto no artigo 155, § 4º, do Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (BRASIL, 1940), a pena máxima passa a ser de oito anos, tornando possível a decretação da prisão preventiva.

Do mesmo modo, a exasperação da pena em virtude de concurso de crimes ou de crime continuado (artigos 69 a 71 do Código Penal) deve ser estimada sempre em seu maior *quantum*. Entretanto, para tal cálculo não são consideradas as atenuantes ou majorantes, uma vez que não há critério legal para a determinação do quanto irão influenciar na dosimetria da pena. Explica Aury Lopes Jr.:

Ainda que os limites de pena sejam completamente distintos, os tribunais superiores já definiram a lógica a ser utilizada em situações similares, ou seja, **no caso de concurso material de crimes, somam-se as penas máximas, e no concurso formal ou crime continuado, incide a causa de aumento no máximo e a de diminuição, no mínimo. Em qualquer caso, se a pena máxima obtida for superior a 4 anos, está cumprido este requisito.** (LOPES JR., 2011, p. 81, grifo nosso).

O dispositivo do artigo 313, inciso I, expressamente menciona a admissibilidade da medida apenas para crimes dolosos. Deve-se asseverar que em qualquer conjectura, mesmo no caso da preventiva decretada em face do descumprimento das demais cautelares, é vedada a imposição da prisão preventiva para os crimes culposos e também para os crimes que não são punidos com pena privativa de liberdade. Isso porque a imposição de tal gravame afronta qualquer critério de proporcionalidade ou razoabilidade/necessidade, haja vista tratar-se de medida excepcional.

No caso dos crimes culposos, fere frontalmente o postulado da proporcionalidade a decretação da prisão cautelar, uma vez que em sua maioria não sofrem condenação de penas restritivas de liberdade, e, quando isso acontece, o regime inicial de cumprimento dificilmente será o fechado. Assim, em consonância com a vedação ao excesso, a proibição evita que uma medida cautelar seja mais onerosa que o resultado final do processo.

A norma também é razoável ao afastar a aplicação da prisão preventiva aos crimes punidos com pena máxima em abstrato de até quatro anos, porquanto não possuem o condão de sujeitar o agente, se condenado, ao cárcere. Repise-se que as condenações desses crimes, via de regra, são objeto de conversão em penas restritivas de direitos (v. artigo 43 do Código Penal), ou de cumprimento de pena em regime aberto (v. artigo 33, § 2, “c”, do Código Penal) (BRASIL, 1940).

De outro modo, é admissível a prisão preventiva para os reincidentes. Institui o inciso II do artigo 313 do CPP (BRASIL, 1941) que a prisão preventiva é admitida para

aqueles que tiverem sido condenados por outro crime doloso. Denota que o suspeito de crime doloso que previamente tenha sido condenado com trânsito em julgado por outro crime doloso pode ser preso preventivamente, independentemente da pena privativa de liberdade em abstrato, observado o prazo de cinco anos para efeitos de reincidência (v. artigo 64 do Código Penal). Ressalve-se que o crime anterior não pode ter natureza militar ou política, do mesmo modo com arrimo no artigo 64 do Código Penal (BRASIL, 1940).

O inciso III do artigo 313 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) alberga a possibilidade da prisão preventiva para os crimes que abarcam violência doméstica e familiar, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

A hipótese foi inicialmente apresentada pela Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) em seu artigo 42. A novidade da Lei nº 12.403/2011 (BRASIL, 2011) consistiu em enquadrar novas vítimas - criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência - em situação de violência doméstica e familiar, ao lado da mulher, desde que num contexto de familiaridade, afetividade ou coabitação.

Nesses casos, por conseguinte, mesmo que se trate de infração punida com pena restritiva de liberdade inferior a quatro anos, desde que privativa de liberdade (artigo 283, § 1º, Código de Processo Penal), a prisão preventiva pode ocorrer para garantir a execução das medidas protetivas de urgência previstas na Lei nº 11.340/2006 (BRASIL, 2006a).

O parágrafo único do artigo 313 do CPP (BRASIL, 1941) prevê que, independentemente da pena, a prisão preventiva pode ser imposta quando houver dúvida sobre a identidade civil do indivíduo ou quando ele não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, exceto se for recomendável a manutenção da cautelar por outra hipótese.

Pondere-se que essa regra deve ser interpretada em consonância com a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009 (BRASIL, 2009b), que regulamenta a identificação criminal, prevista no artigo 5º, LVIII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Tal medida se justifica pela necessidade de o Estado individualizar a pessoa contra quem provavelmente será intentada a ação penal. Assim, havendo dúvidas sobre a identidade civil da pessoa, ela poderá ser preventivamente custodiada para que se aclare sua qualificação. Dessa forma, evitam-se os erros judiciais que eventualmente podem mover a persecução penal contra um homônimo do autor do crime. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu sobre a matéria no acórdão do HC nº 255.833/SP (BRASIL, 2014a), ocasião em que assentiu que inexistia constrangimento ilegal na prisão preventiva decretada para o esclarecimento da identidade do suspeito.

Somente se justifica a prisão preventiva sob esse argumento quando esgotadas as diligências empreendidas para esse fim. E a prisão só pode ser mantida enquanto for estritamente necessária para a colheita de informações sobre o sujeito.

Finalmente, destaque-se que os requisitos da prisão preventiva do artigo 313, além de serem alternativos (não se aplicam concomitantemente), não são tratados tão somente nesse dispositivo do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

2.3.4.2 Do cabimento da preventiva subsidiariamente às cautelares diversas da prisão

A Lei nº 12.403/2011 (BRASIL, 2011) introduziu no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) novas medidas cautelares, diversas da prisão, no processo criminal, modificando assim a fundamentação da decisão de decretação da cautelar e apresentando uma nova hipótese de cabimento da prisão preventiva, independentemente das situações elencadas no artigo 313 do CPP (BRASIL, 1941).

Isso porque a prisão preventiva pode ser empregada para garantir o efetivo cumprimento das cautelares diversas da prisão, conforme artigo 282, § 4º, do CPP (BRASIL, 1941). A intenção da norma foi estabelecer um instrumento de coerção para o cumprimento das medidas cautelares diversas da prisão.

Assevere-se que no caso dos crimes sem previsão de aplicação de pena restritiva de liberdade é ilegal a decretação da preventiva, por vedação expressa do Código, que obsta a aplicação de medida cautelar diversa da prisão, como previsto no artigo 283, § 1º, do CPP (BRASIL, 1941), destarte, impossível a decretação de medida mais gravosa.

Desse modo, a prisão preventiva passou a ter duplo caráter: de autonomia, uma vez que pode ser decretada independentemente de ter sido imposta qualquer outra medida cautelar anteriormente, o que já era admitido antes da reforma de 2011; e de subsidiariedade, pois pode ser decretada em face do descumprimento de outra cautelar que tenha sido previamente aplicada.

Resumidamente, pode a preventiva ser decretada nos termos do artigo 311 do CPP (BRASIL, 1941) a qualquer momento no curso da investigação criminal ou do processo, de maneira autônoma; também pode ser aplicada como conversão da prisão em flagrante, conforme o artigo 310, II, do CPP (BRASIL, 1941); ou, ainda, em substituição ao descumprimento de qualquer medida cautelar, de acordo com o artigo 282, § 4º, do CPP (BRASIL, 1941). Consigne-se que é obrigatória a presença dos requisitos e pressupostos dos artigos 312 e 313 no caso de decretação autônoma ou de conversão do flagrante, enquanto na

terceira hipótese não há necessidade da observância do artigo 313 do CPP (BRASIL, 1941).

Ou seja, a decretação da prisão preventiva para garantir a execução das demais cautelares não é adstrita às regras do 313, apenas devendo ser respeitado o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* do artigo 312, pressupostos cujos estudos serão devidamente aprofundados em tópico específico.

2.3.4.3 Da inadmissibilidade da prisão preventiva nos casos de excludentes de ilicitude

O Código de Processo Penal expressamente veda a decretação da preventiva quando se estiver diante de indícios de que o fato tenha ocorrido sob o manto das excludentes de ilicitude (previstas no artigo 23, I, II e III do Código Penal). Veja-se o artigo 314 do CPP (BRASIL, 1941):

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

O legislador optou por proteger o agente que embora tenha praticado o fato típico, agindo, conforme verificação do magistrado em análise perfunctória, albergado pelo estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, não poderia ter decretada contra si a prisão preventiva. Porque, *in casu*, não haveria a *fumus commissi delicti* (ou a prova da existência do crime).

2.3.4.4 Do prazo da prisão preventiva

Não há prazo de duração estabelecido para a prisão preventiva, podendo perdurar enquanto houver necessidade da custódia. Entretanto, usa-se por analogia os prazos já previstos em lei, e a jurisprudência tem avaliado a sua duração de acordo com a necessidade concreta de cada caso. Renato Brasileiro de Lima critica a indeterminação de prazo para a manutenção da custódia cautelar:

Impera, no processo penal comum brasileiro, absoluta indeterminação acerca do prazo de duração da prisão preventiva, que passa a assumir contornos de verdadeira pena antecipada. [...] Assim, a prisão preventiva, cuja natureza cautelar deveria revelar característica da provisoriedade, acaba por assumir caráter de verdadeira prisão definitiva. (LIMA, 2011b, p. 1351).

Os prazos estabelecidos em lei para que seja concluída a instrução, contudo, vêm sendo relativizados em virtude da crescente criminalidade e complexidade dos processos

criminais. Assentaram os Tribunais Superiores que o prazo para a conclusão da instrução processual de réu preso não possui natureza absoluta, podendo ser elástico com fundamento na regra da proporcionalidade. Logo, não se prestam como absolutas as somas dos prazos previstos abstratamente na lei para determinar se há excesso de prazo na formação da culpa.

Atento aos excessos que imperam no processo penal brasileiro, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 66/2009 (BRASIL, 2009a), que aborda o assunto em seu artigo 3º: “verificada a paralisação por mais de três meses dos inquéritos e processos, com indiciado ou réu preso, deverá a Secretaria ou o Cartório encaminhar os autos imediatamente à conclusão do juiz para que sejam examinados”. O dispositivo objetiva que os magistrados atentem para os presos preventivos, atenuando as frequentes ilegalidades das prisões que se arrastam por anos sem que o réu tenha sido condenado.

2.3.4.5 Da extinção da prisão preventiva

A cessação da mencionada medida prisional deve ser decretada quando não persistir a presença dos pressupostos que a ensejaram. Em verdade, enquanto o indivíduo estiver submetido ao constrangimento preventivo, os pressupostos do artigo 312 do CPP (BRASIL, 1941) devem estar demonstrados para justificar sua manutenção. Diz-se, então, que em se tratando de imposição ou denegação da medida cautelar (não apenas da prisão), a decisão deve sempre obedecer à cláusula *rebus sic stantibus*, em decorrência de sua característica da provisionalidade. Nessa linha, explica Eugênio Pacelli de Oliveira:

A prisão preventiva tem a sua duração condicionada à existência temporal de sua fundamentação. Em outros termos: a prisão preventiva submete-se à cláusula da imprevisão, podendo ser revogada quando não mais presentes os motivos que a ensejaram, bem como renovada quando sobrevierem razões que a justifiquem. (OLIVEIRA, 2011, p. 545).

O artigo 316 assim dispõe ao ditar que a liberdade deve ser restabelecida quando ausentes os motivos que justificaram o aprisionamento cautelar, seja no que tange ao *fumus comissi delicti* ou ao *periculum libertatis*.

Por exemplo, se o agente estava preso sob a justificativa de que estando em liberdade poderia ofender a conveniência da instrução criminal, poderá retomar sua liberdade ao cabo da instrução probatória, posto que não se justifica mais a custódia do réu com base naquele argumento.

De outro modo, o contrário também é possível - o réu que responde ao processo em liberdade pode vir a ser preventivamente preso caso sua conduta denote risco à garantia da

ordem pública, em outro exemplo.

3 DA EXCEPCIONALIDADE, DA PROPORCIONALIDADE E DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA

A aplicação das medidas cautelares deve obedecer à perspectiva garantista da Constituição Federal, que determina a proteção do cidadão contra a interferência arbitrária do Estado no exercício do dever-poder punitivo.

Desta maneira, além dos requisitos do artigo 313 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), também limitam a possibilidade de imposição das cautelares os fundamentos do artigo 312, que estabelecem a observância necessária do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.

Além disto, o sistema de cautelares processuais penais é informado pela regra da proporcionalidade, como modo de conter o excesso das medidas cautelares. Assim, em respeito à todas estas limitações e em respeito ao princípio da não-culpabilidade a prisão preventiva é uma medida excepcional ao processo penal.

3.1 O *fumus comissi delicti*

As medidas cautelares penais exigem a coexistência de dois fundamentos. O primeiro é a verificação da ocorrência do fato criminoso; nesse momento o fato deve ser estudado de acordo com a teoria do crime (existência do fato típico, ilícito e culpável) e o razoável indício de autoria, a ser exposto por meio de provas, elementos e objetivos, como se infere do texto do artigo 312 do CPP⁶. Nesse sentido expõe Rogério Sanches Cunha: “Quanto à existência do crime nenhuma dúvida pode persistir. É preciso assim, a prova da materialidade do delito, [...]. Sem ela, não é decretada a prisão preventiva.” (CUNHA, 2011, p. 147). A esse requisito denomina-se *fumus comissi delicti*, e sobre ele afirma Lopes Jr.:

Dessarte, o primeiro ponto a ser demonstrado é a aparente tipicidade da conduta do autor. Este ato deve amoldar-se a alguns dos tipos previstos no Código Penal [*sic*], mesmo que a prova não seja plena, pois o que se exige é a probabilidade e não a certeza. Em síntese, deverá o juiz analisar todos os elementos que integram o tipo penal, ou seja, conduta humana voluntária e dirigida a um fim, presença de dolo ou culpa, resultado, nexa causal e tipicidade. (LOPES JR., 2013, p. 90).

O autor defende, em oposição ao entendimento da doutrina majoritária, que o

⁶ “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, **quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.**” (BRASIL, 1941, grifos nossos).

juiz deve apurar, além da tipicidade formal, também a ilicitude e a culpabilidade. Em suma alega que “É imprescindível que se demonstre que a conduta é provavelmente ilícita [...] bem como a provável existência de elementos que integram a culpabilidade penal.” (LOPES JR., 2013, p. 91). Aqui se concorda com o defendido por Aury Lopes Jr., uma vez que a inexistência de um dos elementos do crime afasta a existência deste, tornando o fato impunível, não se justificando a imposição de cautelar, portanto. Além disso, deve-se ressaltar o prescrito no artigo 314 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), no qual está assentado que ante a possível existência de fato ocorrido no âmbito das hipóteses excludentes de ilicitude o juiz não poderá decretar a prisão preventiva.

No tocante à autoria, a cognição é satisfeita com um juízo de probabilidade, não de possibilidade. Conforme anota Aury Lopes Jr., “é necessário que o pedido venha acompanhado de um mínimo de provas – mas suficientes – para demonstrar a autoria e a materialidade do delito e que a decisão judicial seja fundamentada” (2013, p. 91). Assim, o legislador permite a decretação da prisão preventiva arrimada em indícios suficientes, não carecendo de certeza absoluta (necessária apenas quando da condenação) da autoria delitiva.

Vencida a verificação da ocorrência do fato e da existência de fundadas suspeitas de autoria, passa-se a perquirir a necessidade da decretação da medida em face dos problemas que podem derivar do *status* de liberdade de que goza o suspeito por causa da demora da prestação jurisdicional.

3.2 O *periculum libertatis*

Ao contrário do que ocorre no processo civil, no qual o pressuposto do *periculum in mora* visa resguardar a efetiva prestação jurisdicional contra o provável desgaste ou perda do objeto em razão do tempo, na seara processual penal o referido pressuposto é equivalente ao *periculum libertatis*, fundado no perigo representado pela liberdade do investigado ou acusado para o regular andamento da investigação ou processo criminal.

Logo, a disciplina cautelar penal é dirigida à aplicação e manutenção de medidas necessárias à segurança da instrução processual e à eventual futura execução da condenação.

Da leitura do artigo 312 do CPP (BRASIL, 1941) extrai-se que a prisão poderá ser decretada quando for necessária para a “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal”.

Os conceitos empregados pelo legislador abrangem situações fáticas, alguma delas necessária para o decreto prisional preventivo de maneira alternativa, não cumulativa,

ou seja, basta estar presente um dos pressupostos para que a prisão possa ser decretada.

Ressalve-se que a simples referência a esses pressupostos por ocasião da decretação não autoriza a sua ocorrência, por ir de encontro à exigência imposta pelo princípio da presunção de inocência, uma vez que são locuções genéricas, devendo o julgador demonstrar as circunstâncias objetivas e concretas que impõem a necessidade da medida, observando, assim, a necessidade da motivação judicial.

Essa opção do legislador demonstra sua intenção de albergar o máximo de situações fáticas possíveis, deixando que o magistrado valora o *periculum libertatis* em cada caso. A margem discricionária em questão permite a imposição, em diversos casos, de encarceramentos desprovidos de qualquer caráter cautelar.

Na prática, muito se observa que o *periculum libertatis* é equivocadamente identificado com a gravidade do delito ou com outras expressões genéricas e exageradas, que nada dizem a respeito do perigo da liberdade do agente, a exemplo de “crime hediondo”, “tráfico de drogas” ou “organização criminosa”, conforme observa Aury Lopes Jr. (2006, p. 204-205), o que ocasiona a proliferação de decisões que em nada demonstram a necessidade da segregação cautelar.

Passa-se agora a uma breve análise das situações previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

3.2.1 A garantia da ordem pública

A garantia da ordem pública é o fundamento que visa proteger a paz social, tutelar o bem jurídico da incolumidade pública, de pessoas e patrimônio, e decorre diretamente do exposto no artigo 144 da Carta Federal (BRASIL, 1988)⁷. À medida que a liberdade do agente transpareça ameaça à tranquilidade, por sua continuidade delitiva, permitir-se-á a decretação de sua prisão preventiva. Assim, ante comprovada periculosidade do acautelado a prisão fundamenta-se na garantia da ordem pública, entendimento já assentado pelo STF⁸.

Repise-se que a prisão se funda em dados concretos que apontem a periculosidade do agente, e não em antecipação da culpa, como explana Renato Brasileiro de Lima:

No caso de prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, faz-se necessário um juízo de periculosidade do agente (e não de culpabilidade), que, em

⁷ “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, [...]” (BRASIL, 1988).

⁸ Vide HC nº 95.118/SP (BRASIL, 2008b), HC nº 94.828/SP (BRASIL, 2008c) e HC nº 93.913/SC (BRASIL, 2008d).

caso positivo, demonstra a necessidade de sua retirada cautelar do convívio social. (LIMA, 2011b, p. 1321).

Consigne-se que o clamor público e a gravidade do delito não são argumentos idôneos para a decretação da prisão preventiva. Impõe-se que o juiz demonstre o real motivo da medida, o risco que o preso provisório representa para a sociedade enquanto está em liberdade. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já pacificou o entendimento sobre esse tema⁹.

Não obstante a necessidade da manutenção da paz pública, esse fundamento é alvo de críticas por parte dos doutrinadores, uma vez que a expressão “garantia da ordem pública” é extremamente vaga e indeterminada, razão pela qual ocasiona controvérsias quanto ao seu significado.

Consigne-se que a Lei nº 12.403/2011 (BRASIL, 2011) não apresentou qualquer evolução em relação à anterior redação do dispositivo nesse aspecto. Pelo contrário, representou um retrocesso se comparada ao Projeto de Lei nº 4.208/2001 (BRASIL, 2001a), no qual era abandonado o fundamento “da garantia da ordem pública” (LOPES JR., 2013, p. 92).

O PL nº 4.208/2001 originalmente previa a seguinte redação para o artigo 312:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada quando verificados a existência de crime e indícios suficientes de autoria e ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa. (BRASIL, 2001a).

Renato Brasileiro de Lima critica a mudança na redação:

Tal redação definia de maneira mais precisa a natureza da prisão preventiva nessa hipótese, pois, além de deixar claro que a expressão “ordem pública” não significava clamor social provocado pelo delito, nem tampouco repercussão do crime na mídia, permitia a decretação do cárcere quando houvesse risco de reiteração delituosa em crimes de especial gravidade. (LIMA, 2011b, p. 1319, grifo nosso).

Ultrapassadas as críticas à alteração textual do dispositivo, e à manutenção do pressuposto da “garantia da ordem pública” no artigo 312 do CPP (BRASIL, 1941), cumpre traçar outros apontamentos.

⁹ “[...] I. Exige-se concreta motivação para o indeferimento do benefício da liberdade provisória, com base em fatos que efetivamente justifiquem a excepcionalidade da medida, atendendo-se aos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante. II. O juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado ao paciente, assim como o clamor público e revolta social não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão para garantia da ordem pública, se desvinculados de qualquer fator concreto. III. Aspectos que devem permanecer alheios à avaliação dos pressupostos da prisão preventiva. IV. As afirmações a respeito da gravidade do delito trazem aspectos já subsumidos no próprio tipo penal. Precedentes do STF e do STJ. V. O fato de se tratar de crime hediondo não basta, por si só, para impedir a liberdade provisória do réu.. [...]” (BRASIL, 2006b, p. 409).

Inicialmente, o conceito de garantia da ordem pública é absolutamente vago, prestando-se, de acordo com Aury Lopes Jr. “[...] a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante, [...]. Não sem razão, por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer” (2013, p. 93). Dada essa grande maleabilidade do conceito, é de se considerar que o pressuposto em tela permite uma abertura incompatível com a precisão determinada pela regra da legalidade (mais à frente será esclarecido o emprego da expressão “regra” em detrimento do termo “princípio”).

Em seguida, há de se considerar que a sistemática do processo penal democrático apresenta como um dos princípios vetores a presunção de inocência, que rechaça a restrição da liberdade para fins que não sejam estritamente processuais e instrumentais. Notoriamente, a garantia da ordem pública não se reveste de instrumentalidade, alguns doutrinadores ainda sustentam que se trata de antecipação da pena (FERRAZ, 2003, p. 85; GOMES FILHO, 2001, p. 51; LOPES JR., 2013, p. 111; TOURINHO FILHO, 2001, p. 25).

Eugênio Pacelli de Oliveira assim caracteriza a finalidade desse pressuposto:

Com efeito, a tutela da ordem pública e da econômica não implica a proteção do processo no curso do qual teria sido decretada, ainda que fundada em fatos que sejam o seu (do processo) conteúdo e objetivo. [...] Percebe-se, de imediato, que a **prisão para a garantia da ordem pública não se destina a proteger o processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei penal. Dirige-se, ao contrário, à proteção da própria comunidade**, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não-aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social. (OLIVEIRA, 2011, p. 548-549, grifo nosso).

Em razão da ausência da instrumentalidade, Aury Lopes Jr. assevera que as prisões fundadas na ordem pública são “substancialmente inconstitucionais” (2013, p. 108).

Doutro lado, Pacelli entende que embora a medida esteja esvaziada de instrumentalidade, é cabível a partir da ponderação com outros princípios. Ressalta-se que esse entendimento é defendido pela corrente majoritária, contudo dele se discorda, filiando-se à corrente que considera inconstitucional a decretação da medida prisional com fulcro na garantia da ordem pública. Aduz Eugênio Pacelli de Oliveira:

Parece-nos, entretanto, que, sempre excepcionalmente, o princípio do estado de inocência haverá de ser flexibilizado quando em risco valores (normatizados) constitucionais igualmente relevantes. Não estamos nos referindo à segurança pública como mera abstração, ou como valor a ser sopesado sem critérios empíricos, mas à sua necessária concretização, diante de hipóteses excepcionalíssimas. [...] Nesse campo, a existência de outros inquéritos policiais e de ações penais propostas contra o réu (ou indiciado) pela prática de delito da mesma natureza poderá, junto com os demais elementos concretos, autorizar um juízo de necessidade da cautelar provisória. (OLIVEIRA, 2011, p. 550-552).

Aury Lopes Jr. ainda afirma que tal pressuposto remonta à Alemanha da década de

1930, período de autoritarismo “em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender” (LOPES JR., 2013, p. 109).

Ainda, Sanguiné afirma que essa modalidade de prisão provisória é utilizada com a função de:

Prevenção geral, na medida em que o legislador pretende contribuir à segurança da sociedade, porém deste modo se está desvirtuando por completo o verdadeiro sentido e natureza da prisão provisória ao atribuir-lhe funções de prevenção que de nenhuma maneira está chamada a cumprir. (SANGUINÉ, 2003, p. 115).

Ou seja, tal hipótese visa adulterar uma medida puramente processual em atividade típica de polícia, sendo indevidamente utilizada como medida de segurança pública, o que não se deve admitir, pois essas funções são exclusivas da prisão pena, que demanda a existência de sentença condenatória obtida com observância ao devido processo legal.

3.2.2 A garantia da ordem econômica

Esse pressuposto foi inserido no artigo 312 do CPP (BRASIL, 1941) pela Lei Antitruste - Lei nº 8.884/1994 (BRASIL, 1994), que objetiva o combate às infrações contra a ordem econômica e persegue a especulação financeira e as transações fraudulentas, por exemplo. E, do mesmo modo que o pressuposto anterior, enfrenta críticas na doutrina em razão da clara ausência de caráter cautelar.

Inicialmente, os crimes contra a economia não se revestem de grave e intempestiva ameaça à coletividade, contrapondo-se nesse aspecto aos crimes comuns, de violência urbana, razão pela qual a jurisprudência não admitia a prisão cautelar para a garantia da ordem pública nessas hipóteses. Impôs-se então a realização da reforma no CPP (BRASIL, 1941), que passou a admitir a prisão cautelar para os crimes econômicos expressamente.

Obviamente não se está negando a gravidade e ofensividade desses delitos, mas questionando a necessidade da prisão nos casos em que tiverem sido cometidos, pois dada a natureza da infração, de muito mais valia seria a aplicação de outras medidas, como as “sanções à pessoa jurídica, e à intervenção do Direito Administrativo sancionador, com restrições comerciais e congêneres [...]” (LOPES JR., 2013, p. 113).

Do mesmo modo argumenta Eugênio Pacelli de Oliveira, afirmando que “se o risco é contra a ordem econômica, a medida cautelar mais adequada seria o sequestro e a indisponibilidade dos bens dos possíveis responsáveis pela infração” (OLIVEIRA, 2011, p. 548-549).

Essa proposta se justifica porquanto o “congelamento” do patrimônio, evidentemente, é meio mais apto que a prisão para impedir reiteração criminosa dessa natureza.

Embora a expressão “garantia da ordem econômica” também seja de difícil delimitação, permitindo a proliferação de decretos sustentados em termos vagos, e, portanto, ilegais, deve-se antes ater-se à Constituição Federal (BRASIL, 1988) em seu artigo 170¹⁰, que trata da Ordem Econômica e Financeira. Nesse contexto, o juiz, com base no disposto no texto constitucional, deve observar a finalidade da norma, de modo a fundamentar mais concretamente o decreto.

Ressalte-se que dos valores nos quais se funda a ordem econômica dispostos na Magna Carta (BRASIL, 1988) deriva o conjunto axiológico de que o legislador se utilizou para determinar os bens jurídicos dignos de tutela penal, classificando-os de maneira taxativa.

Logo, os tipos penais que ensejam a medida prisional devem ser expressamente classificados como crimes contra a ordem econômica, em decorrência de vedação à interpretação extensiva que prejudique o investigado/réu, por força de regra fundamental do Estado de Direito, de que leis penais e processuais penais só comportam interpretação taxativa e restritiva. Assim, é observado o princípio da reserva legal.¹¹

Nesse sentido, da leitura do artigo 170 da Carta Federal (BRASIL, 1988) tem-se que os crimes de descaminho, corrupção, fraude à licitação e sonegação fiscal, por exemplo, não podem ensejar a prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem econômica, mesmo se no caso concreto o fato ocasionou grave lesão ao patrimônio público ou particular.

Não restam dúvidas acerca da ausência de instrumentalidade desse pressuposto para a imposição da prisão preventiva, e, do mesmo modo que o pressuposto da garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica transmutou-se em mais um meio de prevenção especial e geral, e, conforme demonstrado em tópico anterior, entende-se tratar-se de antecipação da pena (DELMANTO JR., 2003, p. 192), e justamente por essas características

¹⁰“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” (BRASIL, 1988).

¹¹Consigna-se que os referidos tipos penais são os crimes previstos apenas nas Leis nºs 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (BRASIL, 1990b), 1.521, de 26 de dezembro de 1951 (BRASIL, 1951) e 7.492, de 16 de junho de 1986 (BRASIL, 1986).

é, também, “substancialmente inconstitucional” (LOPES JR., 2013, p. 114).

3.2.3 A aplicação da lei penal

O pressuposto da garantia da aplicação da lei penal reveste-se de caráter cautelar, pois visa resguardar a execução de eventual sentença condenatória, quando o agente demonstrar que pretende se evadir do distrito da culpa.

Nesse ponto, remete-se ao primeiro capítulo, no qual se perquiriu a origem da prisão cautelar, encontrando-se que nos primórdios até os idos da Idade Moderna o cárcere se prestava preponderantemente para guardar o corpo do agente para a execução da pena, em muito se assemelhando ao atual pressuposto para assegurar a aplicação da lei penal.

Ressaltando-se a excepcionalidade da medida, a prisão só poderá ser imposta se verificado que o perigo de fuga é evidente, fundado em elementos concretos presentes nos autos. Não se admite, em face da presunção de inocência, que o indivíduo tenha sua liberdade cerceada com base em meras ilações e conjecturas.

Isso pode ser aferido de diversas maneiras no caso concreto, se a pessoa passa a preparar-se para deixar o domicílio, se esvai seu patrimônio, se providencia passaporte e passagens ou se desliga do emprego, por exemplo, situações que podem evidenciar a intenção da fuga, ensejando, desse modo, a prisão provisória.

Ainda, a mera ausência do réu a ato processual, quando não esteja em liberdade provisória condicionada ao comparecimento aos atos processuais – ressaltando-se que o não comparecimento nesse caso poderá ensejar a prisão pelo descumprimento da condição, e não, precipuamente, pela garantia da aplicação da lei penal -, não implica a aplicação da cautela, uma vez que ao réu é, em regra, facultativo o comparecimento aos atos processuais. Eventualmente, se imperativa a presença do imputado, o juiz poderá se valer da condução coercitiva, nos termos do artigo 260 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Os tribunais têm ponderado a admissão desse pressuposto quando o indivíduo foge pretendendo evitar a configuração do estado de flagrância ou para questionar a legalidade ou validade da própria decisão de custódia cautelar, não caracterizando a fuga nesses casos por si só motivação idônea para o decreto prisional¹².

Não é razoável que o indivíduo deva se recolher ao cárcere para questionar a validade de uma decisão evidentemente arbitrária. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se

¹²Nesses termos é digno de nota o HC nº 89.501/GO (BRASIL, 2006c).

manifestou sobre o tema asseverando que nessas condições a fuga do distrito da culpa constitui exercício regular de direito por legítima oposição ao arbítrio estatal¹³.

É importante salientar que a adequação (sub-regra da proporcionalidade, que será abordada mais à frente) precisa ser sempre observada. O magistrado deve avaliar *in casu* se as cautelares presentes no rol do artigo 319 do CPP (BRASIL, 1941) não são hábeis para evitar a fuga do suspeito. Assim, diante de indícios menos robustos da intenção de fuga do agente o juiz deve se valer das cautelares menos gravosas (como o comparecimento periódico em juízo, a proibição de ausentar-se da Comarca, a monitoração eletrônica e a entrega do passaporte, por exemplo), restando evidenciada, se não se mostrarem suficientes, a necessidade da segregação cautelar.

Rememora-se que esse é o teor da reforma promovida pela Lei nº 12.403/2011¹⁴ (BRASIL, 2011). E que tais medidas podem ser aptas a atingir a mesma finalidade sem o enorme custo social e individual da prisão preventiva.

3.2.4 A conveniência da instrução criminal

O quarto pressuposto tem como objetivo a preservação da prova, evitando que o agente impeça ou perturbe a produção probatória em sede inquisitorial ou processual. Assim, havendo indícios de que o suspeito está desvirtuando os elementos de prova é possível o aprisionamento cautelar.

Constatados indícios objetivos de que o imputado - pessoalmente ou por meio de terceiro - está promovendo a intimidação de peritos ou testemunhas, suprimindo ou adulterando documentos ou praticando qualquer outra conduta que denote a intenção de turbar a produção de provas, torna-se legítima a aplicação da prisão cautelar.

Em nenhuma hipótese é permitida a decretação da prisão com o escopo de coagir ou estimular o investigado ou acusado a colaborar com a instrução criminal. Essa vedação decorre diretamente do primado do *nemo tenetur se detegere*, a garantia da não autoincriminação, segundo a qual não recai sobre o suspeito o dever de cooperar com as investigações, cabendo ao acusador o ônus de produzir a prova capaz de ilidir a presunção de inocência do agente.

Desse modo, não é possível que se efetue a prisão almejando a colheita do

¹³Vide HC nº 91.083/BA (BRASIL, 2008e).

¹⁴“Art. 282. [...] § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).” (BRASIL, 2011).

interrogatório, raciocínio que também se aplica à prisão temporária, haja vista tratar-se de meio de defesa do acusado, decorrente da garantia da autodefesa, sendo sempre faculdade do suspeito.

Do mesmo modo que o pressuposto “da aplicação da lei penal” este também tem visível caráter cautelar, na medida em que se destina a assegurar a eficácia da prestação jurisdicional.

Aury Lopes Jr. suscita que a prisão cautelar com espeque nesse pressuposto é desnecessária, aduzindo que “com certeza, após uma análise séria e criteriosa, se não chegarmos a eliminar a base teórica até então vigente, ao menos diminuiremos em muito a incidência dessa verdadeira pena antecipada” (2013, p. 119).

O autor, citando Ferrajoli, defende que

[...] a prisão cautelar pode ser perfeitamente substituída pela mera “detenção”, ou seja, traslado do sujeito passivo para ser colocado sob custódia do tribunal pelo tempo estritamente necessário para interrogá-lo e realizar as primeiras comprovações do fato, [...]. Com isso, esse isolamento não duraria mais do que horas ou no máximo dias, [...] (FERRAJOLI, 2006, p. 776 *apud* LOPES JR., 2013, p. 119).

Aury Lopes Jr. (2013, p. 119) assevera que após a oitiva e a produção das provas que necessitam da presença do suspeito desnatura-se a necessidade da prisão, pois, em tese, ele não pode mais alterar essas provas.

Ousa-se discordar desse entendimento, apesar de se concordar com a ocorrência rotineira dos excessos na prática forense, afirmando-se que não sobram dúvidas de que determinados indivíduos são capazes de praticar o que julgarem necessário para se esquivar de uma condenação. Assim, essa “mera detenção” proposta pelo autor não é capaz de impedir que o suspeito continue a intimidar testemunhas, ou que venha a induzir a produção de “provas falsas”, sendo, portanto, a prisão preventiva para a conveniência da instrução criminal uma medida extrema, todavia, se verificada sua imperativa necessidade para a proteção das provas, entende-se sua pertinência para a proteção do processo penal.

A prisão cautelar decretada para proteger a conveniência da instrução criminal deve ser revogada imediatamente após o fim da coleta das provas, respeitando a condição *rebus sic stantibus*, posto que desaparece a condição que ensejou a prisão. Consigne-se que para o procedimento do júri a medida pode ser mantida até a sessão de julgamento, pois nesse momento ainda poderão ser ouvidas testemunhas que podem ter sido ameaçadas em alguma ocasião pretérita, por exemplo.

Ressalta-se que para a decretação da prisão não bastam meras ilações de que o

sujeito oferece riscos à instrução de provas; mais do que isso, o magistrado deve pautar sua atuação por critérios objetivos e concretos, identificando a conduta do indivíduo que justifica a medida, em decorrência da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, do contrário essa será uma decisão com fundamentação inidônea.

3.3 A instrumentalidade e excepcionalidade da prisão preventiva

A Lei nº 12.403/2011 (BRASIL, 2011) inovou ao prever um sistema polimorfo de cautelares, inserindo medidas “intermediárias” no processo destinadas a afastar a antiga sistemática, em que o agente respondia ao processo em liberdade ou preso, sem que houvesse qualquer outro meio de aguardar o anúncio do resultado. O sistema então deixou de ser binário para se tornar multicautelar. As referidas medidas estão inscritas no artigo 319 da Lei Adjetiva Penal (BRASIL, 1941).

Nas palavras de Luiz Flávio Gomes, as medidas cautelares se prestam a garantir a eficácia do processo penal, não possuindo finalidade em si mesmas, revelando, portanto, seu caráter instrumental:

As medidas cautelares não possuem um fim em si mesmas. Não são penas. Elas existem para assegurar a aplicação da lei penal ou a eficácia do processo penal ou da investigação ou para evitar novas infrações penais. O processo penal serve para a tutela da liberdade, assim como para a efetivação do direito de punir do Estado. (GOMES, 2012, p. 23).

Logo, as medidas cautelares existem apenas para resguardar a aplicação da lei penal, a eficácia do processo penal ou do procedimento investigatório, ou, ainda, para evitar a reiteração criminosa. As medidas cautelares nada mais são senão um meio para que a jurisdição penal atinja sua finalidade. Em nenhuma hipótese a medida cautelar pode cumprir o papel de antecipação de pena.

A liberdade individual é a regra no ordenamento jurídico brasileiro, v. artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). A prisão é a exceção. Dessa feita, a prisão é em todas as suas formas (cautelar ou pena) uma medida excepcional, cabível apenas em situações que a justifiquem.

Qualquer restrição que iniba o direito de locomoção deve ser relevada e necessária. Não se admite no Estado Democrático de Direito que a prisão preventiva se desvirtue de seu papel como medida cautelar.

É cediço que as medidas cautelares apresentam caráter de excepcionalidade no processo penal. Do mesmo modo que o Direito Penal material revela característica subsidiária

e fragmentária, consistindo na *ultima ratio* do ordenamento jurídico, ou seja, na última opção de controle dos jurisdicionados em decorrência do fracasso dos demais meios de contenção social.

De tal modo o é em razão de o Direito Penal precipuamente restringir direta ou indiretamente o direito de liberdade do indivíduo. O Direito Penal é o instrumento que propicia a interferência máxima do Estado na esfera particular, limitando temporariamente um de seus direitos fundamentais, o da liberdade.

Assim, do mesmo modo que em razão da gravidade da resposta estatal para um determinado fato o Direito Penal é utilizado como última medida, as cautelares pessoais são as medidas últimas do processo penal, por constituírem instrumentos que tolhem as liberdades individuais, sobretudo a prisão, medida de maior gravidade. Portanto, as medidas cautelares devem ser imbuídas de excepcionalidade, porque a regra no Estado de Direito é a liberdade.

Leciona Aury Lopes Jr.:

A excepcionalidade deve ser lida em conjunto com a presunção de inocência, constituindo um princípio fundamental de civilidade, fazendo com que as prisões cautelares sejam (efetivamente) a *ultima ratio* do sistema, reservadas para os casos mais graves, tendo em vista o elevadíssimo custo que representam. O grande problema é a massificação das cautelares, levando ao que FERRAJOLI denomina “crise e degeneração da prisão cautelar pelo mau uso”. (LOPES JR., 2010, p. 66).

Veja-se o que diz o Código de Processo Penal a esse respeito:

Art. 282. [...]

[...]

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, **em último caso, decretar a prisão preventiva** (art. 312, parágrafo único).

[...]

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (BRASIL, 1941, grifo nosso).

O dispositivo consagra expressamente o caráter excepcional da prisão preventiva, determinando que o magistrado sempre analise a suficiência e adequação da medida cautelar não prisional para depois, caso verifique sua insuficiência, impor a prisão preventiva. Interpretação semelhante é a que se extrai do artigo 310, II, do CPP.

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

[...]

II - **converter a prisão em flagrante em preventiva**, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e **se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão**; [...] (BRASIL, 1941, grifos nossos).

Cristalina é, portanto, a característica de excepcionalidade e subsidiariedade da

prisão preventiva, devendo ser imposta apenas quando insuficientes e inadequadas as demais cautelares, aplicadas isolada ou cumulativamente. E que a avaliação da necessidade de sua imposição deve ser sempre conduzida de acordo com o primado da proporcionalidade.

3.3.1 A excepcionalidade em razão da regra da proporcionalidade

Segundo a crítica de Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 24), a doutrina e a jurisprudência vêm aludindo erroneamente à proporcionalidade como princípio. O autor toma por referência a teoria dos princípios de Robert Alexy, na qual se contrapõem os conceitos de norma-princípio e norma-regra.

Este trabalho não se propõe a aclarar os conceitos de princípio e regra, objeto de estudo da teoria do Direito, contudo é válido que se tenham algumas considerações acerca do tema para possibilitar o entendimento da compatibilização entre a prisão cautelar e a regra da proporcionalidade.

Primeiramente é sabido que regras e princípios são espécies do gênero norma. Ou seja, são elementos constitutivos do ordenamento jurídico do Estado. De acordo com a classificação de Ronald Dworkin (2002, p. 39-43), as regras seguem o padrão “tudo ou nada”, uma vez que apresentam apenas a dimensão de validade, isto é, ou valem e são totalmente aplicadas ao caso concreto, ou não valem e não se aplicam ao caso concreto¹⁵. Dworkin assevera que fortuito conflito entre regras deverá ser resolvido segundo os critérios tradicionais de resolução de conflitos de normas propostos por Norberto Bobbio - de hierarquia, cronologia e especialidade -, com uma delas sendo considerada inválida.

Doutra ponta, os princípios seguem o padrão de importância, ou de peso, não de validade, o que invariavelmente conduzirá a uma controvérsia sobre como conformar um eventual conflito entre princípios, devendo o operador do Direito observar qual dos princípios prevalecerá, por meio de ponderação¹⁶.

Robert Alexy apresenta a ideia de que as regras são *determinações* no campo das possibilidades fáticas e jurídicas, ao passo que concebe os princípios como *mandamentos de*

¹⁵[...] as regras são aplicáveis à maneira de tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ele fornece deve ser aceita, ou não é válida [...]” (DWORKIN, 2002, p. 39).

¹⁶[...] os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que a outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem e o quão importante ele é” (DWORKIN, 2002, p. 42).

otimização (ALEXY, 2008, p. 94-104).

Portanto, considera-se acertada a posição de Virgílio Afonso da Silva em face das distinções estabelecidas por Alexy, posto que este rechaça a classificação de princípios e regras em razão de sua especificidade/generalidade ou grau de abstração, e o faz de acordo com a estrutura normativa da norma em questão, determinando assim a espécie como regra ou princípio (SILVA¹⁷, 2003, p. 613-614).

Assevera Virgílio da Silva:

Se se define "princípio" pela sua fundamentalidade, faz sentido falar-se em princípio da legalidade ou em princípio do *nulla poena sine lege*. Essas são, sem dúvida, duas normas fundamentais em qualquer Estado de Direito. Caso, no entanto, se prefira usar os critérios estabelecidos por Alexy, expostos no tópico anterior, é preciso cuidado ao se fazer uma "tipologia de princípios" - se é que uma tal tipologia faz algum sentido quando se distinguem princípios e regras por aqueles critérios - e, mais importante, é preciso deixar de fora dessa tipologia aquelas normas tradicionalmente chamadas de princípios - legalidade etc. -, visto que elas, a despeito de sua fundamentalidade, não poderiam mais ser consideradas como princípios, devendo ser incluídas na categoria das regras. (SILVA, 2003, p. 614).

Dessa maneira, embora se entenda que a expressão *princípio da proporcionalidade* esteja consagrada na jurisprudência e doutrina brasileiras, deve-se, contudo, rememorar que tal terminologia não corresponde à acepção do termo *princípio* da teoria de Robert Alexy (SILVA, 2002, p. 25).

A regra da proporcionalidade se decompõe em três elementos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, 2002, p. 34).

Tal preceito foi concebido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, que em 16 de março de 1971, pela primeira vez, definiu com clareza o teor da regra da proporcionalidade do seguinte modo:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para fomentar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental. (RESS *apud* BONAVIDES, 2004, p. 409-410).

Desse modo, a proporcionalidade e, por conseguinte, seus componentes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito despontam como requisitos intrínsecos a permitir e justificar a restrição imposta pelo Estado contra os direitos individuais. Somados a esses requisitos encontram-se a judicialidade e a motivação como requisitos extrínsecos, posto que as medidas limitadoras de direitos devem ser submetidas a

¹⁷Neste o autor defende que normas fundamentais tradicionalmente apontadas como princípios, tais como a legalidade e a proporcionalidade, são na verdade regras, apesar de sua *fundamentalidade* (SILVA, 2003, p. 613-614).

um controle prévio jurisdicional e serem tomadas por decisão fundamentada na observância aos pressupostos e exigências legais para a sua imposição.

3.3.1.1 Dos requisitos intrínsecos da regra da proporcionalidade

O primeiro requisito a ser observado é o da adequação (ou idoneidade). Este consiste em determinar se a medida representa meio apto para fomentar a finalidade desejada. Canotilho define a adequação como sendo o componente que:

Impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deva ser apropriada à persecução do fim ou fins a ele subjacentes. Conseqüentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o ato do poder público é apto para e conforme os fins justificativos de sua adoção [...]. Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim. (CANOTILHO *apud* D'URSO, 2007, p. 66-67).

Isto é, o requisito da adequação analisa apenas se o meio empregado é hábil para a realização do objetivo pretendido. Trata-se, portanto, de controle da compatibilidade entre o meio e o fim.

Portanto, independentemente das consequências do meio, se ele é capaz de fomentar ou viabilizar a realização da finalidade almejada, considera-se o meio adequado.

Em seguida, deve-se submeter a medida ao critério da necessidade (ou exigibilidade), que postula sua “interferência mínima”, a menor ingerência possível sobre os direitos fundamentais. Nesse sentido, a medida só é necessária se o fomento da finalidade pretendida não puder ser realizado de maneira menos gravosa por outro meio. Como o ato deve limitar-se ao estritamente necessário para a consecução do fim desejado, havendo mais de um meio, deve ser escolhido aquele que acarrete menos prejuízos ao direito atacado.

Logo, o indivíduo tem direito à menor desvantagem quando da limitação de algum de seus direitos fundamentais.

Finalmente, o ato deve ser analisado à luz da proporcionalidade em sentido estrito. De acordo com Humberto Ávila, “O exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais.” (ÁVILA, 2005, p. 124). O autor propõe que para esse critério o questionamento a ser formulado é: O grau de importância da promoção da finalidade justifica o grau de restrição imposto aos direitos fundamentais?

Desse modo, a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito trata do sopesamento entre as vantagens e as desvantagens aferidas com a adoção da medida, o meio

empregado. Pode ser resumidamente explicado como uma relação de “custo-benefício” do meio.

Para o Direito Processual Penal reputa-se que quanto mais gravosa for a intervenção estatal no âmbito individual, maior há de ser o interesse da coletividade. Nesse sentido é o afirmado por Mariângela Gama de Magalhães Gomes:

Ao legislador penal resta, então, ponderar o valor do bem jurídico a ser protegido criminalmente, assim como o desvalor da conduta a ele afrontosa (interesse geral), com o valor da liberdade ameaçada pela previsão legal de pena à prática da conduta (interesse individual), e estabelecer a medida em que é cabível abrir mão do interesse individual em nome do interesse geral que está em jogo. Não se trata mais, portanto, de analisar se é possível sacrificar um em detrimento do outro, mas o quanto isso é possível. (GOMES, 2003, p. 171).

Portanto, a observância da proporcionalidade em sentido estrito visa fazer prevalecer o interesse de maior relevância, quando houver conflito entre direitos fundamentais. Assim, esse requisito prescreve que se realize a ponderação entre os direitos fundamentais para que haja a maior preservação possível dos direitos conflitantes.

Os requisitos da adequação e da necessidade garantem que a medida estatal, hipoteticamente adequada e válida, alcance de modo satisfatório a finalidade desejada. Entretanto, sem o crivo da proporcionalidade em sentido estrito tal medida poderia conduzir a abusos e excessos, que só podem ser afastados com o emprego da ponderação advinda da proporcionalidade em sentido estrito.

Para Virgílio Afonso da Silva, a ordem de exame dos critérios deve ser respeitada. Assim, o autor aduz que “A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre indica a análise de todas as suas três sub-regras. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si.” (SILVA, 2002, p. 34).

Ainda segundo Virgílio Afonso da Silva, a subsidiariedade entre os critérios quer dizer que a análise da necessidade só é exigível se o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imperativa se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade (SILVA, 2002, p. 34).

3.3.1.2 A proporcionalidade e a prisão preventiva

A regra da proporcionalidade deve ser observada pelos julgadores em todas as

decisões, sobretudo nas que se referem à decretação, ou não, do encarceramento preventivo¹⁸ (LIMA, 2011a, p. 122).

A proporcionalidade foi introduzida na disciplina das cautelares penais pela reforma da Lei nº 12.403/2011 (BRASIL, 2011), que inscreveu as expressões “necessidade” e “adequação” nos incisos do artigo 282 do CPP (BRASIL, 1941), remetendo à teoria alemã. Veja-se o disposto na lei:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (BRASIL, 1941).

A cautelar estabelecida deve ser idônea, necessária e proporcional para alcançar o fim esperado; ou seja, somente deve ser utilizada quando não houver outros meios menos gravosos, jamais consistindo em antecipação de pena para o acusado. De acordo com Aury Lopes Jr., a proporcionalidade é definida como “o principal sustentáculo das prisões cautelares” (LOPES JR., 2011, p. 25).

O teste de proporcionalidade, no que atine à medida cautelar penal pessoal, consiste primeiramente, portanto, na análise da adequação, em que se averigua se a medida a ser adotada é apta a atingir o escopo a que se propõe. Nesse caso, o primeiro teste pouco contribui para a sua escolha, pois, sendo o rol taxativo, previamente já se conhece a sua utilidade. Além disso, por exemplo, a prisão preventiva é apta a, ao menos hipoteticamente, conter o risco da liberdade do indivíduo suspeito.

Em seguida perquire-se se a medida é necessária, porquanto a finalidade pretendida, como explanado anteriormente, tem de ser imprescindível ou estar gravemente ameaçada. Em outras palavras, deve haver claras evidências materiais sobre o *periculum in libertatis*. Em relação à proporcionalidade em sentido estrito, versa sobre a impossibilidade de a medida cautelar ser mais gravosa que a presumível pena a ser aplicada ao cabo do processo

¹⁸ “[...] entre as medidas que asseguram o procedimento penal, a prisão preventiva é a ingerência mais grave na liberdade individual; por outra parte, ela é indispensável em alguns casos para uma administração da justiça penal eficiente. A ordem interna de um Estado se revela no modo em que está regulada essa situação de conflito; os Estados totalitários, sob a antítese errônea Estado-cidadão, exagerarão facilmente a importância do interesse estatal na realização, o mais eficaz possível, do procedimento penal. Num Estado de Direito, por outro lado, a regulação dessa situação de conflito não é determinada através da antítese Estado-cidadão; o Estado mesmo está obrigado por ambos os fins: assegurar a ordem por meio da persecução penal e proteção da defesa de liberdade do cidadão. Com isso, o princípio constitucional da proporcionalidade exige restringir a medida e os limites da prisão preventiva ao estritamente necessário” (LIMA, 2011a, p. 122).

criminal. Nesse sentido é a fala de Andrey Borges de Mendonça:

Especificamente no campo das medidas cautelares, a proporcionalidade em sentido estrito significa que a medida cautelar deve ser proporcional à pena que será provavelmente aplicada ao final do processo. Em outras palavras, impossível que a medida cautelar seja mais gravosa e aplique ao réu um malefício maior que a própria pena aplicável ao final do processo, sob pena de, figurativamente, o remédio trazer mais efeitos colaterais que os provocados pela doença a ser curada. (MENDONÇA, 2011, p. 41).

Deve-se consignar que as medidas cautelares se localizam em um ponto crítico na topografia do processo penal, situando-se na tensão entre o direito à liberdade do indivíduo (que até o trânsito em julgado da sentença possui em seu favor a presunção de inocência) e a eficácia da prestação jurisdicional. Sobre a excepcionalidade das cautelares e o princípio da necessidade Luiz Flávio Gomes assevera:

O princípio da necessidade traz, em seu bojo, o princípio da intervenção mínima. A intervenção penal estatal deve ser a mínima possível. De todas as existentes, compete ao juiz escolher a que menor gravame gera para o direito fundamental da pessoa afetada. Se outras medidas existem e são suficientes, o juiz não pode optar pela mais drástica. Incide aqui o princípio da suficiência da medida menos onerosa. (GOMES, 2012, p. 51).

É obviamente imprescindível que exista um instrumento que abalize os direitos em conflito, que nessa seara são de relevância destacada: de um lado a presunção de inocência e o direito à liberdade e de outro a manutenção da ordem coletiva, da paz social e a proteção do processo. É por meio da análise da proporcionalidade da medida que o juiz prolata a decisão, seja de decretação, substituição ou revogação, conferindo legitimidade à fundamentação, minimizando o espaço para a atuação arbitrária. Isso porque como método científico, a regra da proporcionalidade estabelece critérios mais objetivos para a avaliação das intervenções nos direitos fundamentais.

Denota-se que a proporcionalidade não oferece medidas substitutivas à prisão provisória, entretanto promove o controle de sua incidência mediante esses critérios objetivos.

No que tange às cautelares penais pessoais, o teste de proporcionalidade consiste em uma verificação da eficiência do meio proposto, no caso a própria prisão preventiva, para atingir uma finalidade específica.

E qual seria essa finalidade que a medida se destina a atingir? A que deve ser adequada, necessária e proporcional? O legislador aduz que a medida será adequada à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou

acusado¹⁹. Contudo, na verdade a cautelar penal visa resguardar a garantia da ordem pública ou financeira, a aplicação da lei penal ou a conveniência da instrução criminal.

Em uma rápida leitura do disposto no artigo 282, II, do CPP (BRASIL, 1941) transparece que a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do agente são o parâmetro norteador da gravidade da cautelar a ser imposta. Desse modo, o legislador optou por criar uma correlação entre a gravidade do delito e a da cautelar. Porém, esse raciocínio invariavelmente leva à conclusão de que as cautelares não se prestariam a atuar como instrumento do processo, e de que o fato criminoso mais grave é mais relevante, ensejando, portanto, medida mais gravosa.

Entretanto, tal dispositivo deve ser interpretado como uma maneira de também se aferir a proporcionalidade em sua terceira sub-regra, a da proporcionalidade em sentido estrito, após vencidas as etapas de teste de adequação e necessidade, uma vez que o comportamento do indivíduo e as circunstâncias do delito podem ser critérios para ajudar a aferir o *periculum libertatis*, sempre respeitando a observância dos fundamentos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, fundamentos inerentes a todas as cautelares, assim como o são os correspondentes *fumus boni iuris* e *periculum in mora* para o processo civil.

Portanto, o legislador se equivoca na redação do mencionado inciso II, confundindo os requisitos intrínsecos da regra da proporcionalidade da teoria alemã, substituindo o vocábulo proporcionalidade por adequação.

Finalmente, observando-se que a excepcionalidade da prisão preventiva decorre diretamente do princípio constitucional de Presunção de Inocência, considera-se que a privação cautelar da liberdade deve ser tratada como interferência a ser aplicada em último caso, de caráter urgente e provisório.

O processo criminal é o instrumento de contenção, de limitação do poder estatal, por meio do qual se move a jurisdição com o objetivo de punir o indivíduo que afronta as regras penais, garantindo-lhe a preservação dos seus direitos individuais. O juiz fica incumbido de zelar pela observância desses direitos e pela integridade física e moral do processado, podendo apenas em casos específicos, sob determinados requisitos e pressupostos, e evidenciada a necessidade aplicar a prisão preventiva, respeitando assim a proporcionalidade.

¹⁹“Art. 282. [...] II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.” (BRASIL, 1941).

3.4 Da prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência

A presunção de inocência está expressamente gravada na Constituição Federal, em seu artigo 5º, LVII (BRASIL, 1988)²⁰. Tal princípio é tido como o maior ponto de tensão entre os elementos autoritários e democráticos de uma Constituição (LOPES JR., 2013, p. 23). Para tanto, a presunção de inocência é elemento determinador de civilidade do processo penal. Aury Lopes Jr. expressa que “Em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual pelo nível de observância (eficácia). É fruto da evolução civilizatória do processo penal.” (LOPES JR., 2013, p. 23).

Por essa razão, Luigi Ferrajoli refere-se à presunção de inocência como o “princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção garantista a favor da tutela da intimidade dos inocentes, mesmo ao preço da impunidade de algum culpável” (FERRAJOLI, 2000, p. 549). Essa escolha ideológica é de suma importância, uma vez que se admite que a proteção do indivíduo deve preponderar sobre o clamor social punitivista, e que essa proteção é necessária para se evitar a injusta prisão de um indivíduo inocente (ainda mais no precário sistema penitenciário brasileiro), mesmo que ao preço de uma eventual impunidade de alguém que seja culpável.

Em suma, o Princípio de Presunção de Inocência se revela como uma limitação ao poder punitivo do Estado, restringindo a possibilidade de o indivíduo ser encarcerado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Impõe ao Estado um *dever de tratamento* (LOPES JR., 2013, p. 23), que opera em dois âmbitos, interna e externamente ao processo penal.

No âmbito interno, a presunção de inocência ocasiona que o ônus da prova seja de incumbência do acusador e que a dúvida desencadeie sempre a absolvição do acusado, e ainda que as prisões cautelares sejam impostas em situações extremamente excepcionais, devidamente justificadas.

Externamente exige que o réu não sofra constrangimento, estigmatização. Trata-se de limite à exposição midiática e dos “julgamentos antecipados” promovidos pelos meios de comunicação.

Assim, o princípio em comento ordena que o Estado deve dispensar ao réu/investigado tratamento digno, compatível ao seu *status* de inocente. Impede-se, assim, que o indivíduo seja reduzido a culpado sem o devido processo legal.

²⁰“Art. 5º [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; [...]” (BRASIL, 1988).

Ademais, a presunção de inocência tutela não só os interesses individuais, mas também os interesses coletivos, no que atine à confiabilidade na administração da justiça, à legitimidade e à racionalidade da persecução penal (FERRAJOLI, 2000, p. 549).

Desse modo, há de se consignar que as medidas cautelares penais, principalmente as pessoais, correspondem a ingerências (motivadas) na presunção de inocência.

É digno de nota que há certa celeuma doutrinária em torno do inscrito no enunciado do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Alguns autores designam a norma também como princípio da não culpabilidade ou, ainda, estado de inocência. Deve-se observar que o constituinte não utilizou o termo “inocência” na redação do inciso mencionado.

Os adeptos da presunção de inocência entendem que qualquer pessoa não pode ser considerada culpada até que a culpa esteja confirmada. Entretanto, há dissenso na doutrina em torno desse entendimento, pois não haveria como se conceber que um indivíduo presumidamente inocente pudesse ser investigado/processado. Em outras palavras, “a presunção de inocência não passava da porta da denúncia” (MORAES, 2004, p. 114).

Assim, para esses doutrinadores o referido princípio não alberga uma presunção, mas um estado de inocência, ou de não culpabilidade. Paulo Rangel afirma que “A Constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). Em outras palavras, **uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa.**” (RANGEL, 2011, p. 46, grifo nosso).

Portanto, esses estudiosos defendem que não há como se presumir a inocência do investigado, ou réu, uma vez que há contra ele indícios de autoria delituosa. Em verdade, o agente tem em seu favor a condição de inocente enquanto não houver sido decretada contra si a sentença condenatória, resguardando-se-lhe o tratamento mencionado, mas a partir do momento em que for denunciado não se pode mais presumir sua inocência. Nesse sentido transcrevem-se na sequência as palavras de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho:

Sustenta-se que não se pode presumir a inocência do réu, se contra ele tiver sido instaurada ação penal, pois, no caso, haverá um suporte probatório mínimo. **O que se poderia presumir é a sua não-culpabilidade, até que assim seja declarado judicialmente. Não se poderia, assim, cogitar-se propriamente em uma presunção.** (CARVALHO, 2006, p. 156, grifo nosso).

Ressalta-se que no caso de decretação de quaisquer cautelares, ou mesmo numa investigação ou ação penal contra o agente há ofensa contra a presunção de inocência dele. Contudo, conforme já explanado, a norma constitucional diz tratar-se de princípio,

suportando, por conseguinte, a ponderação.

Ainda assim, não deixa de ser um contrassenso que o sujeito presumidamente inocente seja preso ou processado. Portanto, filia-se ao entendimento de que a Carta Magna (BRASIL, 1988) garante a não culpabilidade dos indivíduos, mesmo porque expressamente consigna que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, não havendo textualmente qualquer menção que indique a opção pela presunção de inocência.

Por outro lado, em respeito à cientificidade, apresenta-se o entendimento de Badaró, segundo o qual não há diferença entre os enunciados, pensamento seguido por Renato Brasileiro de Lima (2011b, p. 12):

Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões “inocente” e “não culpável” constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias, se é que isso é possível, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito. (BADARÓ, 2008, p. 16).

O Supremo Tribunal Federal (STF) preponderantemente utiliza a expressão presunção de inocência²¹, todavia ocasionalmente adota a expressão presunção de não culpabilidade²², e algumas vezes ainda utiliza as terminologias de maneira indistinta²³.

De todo modo, é importante consignar que alguns estudiosos afirmam que a presunção de inocência foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por força da ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (Pacto de São José da Costa Rica) (BRASIL, 1992).

O artigo 8, item 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) (BRASIL, 1992) dispõe que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

Logo, a presunção de inocência está positivada pela incorporação de diplomas internacionais dos quais o Brasil é signatário. De todo modo é evidente que a expressão está consagrada pela jurisprudência, razão pela qual se manterá o emprego da terminologia.

O STF, em fevereiro de 2016, ao julgar o HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016c)

²¹HC nº 110.235 (BRASIL, 2012a), 105.750 (BRASIL, 2012b), 93.427 (BRASIL, 2008f), 93.315 (BRASIL, 2008g), 89.503 (BRASIL, 2007) e 71.289 (BRASIL, 1994b).

²²HC n. 80.719 (BRASIL, 2001b) e RHC 100.913

²³HCS nºs 108.440 (BRASIL, 2012c), 107.318 (BRASIL, 2012d), 106.174 (BRASIL, 2012e), 106.856 (BRASIL, 2012f) e 107.229 (BRASIL, 2012g).

autorizou a execução provisória da pena de condenado em segunda instância, modificando o entendimento proferido no HC nº 84.078/MG, de fevereiro de 2009 (BRASIL, 2009c).

Nesse contexto, o Pretório Excelso admite que a Presunção de Inocência é princípio (e não regra, conforme a classificação de Alexy), comportando, assim, relativização.

Na ocasião do julgamento do HC nº 126.292/SP o ministro Marco Aurélio Mello se manifestou pela impossibilidade de se relativizar o princípio de presunção de inocência:

[...] no rol principal das garantias constitucionais da Constituição de 1988, tem-se, em bom vernáculo, que "ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória". O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. [...] Peço vênia para me manter fiel a essa linha de pensar sobre o alcance da Carta de 1988 e emprestar algum significado ao princípio da não culpabilidade. Qual é esse significado, senão evitar que se execute, invertendo-se a ordem natural das coisas – que direciona a apurar para, selada a culpa, prender –, uma pena, a qual não é, ainda, definitiva.

O Ministro manteve o posicionamento exarado quando do julgamento do HC nº 84.078/MG (BRASIL, 2009c): “Aqui, mais do que diante de um princípio explícito de direito, estamos em face de regra expressa afirmada, em todas as suas letras, pela Constituição.”

De outro modo, de acordo com o ministro relator Teori Zavascki, a presunção da inocência prevalece até a confirmação em segundo grau da sentença penal condenatória, momento após o qual se esgota o princípio da não culpabilidade, e o réu passa, então, a presumir-se culpado. Esse foi o entendimento prevalecente na Corte.

Posteriormente, em decisão monocrática no HC nº 138.337 MC/SP, Marco Aurélio ressaltou que “Construção provisória concebe-se cautelarmente, associada ao flagrante, à temporária ou à preventiva, e não a título de sanção antecipada.” (BRASIL, 2016b).

Não se irá aprofundar o estudo nesse aspecto, pois a execução provisória da pena não é o cerne da pesquisa. Contudo, no que tange à presunção de inocência, ou à não culpabilidade, mantém-se o entendimento de que é possível ponderá-la diante de situação que justifique a imposição de medida cautelar

Ora, a garantia fundamental prevista na Constituição dispõe que “ninguém será considerado culpado **até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória**” (BRASIL, 1988, grifo nosso). A norma é clara ao assentar que não há presunção de culpa **até o trânsito em julgado** da condenação, mas no caso da execução provisória da pena, o magistrado antecipa a aplicação da medida, pois esgotou-se a perquirição da matéria fática, tornando o

indivíduo presumidamente culpado. Essa situação distingue-se claramente das que ensejam a aplicação das medidas cautelares prisionais.

Quando preso provisoriamente, o indivíduo ainda possui o *status* de presumidamente inocente, ou não culpado, relativizado em face de necessidade processual ou investigativa. De outro lado, a pena apenas pode ser iniciada após o trânsito em julgado.

Assim, concorda-se com o entendimento anterior da Suprema Corte, veja-se o defendido pelo ministro Eros Grau quando do seu voto no HC nº 84.078:

A execução da sentença antes de transitada em julgado é incompatível com o texto do artigo 5º, inciso LVII da Constituição do Brasil. Colho, em voto de S. Excia. no julgamento do HC 69.964, a seguinte assertiva do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE: "... quando se trata de prisão que tenha por título sentença condenatória recorrível, de duas, uma: ou se trata de prisão cautelar, ou de antecipação do cumprimento da pena. [...] E antecipação de execução de pena, de um lado, com a regra constitucional de que ninguém será considerado culpado antes que transite em julgado a condenação, são coisas, data venia, que se "hurlent de se trouver ensemble". (BRASIL, 2009c).

A presunção de inocência se apresenta como norma-princípio, razão pela qual se lhe impõe um dever de otimização, ou seja, de que quando conflitar com outro princípio deve ser sopesada visando-se sua preservação da maneira mais abrangente possível.

Doutra forma, o desrespeito à proporcionalidade e a inobservância estatal da presunção de inocência corroboraram para o dismantelamento das garantias e direitos constitucionais.

Justamente em face do princípio de presunção de inocência, qualquer limitação à liberdade do indivíduo previamente à condenação definitiva somente se admite em razão de providência cautelar, do contrário se configurará a antecipação de pena.²⁴

Entretanto, como se enfrentará mais à frente, a realidade processual penal vigente no Brasil destoa do que é teoricamente acertado. Há a constante relativização dos direitos fundamentais dos indivíduos pretensamente culpáveis. Muito se deve ao incremento expressivo da criminalidade dos últimos anos e também à ânsia punitiva social. Maurício Zanoide de Moraes tece crítica: "assiste-se a um esvaziamento prático-forense daqueles

²⁴No mesmo sentido é o exposto por Ada Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho: "Constituindo a liberdade física do indivíduo um dos dogmas do Estado de Direito, é natural que a Constituição fixe certas regras fundamentais a respeito da prisão de qualquer natureza, pois a restrição ao direito de liberdade, em qualquer caso, é medida extraordinária, cuja adoção deve estar sempre subordinada a parâmetros de legalidade estrita. No caso da prisão cautelar, essas exigências se tornam ainda mais rigorosas, diante do preceito constitucional segundo o qual 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória' (Art. 5º, inc. LVII, CF); em face do estado de inocência do acusado, a antecipação do resultado do processo representa providência excepcional, que não pode ser confundida com a punição, somente justificada em situações de extrema necessidade." (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 342-343).

princípios” (MORAES, 2004, p. 698). O autor ainda assevera que a pouca efetividade da presunção de inocência no processo penal brasileiro decorre fundamentalmente do subjetivismo judicial embasado nas “linhas criminológicas ou de política criminal inconstitucionais. Esta atuação associa-se a uma generalizada opinião, conforme se veicula pelos meios de comunicação, da presunção de inocência como um óbice à realização da repressão punitiva estatal” (MORAES, 2004, p. 336-337).

Essa postura repressiva não encontra guarida na ordem constitucional vigente, embora se tenha que consignar que a existência do aparente conflito derivado da coexistência entre o princípio de inocência e as restrições aos direitos fundamentais individuais decorrentes do encarceramento provisório seja de todo contraditória. O conflito em estudo, na verdade, impõe ao julgador, no caso concreto, buscar a máxima otimização entre os interesses colidentes, evitando no que for possível, portanto, a custódia antes do trânsito em julgado. Havendo essa conformação restarão adimplidos os ditames constitucionais que buscam garantir à pessoa a liberdade de locomoção, excepcionando-se as situações devidamente justificadas.

Desse confronto de interesses é que se revelam as nuances democráticas das instituições processuais penais do ordenamento jurídico.

4 A BANALIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

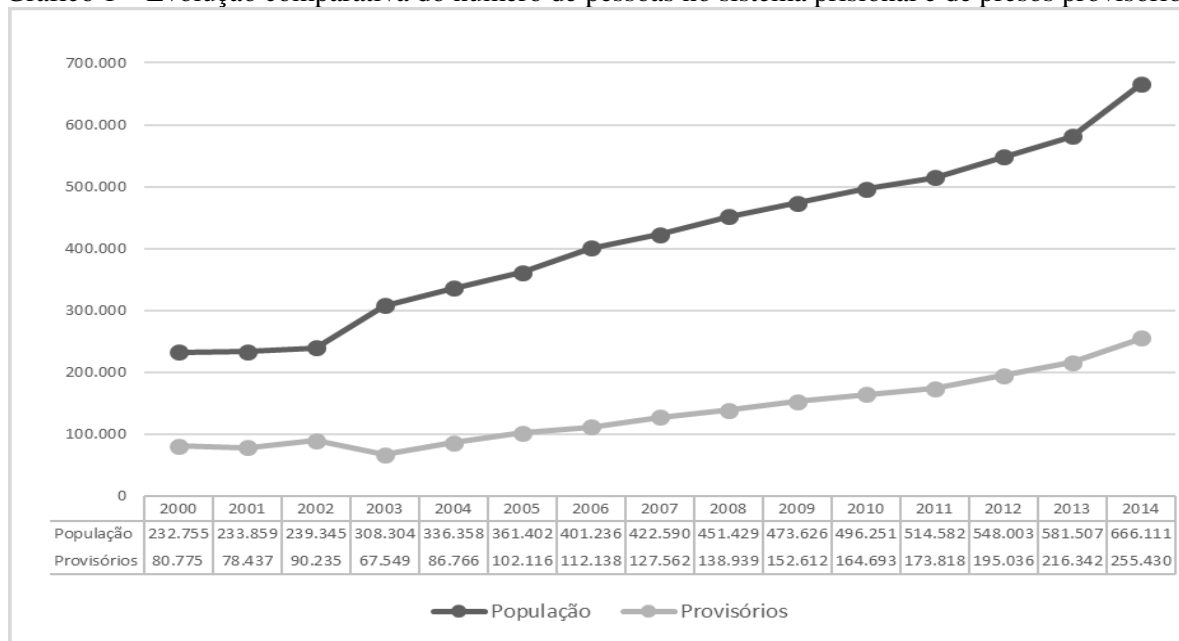
Superada a análise da conformidade do acautelamento prisional e o estudo dos requisitos e pressupostos, tem-se que o instituto coexiste harmonicamente no ordenamento jurídico brasileiro com o princípio de presunção de inocência, justamente por conta de sua natureza cautelar.

De acordo com o demonstrado, as medidas cautelares devem ser aplicadas de maneira ponderada, respeitando-se os limites legais e a proporcionalidade. Entretanto, no Brasil, o emprego desse instituto está banalizado. O encarceramento provisório tornou-se a regra, ocorrendo muitas das vezes como primeira medida, portanto afasta-se absurdamente de seu caráter excepcional, de *ultima ratio* processual, e como apontado anteriormente passa a ser utilizado como meio de prevenção geral e específico ou antecipação de pena, ou, também de modo distorcido, tornou-se medida de coerção para levar o preso a delatar. Na Operação Lava Jato isso ocorre com frequência, embora de modo insidioso.

Os levantamentos de população carcerária corroboram o afirmado, revelando a abusividade dos decretos prisionais cautelares, que não foi reduzida mesmo em face das alterações trazidas pela Lei nº 12.403/2011 (BRASIL, 2011).

Nesse sentido é o demonstrado pelo Gráfico 1 a seguir, no qual se nota o crescimento constante da população carcerária e o incremento de ingresso à prisão dos presos provisórios. Os dados informados excluem os presos domiciliares:

Gráfico 1 – Evolução comparativa do número de pessoas no sistema prisional e de presos provisórios



Fonte: Brasil ([2016], p. 22)

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a população carcerária brasileira é de 666.111 pessoas (BRASIL, 2014b), das quais 39,1% são presos provisórios, incluindo os presos domiciliares.

Em números absolutos, o Brasil é o país com a quarta maior população penitenciária do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia. A taxa de encarceramento brasileira é de 306,2 presos por 100 mil habitantes (BRASIL, 2016a).

De acordo com o Relatório Infopen de dezembro de 2014, a grande população carcerária decorre do “elevado crescimento da população prisional nas últimas décadas, em especial dos presos provisórios e das prisões relacionadas ao tráfico de drogas, [...] Em dezembro de 2014, 40% da população prisional brasileira era composta por presos provisórios” (BRASIL, [2016]).

Sobre o incremento do número de presos Luiz Flávio Gomes assevera que:

Essa realidade era completamente diversa no ano de 1990. Segundo os dados do DEPEN, do Ministério da Justiça, aproximadamente 90 mil presos integravam o sistema carcerário nacional em 1990, sendo que apenas 18% eram provisórios, enquanto 82% correspondiam aos presos com decisão definitiva. **Enquanto o número de presos condenados cresceu 278%, entre 1990 a 200, o número de presos provisórios simplesmente explodiu, aumentando 1.253% no mesmo período.** (GOMES, 2012, p. 28).

Deve-se consignar que os dados apresentados não distinguem as modalidades de prisão provisória, e ainda assim demonstram o desacerto na imposição das referidas medidas.

Assim, quase 260 mil pessoas estão presas no Brasil antes da condenação em primeiro grau, e o Relatório aponta que “há evidências de que uma grande parte delas poderia responder ao processo em liberdade” (BRASIL, [2016]). Tal constatação decorre do fato de que 37% dos réus que responderam ao processo presos não foram condenados à pena privativa de liberdade. Ou seja, cerca de 96 mil pessoas foram presas provisoriamente e ao cabo do processo criminal não foram condenadas à pena privativa de liberdade, seja em razão de absolvição ou por aplicação de penas restritivas de direito (BRASIL, [2015]).

Resta claro, dada a expressiva quantidade de decretos e o constante crescimento da taxa de aprisionamento cautelar, que há abusos na aplicação das prisões cautelares. Levando-se em conta o grande número de presos que ao fim do processo sequer tem a custódia mantida, percebe-se que os magistrados não realizam exame de proporcionalidade da medida ou ao menos uma revisão periódica da necessidade das prisões cautelares.

Verdadeiras aberrações jurídicas, decisões teratológicas, que enviam indivíduos que cometeram crimes de baixíssima ofensividade ao encarceramento são ocasionalmente

noticiadas. Esse pode ser indicado como um entre os motivos da superpopulação penitenciária. Em razão da gravidade da situação das cadeias brasileiras, o Conselho Nacional de Justiça implementou um programa emergencial para analisar os processos dos presos. Desse programa de mutirão carcerário foram produzidos relatórios, um dos quais, produzido em 2010 pelo juiz Erivaldo Ribeiro dos Santos, que atuou como coordenador nacional dos mutirões carcerários, fornece alguns exemplos dessas decisões absurdas:

F.L.S. foi preso em 26 de dezembro de 2007. Em quase dois anos a instrução sequer havia sido iniciada. Sua prisão foi relaxada no mutirão.

E.L.V. foi preso em março de 2003. Em 2009 ainda não tinha sido condenado.

A.A. furtou dois tapetes em um varal. Foi preso em novembro de 2006 e condenado, em julho de 2009, a um ano de prisão no regime aberto. Apesar disso, apenas uma semana após a sentença A.A. foi liberado.

L.A.M. foi preso em maio de 2007. Por mais de ano seu processo ficou concluso para sentença.

L.S.M. foi preso em janeiro de 1998. Sem sentença até junho de 2009, LSM foi solto no mutirão carcerário.

R.S. ficou preso mais de 2 anos sem sequer ser denunciado.

J.S.F. foi preso por furtar R\$ 12,00. (BRASIL, 2015a).

Sobre os mutirões realizados pelo CNJ, Flávio Gomes também citou outros casos semelhantes:

No Maranhão uma pessoa ficou presa durante oito anos quando a pena era de quatro. Em Pernambuco e no Piauí foram encontrados presos que já tinham sido absolvidos. (...). Até inquérito de tarja preta se descobriu (são inquéritos de pessoas que não podem ser liberadas, de acordo com um consenso estabelecido entre a polícia, o Ministério Público e o juiz). (GOMES, 2012, p. 75).

O autor ainda destaca que como resultado desses mutirões carcerários promovidos pelo Conselho Nacional de Justiça entre agosto de 2008 e dezembro de 2010 foram analisados 218.401 processos, no âmbito dos quais foram concedidas 27.791 liberdades (GOMES, 2012, p. 76).

Em 2014, no estado do Ceará, a população carcerária contava com 21.648 pessoas, destes 10.497 aguardavam sentença, é digno de nota que do total de presos provisórios 4.362 estavam presos há mais de noventa dias (BRASIL, [2015], p. 26)²⁵. Vê-se que a situação dos presos provisórios no Ceará é ainda mais crítica em relação à média nacional, pois atinge 48,49% do total da população prisional.

²⁵Dados fornecidos pelos gestores da administração penitenciária para o CNJ.

De acordo com as informações prestadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará ao Geopresídios em 2014, a quantidade de presos era de 17.769, e de 9.713 provisórios, correspondendo à 54,6% do total de custodiados (BRASIL, 2014b).

Dignos de nota os dados provenientes dos estados do Amazonas e da Bahia que ultrapassam de 60% a quantidade de presos provisórios em relação à população carcerária total. Apenas os estados do Amapá, Mato Grosso do Sul, Santa Catarina, Rondônia e o Distrito Federal apresentaram índices menores de 30% de ocupação carcerária por presos provisórios (BRASIL, 2014b).

Portanto, a banalização da imposição de medidas cautelares restritivas de liberdade é um fenômeno nacional, não um fato pontual. Porque é visualizado na maioria dos estados da federação e também dado crescimento anual do número de presos provisórios.

Em verdade transparece que em muitos casos a decisão sobre a necessidade da segregação cautelar tem como espreque a gravidade do fato ou a repercussão social causada, e não o *periculum libertatis* do agente, como a lei estatui.

4.1 Mídia e opinião pública como influenciadoras na imposição das prisões preventivas

Pode-se atribuir esse fenômeno também à adesão do Poder Judiciário a um certo “populismo penal”. A prisão preventiva é entendida com distorções pela população, que por até justo sentimento punitivista anseia pela retribuição ao delito, que no ordenamento jurídico brasileiro é representada pela segregação do criminoso à prisão. Contudo, ao magistrado não cabe se apropriar do sentimento popular e ceder aos clamores sentimentais.

Há de se pontuar que persiste no imaginário coletivo a ideia de que a imposição da força deve ser imediata e severa. Não se discorda da necessidade da retribuição ao delito, apenas se considera que deve ser feita de acordo com as regras do devido processo legal. Não se pode jamais confundir a finalidade da prisão preventiva com a da prisão pena.

Também não se pode ignorar o poder da mídia como influenciadora e fomentadora desse fato, sobre o qual Sylvia Moretzsohn disserta:

E essa invasão de espaços pode ser considerada justamente a partir de uma definição cara à imprensa: a qualificação de “quarto poder”, que data do início do século XIX e lhe confere o status de guardião da sociedade (contra os abusos do Estado), representante do público, voz dos que não têm voz. (MORETZSOHN, [2003]).

Não há como refutar que a mídia exerce intensa interferência no meio social, assim como no Direito, pode-se pontuar como casos de ampla repercussão influíram na criação ou alteração de normas.

Cita-se por exemplo a aprovação da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) (BRASIL, 1990a), que foi catalisada pelo sequestro dos empresários Abílio Diniz e Roberto Medina em 1990, uma vez que o Congresso aprovou a lei 15 dias após o sequestro de Medina²⁶. Posteriormente, o assassinato da atriz Daniela Perez em 1992 causou a inclusão do crime de homicídio qualificado no rol dos tipos hediondos. Em 1997 foi criada a Lei nº 9.455, de 7 de abril (BRASIL, 1997), que tipificou determinadas condutas como crime de tortura após a divulgação das imagens dos crimes cometidos por policiais na Favela Naval, em Diadema.

Do mesmo modo, a criação do Regime Disciplinar Diferenciado teve como estopim a megarrebelião orquestrada pelo Primeiro Comando da Capital (PCC) ocorrida no estado de São Paulo em 2011.

Rafael Piazzon elaborou um estudo sobre o tema e concluiu que

É necessário reconhecer que a opinião pública pensa exatamente o contrário e reivindica penas criminais e tratamento prisional ainda mais severos. Por isso é difícil esperar um posicionamento do Congresso Nacional, que é sensível aos apelos da população. (PIAZZON, 2006).

Logo, não há como dissociar o poder do clamor social e da mídia de influenciar a criação de políticas penais mais rígidas, assim como a partir de fatos que causem comoção popular o Poder Judiciário utilize o argumento da afronta à “garantia da ordem pública” para enviar o agente ao cárcere.

Releva-se que culturalmente os meios de comunicação promovem verdadeiros julgamentos públicos, rememorem-se programas como o Linha Direta, o Programa do Ratinho, os programas regionais policiais, no Ceará representados pelo Barra Pesada e o Cidade 190, conteúdos encontrados até nos longínquos anos 1960, no O Homem do Sapato Branco, que causam uma grande histeria coletiva em torno de casos de repercussão.

Rememore-se o Caso Yoki, ocorrido em 19 de maio de 2012, em que a esposa da vítima Marcos Matsunaga, Elize, foi apontada como autora do homicídio qualificado e ocultação de cadáver. O promotor de justiça requereu a decretação da prisão preventiva da acusada em 19 de junho de 2012, apensando-a à denúncia. No pedido de prisão o representante do *Parquet* afirma que

[...] aqui se apura um crime gravíssimo, praticado pela denunciada contra o marido, cuja repercussão, seja pelo status social, seja pela forma de cometimento, causou verdadeira comoção social em São Paulo. [...] Despiciendo dizer que se trata de um

²⁶Todo o trâmite da LCH, desde a apresentação do texto até a sanção presidencial durou pouco mais de dois meses, tendo início em 17/05/1990 e conclusão em 27/07/1990 (BRASIL, 1990c).

dos crimes de maior repercussão na história desta terra, não apenas pelo status social da vítima, já antes mencionado, mas pelo requinte de crueldade, nunca experimentado, sequer pelos legistas. Pessoa dissimulada, a acusada de forma vil, ignóbil, nojenta, repugnante, antiga garota de programa e amante da vítima quando ainda era este casado com outra, e que assumiu o posto de esposa ao se desfazer aquele matrimônio, viu o mesmo filme ser projetado para si. Testemunhas temem-na. Aquela que safa com seu marido, disse na polícia que morre de medo dela. Há diligências ainda em andamento, para posterior envio a este juízo, e com ela em liberdade, certamente vai inviabilizá-las. Foi decretada sua prisão temporária, depois prorrogada, com vencimento para amanhã, dia 20. Para decretação da PRISÃO PREVENTIVA, trago, primeiramente, como fundamento a conveniência da instrução criminal, posto que existe comprovação nos autos que poderá intimidar testemunhas, como a rival, um vizinho, o pastor e a empregada. Só quatro! Para garantia da ordem pública, nem é necessário aprofundar-se em argumentação, pois se trata de um crime bárbaro, hediondo, que provocou repulsa na sociedade. Em entrevista, o médico legista declarou quem em 35 anos de servidor, nunca viu uma atuação símile, principalmente ao cortar a vítima pelo meio, pela barriga. **A revolta da sociedade poderá impor a tentativa de “justiça a manu militari”. A sociedade não pode aceitar que assassinas, covardes como essa, respondam em liberdade a acusação.** Até, por paradoxo, para garantir a própria integridade física e a vida da ré. Para a efetiva aplicação da lei penal, basta, também, dizer que após a soltura, certamente desaparecerá. (SÃO PAULO, 2012, grifo nosso).

Quando o acusador releva sobre o passado da acusada e o fato de esta ter sido garota de programa antecipa um juízo de culpabilidade, questiona-se o que isso tem de relevância processualmente. Prosseguindo-se, também há a ilação de que as testemunhas se sentem amedrontadas por Elize, não há qualquer indicação concreta que demonstre que a acusada praticou conduta a justificar tal argumento. O promotor de justiça vagamente alega que “Há diligências ainda em andamento, para posterior envio a este juízo, e com ela em liberdade, certamente vai inviabilizá-las.” (SÃO PAULO, 2012), mas também não aponta de maneira objetiva em que o comportamento de Elize possa perturbar a conveniência da instrução criminal.

O acusador se utiliza de expressões genéricas e de efeito para justificar a prisão cautelar da suspeita, observa-se que Elize era primária, possuía residência fixa e, pasmem, havia confessado o delito. O promotor persiste: “Para garantia da ordem pública, **nem é necessário aprofundar-se em argumentação**, pois se trata de um crime bárbaro, hediondo, que provocou repulsa na sociedade.” (SÃO PAULO, 2012).

Argui-se aqui como um representante do Ministério Público, fiscal da legalidade, defende um argumento manifestamente equivocado, visto que qualquer decisão há de ser fundamentada. Reitera-se, toda decisão, sobretudo quando tratar de restrição de liberdade, deve ser vastamente fundamentada, trata-se de um dos princípios das cautelares.

Por óbvio, a argumentação do promotor de justiça fez com que o magistrado seguramente decretasse a medida, nas palavras do julgador:

Já se encontrando detida a acusada, as circunstâncias do *modus operandi* imputado estão a recomendar a permanência da segregação, não mais para apuração extrajudicial dos fatos, **mas, doravante, a título de prisão preventiva, porquanto imprescindível, como visto, ao regular desenrolar da marcha processual já iniciada**, mas que ainda encontra-se no seu nascedouro. (JUSTIÇA..., 2012, grifo nosso).

Apesar de não se ter obtido acesso à íntegra da decisão interlocutória que decretou o feito, cabe questionamento sobre as razões de não ter sido imposta à ré medida cautelar diversa da prisão. Frise-se que Elize foi mantida presa desde a confissão do fato, primeiramente em prisão temporária, em seguida foi decretada a preventiva, até o fim do processo. Em nenhum momento houve concretamente algum indício de *periculum libertatis*, o fato de Elize ter ocultado o cadáver é a conduta nuclear do tipo penal do artigo 211 do Código Penal e não revela maior periculosidade da agente, ora, é de se esperar que o criminoso venha a tentar encobrir a autoria. Contudo, como seria possível que a suspeita o fizesse após vários dias da consumação do crime e com o andamento da investigação policial. Àquela altura qualquer conduta da suspeita para macular as provas materiais do fato já teria sido realizada. De qualquer modo, não se observou a excepcionalidade da preventiva, em nenhum momento foi tentada a aplicação de outra cautelar.

Inclusive, a defesa em sede de *habeas corpus* ao STJ alegou a inidoneidade da fundamentação que manteve a prisão, por não indicar elementos concretos que demonstrem a existência dos pressupostos do artigo 312 do CPP (BRASIL, 1941), em afronta aos artigos 5º, LVII e 93, IX, da CF/88 (BRASIL, 1988)²⁷.

O Superior Tribunal de Justiça manteve a prisão, seguindo o voto do Ministro relator, nas palavras do ministro Mussi:

Ausente ilegalidade na imposição e manutenção da prisão preventiva, pois, como salientando, **a medida constritiva foi ordenada para o fim de se acautelar a ordem pública, haja vista a evidente periculosidade social da agente, revelada pelas circunstâncias em que se deu o crime (*modus operandi* empregado), pela sua motivação e ainda pelos fatos ocorridos após a prática do brutal homicídio, [...] E, na espécie, como visto, inviável a aplicação de qualquer medida substitutiva, uma vez que**, além de haver motivação apta a justificar o sequestro corporal – para garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal –, **a incidência das referidas medidas não se mostraria adequada e suficiente diante da gravidade concreta dos delitos pelos quais restou denunciada.** (BRASIL, 2013, p. 10, grifos nossos).

Nem mesmo o Superior Tribunal de Justiça apresentou justificativa concreta à decretação da prisão preventiva, restringindo-se a fundamentar a necessidade da medida em razão das circunstâncias do crime, não do *periculum libertatis* da agente propriamente. Trata-se, portanto, de antecipação da culpa.

²⁷Vide relatório e voto do ministro Jorge Mussi (BRASIL, 2013, p. 10).

É uma atividade de especulação questionar se o tratamento seria o mesmo caso o delito não tivesse sido vastamente repercutido nos meios de comunicação; mas isso pode e deve ser levado em conta; caso contrário, como poderia o povo lidar com a “falta de credibilidade da justiça”, como poderia uma assassina confessa permanecer em liberdade?

Quanto ao artificioso argumento da necessidade de imposição de medida cautelar para garantir a credibilidade das instituições é acertado o comentário de Aury Lopes Jr.:

Muitas vezes a prisão preventiva vem fundada na cláusula genérica “garantia da ordem pública”, mas tendo como recheio uma argumentação sobre a necessidade da segregação para o “**restabelecimento da credibilidade das instituições**”. É uma falácia. Nem as instituições são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é um instrumento apto para esse fim, (...). Para além disso, trata-se de uma função metaprocessual incompatível com a natureza cautelar da medida. Noutra dimensão, **é preocupante – sob o ponto de vista das conquistas democráticas obtidas – que a crença nas instituições dependa da prisão de pessoas**. Quando os poderes públicos precisam lançar mão da prisão para legitimar-se, a doença é grave, e anuncia um também grave retrocesso para o estado policialesco e autoritário, incompatível com o nível de civilidade alcançado. (2013, p. 114, grifos do autor).

Sobre o emprego do argumento do “clamor social” causado pelo crime Renato Brasileiro de Lima assevera:

Também não será possível a decretação da prisão preventiva em virtude da repercussão da infração ou do clamor social provocado pelo crime, isoladamente considerados. Tais argumentos, *per si*, não são justificativas para a tutela penal cautelar. Afirmar a respeito da gravidade do delito trazem aspectos já subsumidos ao tipo penal, ou seja, **aspectos como a gravidade em abstrato do delito, o clamor social provocado pelo delito, ou a necessidade de segregação cautelar do agente como forma de se acautelar o meio social devem permanecer alheios à avaliação dos pressupostos da prisão preventiva**, mormente para garantia da ordem pública, pois desprovidos de propósito cautelar. Nessas hipóteses de clamor público e repercussão social do fato delituoso, não se vislumbra *periculum libertatis*, eis que a prisão preventiva não seria decretada em virtude da necessidade do processo, mas simplesmente em virtude da gravidade abstrata do delito, satisfazendo aos anseios da população e da mídia. **Não custa lembrar: o Poder Judiciário está sujeito à lei e, sobretudo, ao direito, e não à opinião da maioria, facilmente manipulada pela mídia**. (LIMA, 2011b, p. 1322-1323, grifos nossos).

Sobre o fenômeno da banalização dos decretos prisionais cautelares, Luiz Flávio Gomes indica a parcialidade dos magistrados, que antecipam a culpa do agente e logo lhe impõem uma pena, a prisão preventiva:

Clássica lição do eminente jurista Carnelutti sustentava que “muitos juizes não sabem processar sem castigar”, daí decorrendo o que se chama de “penosidade do processo”, que nada mais significa que o desvio da sua finalidade (legítima) para já, desde logo, punir (castigar) o acusado. O processo nesse contexto, deixa de ser o instrumento que leva à punição do agente (quando devidamente comprovada sua culpabilidade) para cumprir o ilegítimo papel de momento (ou ensejo) para a

punição dele. O processo não pode se converter em instrumento para a antecipação da punição. (GOMES, 2012, p. 41).

Ora, se nem mesmo a acusada Elize Matsunaga, que por pertencer a uma classe social mais favorecida e que, em tese, tinha acesso a excelentes advogados, não havia demonstração concreta de seu *periculum libertatis*, e, ainda sim, teve sua liberdade restringida. O que dirá daqueles indivíduos de camadas sociais inferiores? Conforme demonstrado pelas estatísticas e pelos relatórios dos mutirões carcerários a problemática é gravíssima. Trata-se de um tumor que se arraigou na prática forense brasileira e é alimentado, e comemorado, pela mídia e pela população.

4.2 A aplicação da prisão preventiva no âmbito da Operação Lava Jato

Neste estudo se propôs a realizar uma análise da condição dos suspeitos de envolvimento nos crimes investigados pela Operação Lava Jato. Isto se deu em razão da condição “especial” dos agentes, que em grande parte são megaempresários, altos funcionários de empresas (estatais ou privadas) e membros da classe política, entre eles alguns em exercício de cargos detentores de prerrogativa de foro, ou popularmente “foro privilegiado”.

Primeiramente deve-se contextualizar brevemente a Operação, trata-se de investigação deflagrada em março de 2014, com a prisão preventiva de 17 pessoas suspeitas de lavagem de dinheiro, integrando uma organização comandada pelo doleiro Alberto Youssef. Em seguida foi descoberto um gigantesco esquema de corrupção envolvendo a estatal Petrobrás. Os investigadores constataram a organização de cartel das empreiteiras que concorriam às licitações da empresa, e que os contratos eram negociados entre os dirigentes da Petrobrás e as empreiteiras, para tanto, as empreiteiras repassavam propinas para os diretores e funcionários da Petrobrás. Além disso, os contratos também eram superfaturados, viabilizando o desvio de dinheiro da estatal para os beneficiários do esquema. Por fim, a propina era distribuída para lobistas, doleiros e outros operadores que repassavam o dinheiro para políticos e funcionários públicos que indicavam os diretores da Petrobrás, mantendo o esquema há pelo menos dez anos, de acordo com o Ministério Público Federal.

Não se pode dissociar a influência da mídia no curso da Operação Lava Jato, o próprio juiz Sérgio Moro, titular da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba, competente para o julgamento dos crimes investigados pela Lava Jato em 1ª instância, em estudo publicado

sobre a Operação *Mani Pulite* (Mãos Limpas) da Itália ressalta a importância da opinião pública para o andamento das investigações:

A deslegitimação do sistema foi ainda agravada com o início das prisões e a divulgação de casos de corrupção. A deslegitimação, ao mesmo tempo em que tornava possível a ação judicial, era por ela alimentada: **A deslegitimação da classe política propiciou um ímpeto às investigações de corrupção** e os resultados desta fortaleceram o processo de deslegitimação. Consequentemente, as investigações judiciais dos crimes contra a Administração Pública espalharam-se como fogo selvagem, desnudando inclusive a compra e venda de votos e as relações orgânicas entre certos políticos e o crime organizado. [...] **O processo de deslegitimação foi essencial para a própria continuidade da operação *mani pulite*.** (MORO, 2004, p. 57, grifos nossos).

Da leitura do estudo do juiz nota-se a clara inspiração e transposição dos métodos adotados pelos italianos para a Lava Jato. Entre fevereiro de 1992 e 1994, em decorrência da *Mani Pulite* foram expedidos 2.993 mandados de prisão, mais de seis mil pessoas estavam sendo investigadas, dentre elas grandes empresários e parlamentares (MORO, 2004, p. 57). No trecho acima Moro aponta como fundamental a conquista da opinião pública para o prosseguimento da operação *Mani Pulite*. De acordo com o magistrado, a quebra da confiança (já fragilizada) do povo na classe política, a deslegitimação, foi o catalizador para a Operação alcançar a proporção que tomou.

Assim, observando os resultados da *Mani Pulite*, Moro implementou parte dos métodos italianos. Reiteradamente são noticiadas deflagrações de fases da operação, com intensa repercussão na mídia de conduções coercitivas, prisões preventivas e temporárias e vazamentos de informações. Em diversas passagens do artigo há menção à importância da mídia, veja-se:

Na verdade, é ingenuidade pensar que processos criminais eficazes contra figuras poderosas, como autoridades governamentais ou empresários, possam ser conduzidos normalmente, sem reações. Um Judiciário independente, tanto de pressões externas como internas, é condição necessária para suportar ações judiciais da espécie. Entretanto, **a opinião pública, como ilustra o exemplo italiano, é também essencial para o êxito da ação judicial.** [...] As prisões, confissões e a publicidade conferida às informações obtidas geraram um círculo virtuoso, consistindo na única explicação possível para a magnitude dos resultados obtidos pela operação *mani pulite*. (MORO, 2004, p. 57, grifo nosso).

Isso reforça o argumento defendido no item 4.1 - no caso da Lava Jato o magistrado utiliza o poder propagador dos meios de comunicação para legitimar suas decisões, o que transmite à população a impressão de que a Operação e a atuação do juiz são sempre legítimas e cria então o que Moro denominou “círculo virtuoso”. Todavia, apesar de a Operação se apoiar fortemente no clamor popular, não se pode concordar que as prisões preventivas sejam decretadas para causar agitação e “legitimar” os trabalhos. Corrobora o

afirmado a crítica de Alberto Toron: “A utilização da mídia, alimentada, não se sabe como e por quem, com dados sigilosos, criou a legitimação para as prisões e para toda a sorte de atropelos da defesa, [...]” (TORON, 2016, p. 19).

Retoma-se a crítica à fundamentação da prisão sob a premissa de aplacar o “clamor público”, ressaltando-se a acertada manifestação de Aury Lopes Jr.:

O “clamor público”, tão usado para fundamentar a prisão preventiva, acaba confundindo-se com a opinião pública, ou melhor, com a opinião “publicada”. Há que se atentar para uma interessante manobra feita rotineiramente: explora-se, midiaticamente, determinado fato (uma das muitas “operações” com nomes sedutores, o que não deixa de ser uma interessante manobra de marketing policial), muitas vezes com proposital vazamento de informações, gravações telefônicas e outras provas colhidas, para colocar o fato na pauta pública de discussão (a conhecida teoria do agendamento). Explorado midiaticamente, o pedido de prisão preventiva vem na continuação, sob o argumento da necessidade de tutela da ordem pública, pois existe um “clamor social” diante dos fatos... Ou seja, constrói-se midiaticamente o pressuposto da posterior prisão cautelar. Na verdade, a situação fática apontada nunca existiu; trata-se de argumento forjado. (2013, p. 110).

Nesse momento, cabe frisar que a Operação Lava Jato desempenha papel fundamental no combate à corrupção no Brasil, contudo, em alguns pontos é questionável a aplicação da prisão preventiva a alguns dos investigados por afronta a alguns dos diversos quesitos já levantados neste trabalho, o que será exemplificado adiante.

Em outro ponto do artigo Moro aborda e defende o uso da prisão preventiva:

A prisão pré-julgamento é uma forma de se destacar a seriedade do crime e evidenciar a eficácia da ação judicial, especialmente em sistemas judiciais morosos. Desde que presentes os seus pressupostos, não há óbice moral em submeter o investigado a ela. (MORO, 2004, p. 59, grifo nosso).

Quanto à necessidade da existência dos pressupostos para possibilitar a decretação, obviamente não se discorda. Entretanto, afirmar que uma cautelar prisional é forma de relevar a seriedade do crime e realçar a eficácia da ação judicial é temeroso. Conforme já se asseverou, não se deve ter como fundamentação para o decreto a gravidade do crime, ou a “seriedade” dele, muito menos razoável é aprisionar cautelarmente para registrar a credibilidade das instituições.

Sérgio Moro reconhece que algumas das prisões preventivas decretadas foram questionadas, e, como sabido se manifesta quase que exclusivamente por meio dos autos processuais, assim, veja-se sua réplica, inserida na decisão de decretação de prisões cautelares e busca e apreensões na 40ª fase da Lava Jato, a Operação Asfíxia, em 11 de abril de 2017:

Embora as prisões cautelares decretadas no âmbito da Operação Lava Jato recebam pontualmente críticas, o fato é que, **se a corrupção é sistêmica e profunda, impõe-se a prisão preventiva para debelá-la, sob pena de agravamento progressivo do quadro criminoso.** Se os custos do enfrentamento hoje são grandes, certamente

serão maiores no futuro. O país já paga, atualmente, um preço elevado, com várias autoridades públicas denunciadas ou investigadas em esquemas de corrupção, **minando a confiança na regra da lei e na democracia**. Não há como ocultar essa realidade sem ter que enfrentá-la na forma da lei. **Impor a prisão preventiva em um quadro de corrupção e lavagem de dinheiro sistêmica é aplicação ortodoxa da lei processual penal** (art. 312 do CPP). Assim, excepcional não é a prisão cautelar, mas o grau de deterioração da coisa pública revelada pelos processos na Operação Lava Jato. [...] Os elementos probatórios, em cognição sumária, são, portanto, no sentido de que se tratam de outros intermediários de propinas em contratos públicos, como os anteriormente identificados Alberto Youssef, Fernando Antônio Falcão Soares, Júlio Gerin de Almeida Camargo e Milton Pascowitch, entre tantos outros identificados no âmbito da assim denominada Operação Lava Jato, e que fazem do ilícito e da fraude a sua profissão. **Apenas a prisão preventiva foi capaz de encerrar as suas carreiras delitivas, sendo ela aqui também necessária.** (PARANÁ, 2017, p. 12-14, grifos?).

Moro fundamenta a decisão apegando-se à importância da opinião pública, e afirma que aplacar a corrupção sistêmica implantada na Petrobrás requer a imposição da segregação preventiva. Percebe-se que a argumentação escapa à instrumentalidade do processo penal. Em seguida, pontua que é imperativa a decretação da preventiva nos casos de corrupção e lavagem de dinheiro no âmbito da Lava Jato, malferindo o princípio da não culpabilidade e antecipando a culpa dos agentes, arrimando a cautelar em motivos inidôneos nesse ponto.

Como já explanado no capítulo 3, discorda-se da necessidade da prisão para a garantia da ordem pública em razão do risco de reiteração criminosa, contudo, o argumento é fundado no artigo 312 do CPP (BRASIL, 1941) e é encampado pelos Tribunais Superiores.

Até o dia 29 de maio de 2017 foram decretadas 95 prisões preventivas, isso representa 34,67 % do total dos acusados em primeira instância na Lava Jato (BRASIL, 2017a). Perante os Tribunais Superiores foram oferecidas 20 denúncias (e 2 aditamentos) contra 68 pessoas, e nenhuma preventiva foi imposta nestas instâncias (BRASIL, 2017a).

Também é alvo de críticas o tempo de duração das prisões. De acordo com um artigo publicado no site Consultor Jurídico em fevereiro de 2017, as preventivas têm duração média de 9,3 meses. Dois dos réus, já condenados em primeira instância, estão presos há mais de mil dias. Um dos ex-diretores da Petrobrás permaneceu 800 dias presos e obteve a liberdade provisória após assinar acordo de colaboração premiada (CANÁRIO, 2017).

Pontua-se que o excesso de prazo da prisão preventiva é alvo recorrente de críticas por não haver um prazo limite para a preventiva. Embora a Constituição Federal (BRASIL, 1988) garanta a “duração razoável do processo”, isso não é observado na prática por inexistirem critérios objetivos para aferir em que consiste uma “duração razoável”. Logo, na prática, o prazo da prisão é aferido de maneira discricionária pelos magistrados.

Retomando-se o artigo de Sérgio Moro, em suas considerações finais o autor

novamente defende a importância da imposição das prisões cautelares, olvidando de seu caráter excepcional e, principalmente, instrumental:

A presunção de inocência, no mais das vezes invocada como óbice a prisões pré-julgamento, não é absoluta, constituindo apenas instrumento pragmático destinado a prevenir a prisão de inocentes. Vencida a carga probatória necessária para a demonstração da culpa, aqui, sim, cabendo rigor na avaliação, **não deveria existir maior óbice moral para a decretação da prisão, especialmente em casos de grande magnitude e nos quais não tenha havido a devolução do dinheiro público**, máxime em país de recursos escassos. (MORO, 2004, p. 61, grifos nossos).

Transparece que o magistrado atribui à presunção de inocência, ou não culpabilidade, a função de evitar arbitrariedades contra inocentes. Contudo, inocente é quem ainda não foi condenado, condição inerente a todos os réus e investigados. Em seguida, retoma o argumento de que a gravidade do delito enseja a cautelar prisional, premissa já refutada. Reitera-se que a gravidade do delito deve influir apenas na dosimetria da pena e não na forma do processo (o argumento relembra vagamente a prisão preventiva obrigatória da redação original do CPP/41), possuindo o réu as mesmas garantias em crimes mais ou menos graves, isto é, quanto à natureza do delito não há gradação na presunção de não culpabilidade.

Em razão da ausência de averiguação da proporcionalidade da medida, Sérgio Moro equivocadamente impôs a prisão para M. C. de S., executivo da construtora OAS, que posteriormente foi absolvido por falta de provas. É despidendo afirmar a grave restrição à que foi o réu submetido - devido à prisão, terminou o casamento e perdeu o emprego. Consigne-se que M. C. de S. permaneceu preso por nove meses (PRISÃO..., 2016).

Embora o artigo tenha sido publicado em 2004, antes da Lei nº 12.403/2011 (BRASIL, 2011), observa-se uma preponderância de imposição de prisão cautelar antes mesmo de ser intentada, e frustrada, a aplicação de cautelares diversas da prisão.

O que se questiona aqui é se as prisões estão sendo devidamente utilizadas, ou se prestam para a evolução das investigações. Nota-se, em certo aspecto, que as prisões da Operação Lava Jato são apenas um reflexo da cultura punitivista brasileira. Na qual o juiz, insuflado por um sentimento de “justiceiro”, embora imbuído de boas intenções, desvirtua as garantias constitucionais para defender um “bem-maior”.

Para ilustrar o retroafirmado apresenta-se um breve estudo de caso.

4.2.1 Estudo de caso: réu Eduardo Cosentino da Cunha

O ex-presidente da Câmara, o deputado cassado Eduardo Cunha, filiado ao PMDB, foi preso preventivamente em Brasília em outubro de 2016. Cunha era suspeito de ter

sido beneficiário de propina em contratos da Petrobrás, paga para garantir a manutenção de Jorge Zelada na área internacional da petrolífera, além de usar contas na Suíça para lavagem de capitais.

A seguir colacionaram-se trechos da decisão em pedido de prisão preventiva, formulado pelo Ministério Público Federal:

[...] 65. Forçoso reconhecer que, em cognição sumária, há prova material relevante dos crimes de corrupção, de lavagem e de evasão fraudulenta de divisas. [...] 79. Presentes, portanto, os pressupostos da prisão preventiva, boa prova de autoria e de materialidade. 80. Resta analisar a presença dos fundamentos. 81. Primeiro, o mais óbvio, o risco à investigação ou à instrução. [...] 84. Apontados, inicialmente, indícios de que Eduardo Cosentino da Cunha teria por praxe utilizar outros parlamentares federais para, em comissões legislativas, inclusive comissões parlamentares de inquérito, formular requerimentos em seu interesse, como "requerimentos para pressionar empresários para obtenção de vantagens espúrias". [...] 87. Mas, no que é relevante no ponto, haveria indícios de que a praxe também teria sido utilizada para pressionar testemunhas potenciais de crimes cometidos por Eduardo Cosentino da Cunha durante os trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito constituída na Câmara em 2015 para apurar crimes no âmbito da Petrobrás. [...] 90. Em outras palavras, colhidos indícios de que, segundo a referida decisão (afastamento cautelar do cargo de deputado), Eduardo Cosentino da Cunha teria utilizado terceiros para, durante os trabalhos da referida Comissão Parlamentar de Inquérito, intimidar testemunhas, colaboradores e até mesmo advogados que poderiam prejudica-lo. [...] 97. Em síntese, como cumpridamente exposto na memorável decisão, presentes indícios veementes de que o então Deputado Federal Eduardo Cosentino da Cunha, utilizando terceiros, outros parlamentares ou outros indivíduos, agiu, reiteradamente, para obstruir as investigações e a apuração de suas responsabilidades, intimidando testemunhas, advogados e autoridades responsáveis pela condução dos processos. 98. Trata-se de fundamento clássico para a decretação da prisão preventiva. 99. **Questão que se coloca é se a perda do mandato parlamentar teria sido remédio suficiente para prevenir novas obstruções.** 100. Não é essa a compreensão deste Juízo, considerando o próprio *modus operandi* do acusado. [...]. **Embora a perda do mandato represente provavelmente alguma perda do poder de obstrução, esse não foi totalmente esvaziado, desconhecendo-se até o momento a total extensão das atividades criminais do ex-parlamentar e a sua rede de influência.** [...]. (PARANÁ, 2016, grifos nossos).

Em suma, o juiz considera que Cunha utilizou terceiros para intimidar testemunhas, colaboradores e advogados na CPI da Petrobrás. Moro afirma que mesmo após o afastamento cautelar, e em seguida a cassação, do cargo são insuficientes para evitar novas interferências nas investigações, pois:

Considerando o histórico de conduta e o *modus operandi*, remanescem riscos de que, em liberdade, possa o acusado Eduardo Cosentino da Cunha, diretamente ou por terceiros, praticar novos atos de obstrução da Justiça, colocando em risco à investigação, a instrução e a própria definição, através do devido processo, de suas eventuais responsabilidades criminais. (PARANÁ, 2016)

Primeiramente, há de se considerar que tais condutas remetem a fatos pretéritos, ocorridos há mais de seis meses antes da decisão, quando o réu ainda era deputado, dirigidas essencialmente para evitar a cassação do mandato. Trata-se os argumentos de uma

“reciclagem” das alegações empregadas pelo ministro Teori Zavascki quando da imposição cautelar de afastamento de cargo público, não se sustentam tais justificações após o afastamento definitivo de Cunha da função. Ademais, não há na decisão qualquer menção de que o réu tentou contra as investigações, que estavam sendo desenvolvidas em outro estado, inclusive.

Em seguida o magistrado afirma que se desconhece a extensão da rede de influência e das atividades criminais de Eduardo Cunha. Contudo, o que deveria justificar a prisão é a prova da existência dessa influência, não a suspeita. Haveria de se indicar concretamente quem ele influencia e o porquê. É injustificada a prisão que busca aclarar a rede de influência e de atividades criminosas, pois a preventiva não pode ser utilizada para fomento das investigações.

Prossegue com a verificação da existência do risco à ordem pública e reiteração criminosa:

[...] 106. Na assim denominada Operação Lava Jato, identificados elementos probatórios que apontam para um quadro de corrupção sistêmica, nos quais ajustes fraudulentos para obtenção de contratos públicos e o pagamento de propinas a agentes públicos, a agentes políticos e a partidos políticos, bem como o recebimento delas por estes, passaram a ser pagas como rotina e encaradas pelos participantes como a regra do jogo, algo natural e não anormal. 107. Embora as prisões cautelares decretadas no âmbito da Operação Lava Jato recebam pontualmente críticas, o fato é que, se a corrupção é sistêmica e profunda, impõe-se a prisão preventiva para debelá-la, sob pena de agravamento progressivo do quadro criminoso. Se os custos do enfrentamento hoje são grandes, certamente serão maiores no futuro. O país já paga, atualmente, um preço elevado, com várias autoridades públicas denunciadas ou investigadas em esquemas de corrupção, minando a confiança na regra da lei e na democracia. (PARANÁ, 2016).

Inicialmente observou-se que o magistrado, para justificar a existência do pressuposto da garantia da ordem pública, utiliza os mesmos argumentos daqueles expostos na decisão acima apresentada, referente à Operação Asfixia, de maio de 2017, ou seja, nesse ponto o magistrado emprega argumentos genéricos nas decisões. Veja-se:

[...] 108. **Impor a prisão preventiva em um quadro de corrupção e lavagem de dinheiro sistêmica é aplicação ortodoxa da lei processual penal** (art. 312 do CPP). 109. Assim, excepcional não é a prisão cautelar, mas o grau de deterioração da coisa pública revelada pelos processos na Operação Lava Jato, com prejuízos já assumidos de cerca de seis bilhões de reais somente pela Petrobrás e a possibilidade, segundo investigações em curso no Supremo Tribunal Federal, de que os desvios tenham sido utilizados para pagamento de propina a dezenas de parlamentares, comprometendo a própria qualidade de nossa democracia. 110. O caso presente insere-se claramente nesse contexto. (PARANÁ, 2016, grifo nosso).

Pontua-se que mesmo em face de um quadro de corrupção sistêmica, a imposição da preventiva permanece sendo medida excepcional, devendo ser aplicada apenas em casos

extremados quando insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão. Acrescenta-se que a preventiva não pode ser imposta como medida satisfativa, nem de prevenção geral. O juiz prossegue:

[...] 111. Há indícios de que Eduardo Cosentino da Cunha teria se envolvido na prática habitual e profissional de crimes contra a Administração Pública e de lavagem de dinheiro. [...] 123. Portanto, segundo a argumentação constante na própria decisão do eminente Ministro Teori Zavascki, presentes indícios do envolvimento do acusado Eduardo Cosentino da Cunha não em crimes isolados, mas na prática de crimes em série contra a Administração Pública e de lavagem de dinheiro, sempre envolvendo milhões ou dezenas de milhões de reais desviados dos cofres públicos. 124. A dimensão e o caráter serial dos crimes estendendo-se por vários anos, é característico do risco à ordem pública. 125. **Afinal, as provas são, em cognição sumária, da prática reiterada, profissional e sofisticada de crimes contra a Administração Pública, por Eduardo Cosentino da Cunha**, não só em contratos da Petrobrás, mas em diversas outras áreas, não raramente com o emprego de extorsão e de terceiros para colher propinas. Da mesma forma, colhidas provas, em cognição sumária, da prática reiterada profissional e sofisticada de lavagem de dinheiro, com utilização de contas secretas no exterior para ocultar e dissimular produto de crimes contra a Administração Pública. [...] 127. **Em outras palavras, constata-se, no caso concreto, indícios de reiteração delitiva em um contexto de corrupção sistêmica, o que coloca em risco a ordem pública.** [...] 132. A dimensão em concreta dos fatos delitivos jamais a gravidade em abstrato pode ser invocada como fundamento para a decretação da prisão preventiva. Não se trata de antecipação de pena, nem medida da espécie é incompatível com um processo penal orientado pela presunção de inocência. (PARANÁ, 2016, grifos nossos).

Consigna-se novamente a discordância desta autora com a constitucionalidade do pressuposto da garantia da ordem pública. Entretanto, apesar de o juiz indicar vários delitos em que o réu era suspeito era improvável que Cunha mantivesse a reiteração criminosa estando sob investigação da Polícia Federal, pois, a rigor, qualquer conjectura nesse sentido, em relação a qualquer acusado, será “exercício de futurologia” (expressão utilizada por Aury Lopes Jr.). Ninguém pode assegurar, com certeza inabalável, que um indivíduo voltará a delinquir. Desse modo, a “garantia da ordem pública” jamais seria fundamento adequado para a prisão preventiva, pois é impossível de ser refutado.

Quanto ao risco de reiteração criminosa volta-se à explicação de Aury Lopes Jr.:

No que tange à prisão preventiva em nome da ordem pública sob o argumento de risco de reiteração de delitos, está-se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal. Além de ser um diagnóstico absolutamente impossível de ser feito (salvo para os casos de vidência e bola de cristal), é flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência e ela permanece intacta em relação a fatos futuros. Recorda CARVALHO que uma das principais distinções entre o sistema inquisitório e acusatório (constitucional) se manifesta no que diz respeito à existência de *possibilidades de concreta refutação das hipóteses probatórias*. A prisão para garantia da ordem pública sob o argumento de “perigo de reiteração” bem reflete o anseio mítico por um Direito Penal do futuro, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer. Nem o Direito Penal, menos ainda o processo, está legitimado à pseudotutela do futuro (que é aberto, indeterminado, imprevisível). (LOPES JR., 2013, p. 115).

Inicialmente evidencia-se a antecipação do juízo condenatório, excedendo o *fumus commissi delicti*. Sobre a decisão interlocutória ressalta-se o comentário de Aury Lopes Jr., para quem “Existe uma clara antecipação do juízo condenatório que extrapola o *fumus commissi delicti*. Só por isso, já é ilegal.” (LOPES JR., 2016).

Ademais, na fundamentação o *periculum libertatis* remete a fatos passados e ilações trazidas pelo juiz, contrariando a provisionalidade característica da cautelar, o perigo é pretérito. No mesmo esteio veja-se o afirmado por Aury Lopes Jr.:

Mas é necessário ainda que o perigo seja atual, presente. Eis mais um dos vícios do decreto. O que se vê na decisão é a invocação de perigos “passados”, supostamente existentes enquanto Cunha era parlamentar e a partir dessa situação. **A rigor, falta a 'atualidade do perigo', elemento fundante da natureza cautelar.** Prisão preventiva é 'situacional' (provisionais), ou seja, tutelam uma situação fática presente, um risco atual. No RHC 67.534/RJ, o ministro Sebastião Reis Junior afirma a necessidade de "atualidade e contemporaneidade dos fatos". **No HC 126.815/MG, o ministro Marco Aurélio utilizou a necessidade de "análise atual do risco que funda a medida gravosa". Isso é o reconhecimento do Princípio da Atualidade do perigo.** (LOPES JR., 2016, grifos nossos).

Por fim, Sérgio Moro afirma existir risco à aplicação da lei penal:

[...] 141. **Vislumbra-se ainda risco à aplicação da lei penal.** Não foi ainda possível identificar toda a dimensão das atividades delitivas do ex-Deputado Federal Eduardo Cosentino da Cunha, nem a localização do produto dos crimes em toda a sua extensão. [...] 143. Enquanto não houver rastreamento completo do dinheiro e a total identificação de sua localização atual, há um risco de dissipação do produto do crime, o que inviabilizará a sua recuperação. Enquanto não afastado o risco de dissipação do produto do crime, presente igualmente um risco maior de fuga ao exterior, uma vez que o acusado poderia se valer de recursos ilícitos ali mantidos para facilitar fuga e refúgio no exterior. 144. **Isso é agravado pelo fato de Eduardo Cosentino da Cunha ser detentor de dupla nacionalidade** (evento 1, anexo 29), o que poderia inviabilizar eventual extradição dada a maior dificuldade em realizá-la no caso de nacionais do País Requerido. 145. Assim, a prisão cautelar, além de prevenir obstrução da Justiça, reiteração delitiva, também terá o salutar efeito de impedir ou dificultar novas condutas de ocultação e dissimulação do produto do crime, já que este ainda não foi integralmente recuperado, o que resguardará a aplicação da lei penal, que exige sequestro e confisco desses valores, bem como prevenir que o acusado se refugie no exterior com o produto do crime. (PARANÁ, 2016, grifos nossos).

O fato de Cunha ser mantido preso preventivamente não impede que o dinheiro seja movimentado por terceiro, e novamente, ao contrário da observância da não culpabilidade, o juiz parte do pressuposto de que há “um produto do crime”, antecipando a culpa. Sobre o mencionado em artigo publicado no jornal “El País”, Afrânio Silva Jardim assevera que “De acordo com essa premissa, enquanto não se achar todo o dinheiro, a prisão vai se perpetuar. **A prisão não foi feita para recuperar dinheiro desviado.**” (MARREIRO; BEDINELLI, 2016, grifo nosso). Ademais, prender preventivamente para evitar a dissipação do patrimônio é ilegal, sem previsão na disciplina processual penal brasileira, sendo uma das

dez medidas contra a corrupção propostas pelo MPF e derrubada pela Câmara dos Deputados.

De todo modo, o fato de o réu possuir cidadania italiana também não impõe a presunção de que ele vá fugir do País; se assim fosse, também seria imperativa a prisão de qualquer estrangeiro suspeito de ter cometido algum crime. Partindo-se dessa premissa evapora-se a excepcionalidade da medida. Some-se isso ao fato de que Moro em momento algum indicou fatos concretos que demonstrassem a intenção de Eduardo Cunha fugir.

Cabe lembrar o disposto no artigo 282, § 6º, do Código Processual Penal (BRASIL, 1941), que impõe que a prisão preventiva só pode ser decretada ante a insuficiência das outras cautelares. No caso em tela, o réu já estava afastado da função pública, não tendo o magistrado registrado qualquer elemento indiciário de *periculum libertatis* após a cautelar decretada pelo STF. O risco de fuga seria aplacado com a entrega do passaporte, na forma do artigo 320 do CPP (BRASIL, 1941). Também poderia ser imposta a proibição de frequentar determinados locais ou de manter contato com pessoa determinada e até mesmo a monitoração eletrônica, entre outras medidas previstas no rol do artigo 319, que poderiam ser suficientes para a proteção do processo e gerariam menor interferência na liberdade individual garantida do réu. Contudo, a prisão preventiva foi a primeira medida tomada pelo juiz, sem sequer aferir os critérios de proporcionalidade.

Em apenas um momento Sérgio Moro enfrentou, vagamente, a possível ineficácia das outras cautelares: "154. Pelos mesmos motivos, não se vislumbra como medida cautelar alternativa poderia substituir com eficácia a prisão preventiva." (PARANÁ, 2016).

Volve-se ao exposto no tópico anterior quando se abordou a utilização da mídia para legitimar suas decisões. É a espetacularização do Processo Penal, sendo que dada peculiaridade do preso preventivo foi amplamente comemorada pela população. E quem expõe, critica ou questiona a medida é duramente criticado, uma vez que do povo não se espera que argumente com espedaço no Direito Constitucional ou Processual Penal, e sim com a emoção. Portanto, Sérgio Moro acerta quando assevera que o clamor social é legitimador de suas decisões, embora o Direito não o seja.

Ressalta-se que não se nutre qualquer simpatia pelo ex-parlamentar, contudo, assim como qualquer outra pessoa ele é sujeito de direitos que devem ser respeitados, sobretudo aquele velho esquecido, o devido processo legal com direito à defesa.

Repise-se que em um Estado de Direito o processo penal constitucional preza pela liberdade do acusado, respeitando sua dignidade, direitos e garantias, que não podem ser sobrepostas pelo direito de punir estatal. E tais regras são para todos, goste-se deles ou não.

Se alguém é autor de crime deve responder por ele, e o Estado deve observar a

legalidade do procedimento, para que ao fim possa impor (legalmente) uma pena.

4.2.2 A prisão preventiva como forma de obtenção de acordos de colaboração premiada

Além do exposto até aqui, também é vastamente questionada a finalidade das prisões preventivas no âmbito da Operação Lava Jato, que para muitos trata-se de meio para obter um acordo de colaboração premiada com os investigadores. Frisa-se que o benefício da colaboração premiada está previsto esparsamente no ordenamento brasileiro, mas tem destaque o inscrito na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013 (Lei da Organização Criminosa) (BRASIL, 2013), em seus artigos 4º ao 7º.

Trata-se de vantagem negociada com o suspeito, na qual o agente pode não ser denunciado pelo *Parquet*, receber considerável redução de pena, benefícios para a progressão da pena ou até o perdão judicial, caso confesse o delito e indique meios de prova para identificar outros coautores e partícipes, a revelação da estrutura hierárquica da organização criminosa, a prevenção de infrações penais decorrentes da atividade da organização, a recuperação de produtos ou proveito dos crimes e/ou a localização de eventual vítima com a integridade física incólume.

Dissertando sobre a importância das colaborações premiadas, veja-se um trecho de um artigo do procurador Deltan Dallagnol:

Deve-se ressaltar que os acordos não são um ponto de chegada da apuração, pois jamais servem sozinhos para acusar alguém. Entretanto, são um excelente ponto de partida, em especial em investigações difíceis como aquelas sobre corrupção, pois eles apontam o caminho por meio do qual provas independentes poderão ser encontradas. São essas provas que serão usadas, a depender de sua força, para uma acusação ou condenação criminal. (DALLAGNOL, 2015, grifo nosso).

Não se vai adentrar na discussão sobre a constitucionalidade do instituto, todavia, frise-se que se entendeu ser válido. Assim, desde que o colaborador adira ao acordo voluntariamente, como expresso em lei, não se vislumbra qualquer óbice ético ao emprego do benefício, pois soa meio paradoxal esperar ética e moralidade de criminosos; ademais é um meio de defesa, que o suspeito pode ou não aceitar. Portanto, observando-se o resultado útil das delações para as investigações e, conseqüentemente, para o processo, deve-se observar a importância e validade das colaborações, claro, se realizadas de maneira legal, com consentimento voluntário.

Cezar Roberto Bitencourt se opõe ao emprego das delações, questionando: “[...] será legítimo o Estado lançar mão de meios antiéticos e imorais, como estimular a deslealdade

e traição entre parceiros, apostando em comportamentos dessa natureza para atingir resultados que sua incompetência não lhe permite através de meios mais ortodoxos?” (BITENCOURT, 2017). Questionável também é o limite da disponibilidade da ação penal para o Ministério Público, mas não adentraremos neste mérito.

Em entrevista ao Portal Jota, um dos advogados de acusados da Lava Jato explica que a colaboração é uma alternativa entre os meios de defesa:

Responsável pela defesa de vários acusados na Lava Jato, o advogado Pierpaolo Cruz Bottini, afirma que a delação não pode ser a primeira alternativa, mas passa a ser um caminho quando há grande materialidade e o processo não tem nulidades ou vícios. “A defesa meramente processual não perdeu força, se tiver vícios e nulidades elas continuam certamente a ter prioridade sobre uma colaboração. Mas, a delação é um item a mais nessa estratégia. Amplia o trabalho da defesa” (FALCÃO; COURA, 2017).

A questão a ser tratada aqui é a do suposto uso das prisões preventivas para forçar os suspeitos a firmarem acordos de colaboração premiada.

Tais críticas encontram supedâneo nas próprias manifestações dos Procuradores da República, que em ao menos quatro pareceres opinaram pela manutenção das cautelares prisionais diante da “possibilidade real de o infrator colaborar com a apuração da infração penal” (CANÁRIO, 2014).

Em entrevista, o advogado dos executivos da UTC Engenharia, Alberto Toron, afirmou que as prisões são uma forma de “extorsão de confissões e delações” e “quem colaborou foi solto” (CANÁRIO, 2014).

A declaração de Toron restou confirmada após a impetração de *habeas corpus* referente aos presos da 7ª fase (Operação Juízo Final), deflagrada em novembro de 2014, perante o TRF-4, ocasião em que o procurador regional da república Manoel Pastana apresentou o parecer ministerial com a seguinte afirmação na ementa:

[...] além de se prestar a preservar as provas, o elemento autorizativo da prisão preventiva, consistente na conveniência da instrução criminal, diante da série de atentados contra o país, **tem importante função de convencer os infratores a colaborar com o desvendamento dos ilícitos penais**, o que poderá acontecer neste caso, a exemplo de outros tantos” (CANÁRIO, 2014, grifo nosso).

Digno de nota o excerto de um dos pareceres, no qual o procurador reitera o propósito da medida:

A conveniência da instrução criminal mostra-se presente não só na cautela de impedir que investigados destruam provas, o que é bastante provável no caso do paciente, **mas também na possibilidade de a segregação influenciar-lo na vontade de colaborar na apuração de responsabilidade, o que tem se mostrado bastante fértil nos últimos tempos**. (CANÁRIO, 2014, grifo nosso).

A “confissão” do procurador causou grande repercussão, sendo alvo de críticas, dentre elas o texto de Cézar Bitencourt, que pontuou o fato exemplificando com o ocorrido com o réu Nestor Cerveró:

Com efeito, num primeiro momento, o próprio Ministério Público Federal declarou na mídia que os investigados “eram presos para forçar a delação” (violando o princípio da liberdade e voluntariedade de delatar), e que isso era de grande contribuição ao desenlace da investigação. Segundo informações que circulam na imprensa, **os delatores têm prestado dezenas de depoimentos (vazou na mídia que o tal de Cerveró foi interrogado 37 vezes ao longo de dias e dias**, quicá de meses à disposição dos investigadores oficiais). Trata-se, a rigor, de uma refinada tortura psicológica, pois os investigados, presos preventivamente na carceragem da Polícia Federal, já sem forças e sem esperanças, e vendo resultados favoráveis de outros delatores, acabam “decidindo” também delatar alguém para minimizar sua condenação certa. (BITENCOURT, 2017, grifo nosso).

Ainda em 2015, o procurador Deltan Dallagnol publicou artigo defendendo a postura encarceradora da Operação Lava Jato, relevando que a maior parte dos delatores estavam em liberdade quando buscaram o Ministério Público para a formulação do acordo. Veja-se:

É visível que não há relação de causa e efeito entre prisão e colaboração na Lava Jato porque a suposta "causa", a prisão, não estava presente em mais de 70% das colaborações, que foram feitas com réus soltos. **A vinculação entre prisões e colaborações, feita por críticos, também é falaciosa porque há inúmeros casos no Brasil com prisões preventivas mantidas por meses, sem que os réus tenham decidido colaborar, inclusive na Lava Jato. Prisões, definitivamente, não causam colaborações -a prisão não é condição nem necessária nem suficiente para a colaboração.** Além disso, se as prisões tivessem sido usadas, na Lava Jato, para obter colaborações, seria natural esperar que, após a prisão, o réu fosse procurado pelo Ministério Público com uma oferta tentadora. Contudo, em absolutamente todos os casos de colaboração na Lava Jato, a iniciativa foi do advogado, como estratégia de defesa, e jamais do Ministério Público. **O propósito real das prisões é simples: proteger a sociedade de mais corrupção.** (DALLAGNOL, 2015, grifos nossos).

De acordo com o Ministério Público Federal, até o dia 29 de maio de 2017 foram pactuadas 207 delações premiadas, embora não se tenha o dado referente a quantas dessas delações foram firmadas com réus presos, dentre os 95 preventivos e 104 presos temporários da Operação. E, ainda que tenham sido em casos isolados, o que não se vislumbra, uma vez que as críticas sobre essa finalidade sub-reptícia da preventiva são reiteradas, é de se asseverar que se trata de degeneração do propósito das prisões cautelares.

Embora não haja um estudo estatístico que ateste a relação entre as prisões provisórias e as delações, há críticos que afirmam que os que delataram enquanto estavam livres o fizeram para evitar a prisão. E que grande parte dos delatores presos foram postos em liberdade logo após a celebração do acordo. A esse respeito, veja-se:

As decisões que impuseram as preventivas, independentemente da qualidade ou procedência dos seus fundamentos, tinham a sintomática característica de não subsistirem assim que o preso fizesse delação premiada. Os fundamentos, de repente, viravam pó. **Isso, sem muitas digressões, mostra o verdadeiro sentido instrumental delas.** (TORON, 2016, p. 20, grifo nosso).

Qual a motivação de serem libertos após a celebração? Teria cessado o *periculum libertatis* do agente depois de ele se tornar um colaborador?

Em entrevista para o jornal Estadão, o então presidente da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), Leonardo Sica, critica o uso das preventivas na Lava Jato:

Essa combinação entre prisão preventiva e delação premiada soa para nós como uma espécie de tortura soft é como um pau de arara virtual, as pessoas são presas preventivamente e só são soltas se confessarem. Isso é muito preocupante e não é necessário, existem outros métodos de investigação e de colheita de prova sem violar os direitos e garantias do cidadão. (LOPES, 2015).

O ministro Teori Zavascki asseverou em seu voto no *Habeas Corpus* nº 127.186 (BRASIL, 2015b) a inadmissibilidade do uso da preventiva para forçar a colaboração dos investigados:

[...] seria extrema arbitrariedade – que certamente passou longe da cogitação do juiz de primeiro grau e dos Tribunais que examinaram o presente caso, o TRF da 4ª Região e o Superior Tribunal de Justiça – manter a prisão preventiva como mecanismo para extrair do preso uma colaboração premiada, que, segundo a Lei, deve ser voluntária (Lei 12.850/2013, art. 4.º, caput e § 6.º). Subterfúgio dessa natureza, além de atentatório aos mais fundamentais direitos consagrados na Constituição, constituiria medida medievalesca que cobriria de vergonha qualquer sociedade civilizada.

De outro lado, o ex-deputado Eduardo Cunha expõe sua vivência como preso provisório da Operação Lava Jato em artigo publicado pela Folha de São Paulo:

Estou preso por um decreto injusto, o qual contesto através de *habeas corpus* e da reclamação ao Supremo Tribunal Federal, já que não houve qualquer fato novo para ensejar uma prisão, salvo a necessidade de me manter como troféu. Minha detenção afronta a lei nº 12.043/11 (sic), que estabelece que antes da prisão preventiva existam as medidas cautelares alternativas. [...] Convivendo com outros presos, tomo conhecimento de mais ilegalidades -acusações sem provas, por exemplo, viram instrumentos de culpa. A simples palavra dos delatores não pode ser a razão da condenação de qualquer delatado. **Ocorre ainda pressão para transferir a um presídio aqueles que não aceitam se tornar delatores, transformando a carceragem da Polícia Federal em um hotel da delação.** Apesar das condições dignas do presídio e do tratamento respeitoso, é óbvio que a mistura de condenados por crimes violentos e presos cautelares não é salutar. (CUNHA, 2017, grifo nosso).

Digna de nota, ainda, a decisão da 2ª Turma do STF que concedeu a ordem de *Habeas Corpus* nº 138.207/PR (BRASIL, 2017b), no qual o paciente havia descumprido o acordo de colaboração premiada firmado com o MPF, no âmbito da Operação Lava Jato, o que levou ao reestabelecimento de sua prisão preventiva quando da sentença condenatória em

1ª instância. Por unanimidade, o Supremo assentou que não existe relação direta entre o acordo e a prisão preventiva, ou seja, o descumprimento daquele não enseja a decretação desta. Dessa forma o Tribunal evidenciou que o descumprimento do pacto ocasiona tão somente a perda dos benefícios previstos na lei que seriam concedidos ao colaborador (BRASIL, 2017b).

Após todo o exposto torna-se claro que as preventivas vêm sendo usadas pelos atores da Operação Lava Jato de maneira desmedida, desproporcional e inconstitucional. Decretos prisionais fundados em ilações e perigos não atuais são a tônica, quando a finalidade da medida cautelar, a proteção do processo ou da investigação, poderiam ser eficientemente supridos pelas cautelares diversas da prisão. Em um evidente rompante de sinceridade o procurador da república Manoel Pastana admitiu que as prisões fazem com que os suspeitos se tornem mais propensos a colaborar, logo, também admite a ilegalidade das prisões preventivas decretadas, que embora sejam medida excepcional, vêm sendo subvertidas com o (nobre?) propósito de extirpar a cultura de corrupção. Ou seja, os fins realmente justificam os meios.

O Ministério Público Federal e o magistrado conscientemente utilizam o poder da mídia para validar as prisões e, por conseguinte, as colaborações premiadas, mesmo que os termos do acordo sejam questionáveis, como as exemplificadas por Aury Lopes Jr.: “Pena de 15 anos de reclusão com prisão domiciliar como ‘regime’ inicial? Regime de ‘semiliberdade vigiada’? Semiaberto ‘diferenciado’? Aberto ‘diferenciado’ (só se for diferenciado daquilo que está na lei...)?” (LOPES JR., 2017).

Finalmente, assevera-se que em nenhuma hipótese o acusado pode ser tratado como “instrumento” ou “meio” de prova. E, embora imbuído de um propósito justo, não se pode jamais desvirtuar a finalidade cautelar e a excepcionalidade da prisão preventiva para que seja meio de prevenção ou de obtenção de provas. Tais distorções causam extrema insegurança jurídica, transmutando o Estado de Direito em Estado de Exceção, em decorrência do autoritarismo e manipulação hermenêutica. Pois se há margem para uma cultura do aprisionamento em um ordenamento no qual, em tese, a liberdade é a regra, que outros direitos e garantias poderão ser relativizados futuramente?

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo teve como objetivo analisar o instituto da prisão preventiva e compreender os motivos que levam ao excessivo número de presos provisórios no Brasil, quando é cediço que a prisão é medida última no sistema processual penal pátrio. Questionou-se como é possível um vasto arcabouço de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos ser relativizado em detrimento de um bem comum.

O Direito Processual Penal não apenas rege o rito que culmina na aplicação da lei penal, mas também é ferramenta de limitação do poder punitivo estatal, protegendo os indivíduos contra os possíveis excessos desse poder. Conforme se viu, via de regra, o indivíduo somente poderá ser preso em decorrência de sentença penal condenatória transitada em julgado. Mas sob determinadas e urgentes circunstâncias se permite o enclausuramento cautelar.

Ocorre que a cultura punitivista, a influência da opinião pública e outros motivos não abordados neste trabalho, como o lento trâmite processual e a explosão da criminalidade notória dos últimos anos, fazem com que os julgadores se utilizem da prisão preventiva de maneira abusiva, como medida punitiva, antecipando a pena, e de prevenção. Viu-se que até mesmo se emprega a prisão precária como forma de forçar a realização de acordos de colaboração premiada.

Tratou-se das injustas prévias condenações, porque em verdade, ao preso não interessa se está preso provisoriamente ou condenado, as mazelas do cárcere são as mesmas. Não há como avaliar o dano a que o indivíduo é exposto quando enviado à prisão, situação extremamente mais grave quando é inocente, o que a um juízo de probabilidade é possível conceber, posto que há mais de 250 mil pessoas presas sem condenação transitada em julgado. Seria isso o justo? Até que ponto vale a pena sacrificar o direito do indivíduo para defender o coletivo?

Que fique claro, o que se rechaçou neste trabalho foi apenas o abuso, a imposição indiscriminada e arbitrária da prisão preventiva, e não sua validade. Isto é, entende-se legítima a prisão cautelar fundada em motivos idôneos e proporcionais.

Em que pese o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) ter em sua origem feições autoritárias, permitindo até mesmo a prisão preventiva automática, após o transcurso de mais de 70 anos e o advento da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) buscou-se compatibilizar a lei processual com o teor garantista da Carta Magna. No que tange às cautelares o esforço é notado pela Lei nº 12.403/2011 (BRASIL, 2011), com suas inovações

nessa seara para o magistrado. Embora o referido diploma legal tenha sido de suma importância para que se tenha um processo penal menos aflitivo, não se verifica tamanha eficácia na redução da imposição das prisões preventivas, pelo contrário, o crescimento do número de presos provisórios é constante.

Também se abordou o emprego dessa cautela no âmbito da Operação Lava Jato - dada a proporção da atuação da organização criminosa e o quase incalculável prejuízo que infligiu ao País, a investigação e as ações penais dela derivadas tornaram-se amplamente divulgadas e acompanhadas pela população, gerando inclusive certa comoção popular a prisão de algum réu (a exemplo de Eduardo Cunha, Anthony Garotinho e Sérgio Cabral), e, porque não relembrar, a polêmica condução coercitiva do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva -, restando claro que o magistrado se utiliza da opinião popular para legitimar suas decisões, mesmo quando tenham fundamentação inidônea, resultando em verdadeira espetacularização do processo e das prisões.

Não cabe aqui divagar sobre quais seriam as soluções para a problemática, pois vários são os motivos que levam a esse quadro desumano de aprisionamento em massa, ainda mais quando já se apontou que isso é preponderantemente causado por uma cultura punitiva, mas urge que sejam adotadas medidas para corrigir o sistema, tais como a clara definição do conceito de “garantia da ordem pública e econômica”; o estabelecimento de um prazo máximo para a manutenção da prisão, impedindo o esquecimento do réu no cárcere caso o processo se estenda por anos; e o cumprimento da Resolução do CNJ, com a regular revisão dos decretos preventivos e a análise da provisionalidade da prisão.

Não se pode perder de vista que relativizações de direitos cometidas reiteradas vezes tornam-se regra, portanto, mesmo a contragosto, e em face do mais abominável dos seres humanos, o Estado deve se afastar da ânsia punitiva popular e garantir o justo, que se dá mediante o devido processo legal. Pois quando a prisão e a arbitrariedade passam a ser a regra, ninguém está imune de ser injustamente atingido por medidas despropositadas e ilegais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. por V. A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal - Tomo I**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2000. (Coleção A Obra-prima de Cada Autor)

BITENCOURT, Cezar. **Delação premiada é favor legal, mas antiético**. Revista Consultor Jurídico, 10 jun. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jun-10/cezar-bitencourt-delacao-premiada-favor-legal-antietico?utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter>. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Manual de Direito Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Resultados da Operação Lava Jato**. 2017a. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros>>. Acesso em: 7 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 138.207/PR**. Habeas Corpus. Relator(a): Min. Edson Fachin. Julgamento: 25/04/2017b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo862.htm#Pris%C3%A3o%20preventiva%20e%20acordo%20de%20colabora%C3%A7%C3%A3o%20premiada>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - dezembro 2014**. [2016]. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 3 maio 2017.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **MJ divulga novo relatório sobre população carcerária brasileira**. Brasília, 26 abr. 2016a. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em: 30 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 138.337 MC/SP**. Medida Cautelar no Habeas Corpus. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Julgamento: 16/11/2016b. Publicação: **DJe-246 DIVULG 18/11/2016 PUBLIC 21/11/2016**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28HC+138337%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y92rptmd>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 126.292/SP. Habeas Corpus. Relator(a): Min. Teori Zavascki. Julgamento: 17/02/2016c. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: **DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+126292%29&pagina=4&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hlchzou>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

_____. Presidência da República Federativa do Brasil. Secretaria de Assuntos Estratégicos. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Diretoria de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia. **A aplicação de penas e medidas alternativas relatório de pesquisa**: sumário executivo. [2015]. Disponível em: <file:///C:/Users/Cei%C3%A7a/Downloads/pmas_sum%20executivo%20final%20ipea_depen%2024nov2014.pdf>. Acesso em: 3 maio 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Sistema Carcerário Brasileiro**. Juiz Federal Erivaldo Ribeiro dos Santos. Fevereiro - 2010. Docslide, 21 abr. 2015a. Disponível em: <<http://docslide.com.br/documents/conselho-nacional-de-justica-sistema-carcerario-brasileiro-juiz-federal-erivaldo-ribeiro-dos-santos-fevereiro-2010.html>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 127.186/PR. Habeas Corpus. Relator(a): Min. Teori Zavascki. Julgamento: 28/04/2015b. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: **DJe-151 DIVULG 31-07-2015 PUBLIC 03-08-2015**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+127186%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jlotgff>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 255.833/SP. Habeas Corpus 2012/0208194-5. Relator(a): Min. Maria Thereza de Assis Moura (1131). Julgamento: 06/05/2014a. Órgão Julgador: T6 – Sexta Turma. Publicação: **DJe 14/05/2014**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=hc+255833&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Dados das Inspeções nos estabelecimentos penais. **Relatório Mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIEP)**. 2014b. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em: 30 maio 2017.

_____. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **DOU de 5.8.2013 (Edição Extra)**. Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 110.235/MT. Habeas Corpus. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Julgamento: 13/11/2012a. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: **DJe-248 DIVULG 18-12-2012 PUBLIC 19-12-2012**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+110235%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yb88zkxu>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 105.750/SP. Habeas Corpus. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Julgamento: 26/06/2012b. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: **DJe-196** DIVULG 04-10-2012 PUBLIC 05-10-2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+105750%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yd66maeo>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. RHC nº 108.440/SP. Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Relator(a): Min. Rosa Weber. Julgamento: 03/04/2012c. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: **DJe-074** DIVULG 16-04-2012 PUBLIC 17-04-2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RHC+108440%29+%28%28ROSA+WEBER%29%2ENORL%2E+OU+%28ROSA+WEBER%29%2ENORV%2E+OU+%28ROSA+WEBER%29%2ENORA%2E+OU+%28ROSA+WEBER%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y78ghf5r>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 107.318/SP. Habeas Corpus. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Relator(a): p/ Acórdão: Min. Rosa Weber. Julgamento: 05/06/2012d. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: **DJe-204** DIVULG 17-10-2012 PUBLIC 18-10-2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+107318%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y9j66nr5>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 106.174/RO. Habeas Corpus. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Relator(a): p/ Acórdão: Min. Rosa Weber. Julgamento: 29/05/2012e. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: **DJe-203** DIVULG 16-10-2012 PUBLIC 17-10-2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+106174%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y78fredb>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 106.856/PA. Habeas Corpus. Relator(a): Min. Rosa Weber. Julgamento: 05/06/2012f. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: **DJe-150** DIVULG 31-07-2012 PUBLIC 01-08-2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+106856%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ycq4rewc>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 107.229/PA. Habeas Corpus. Relator(a): Min. Rosa Weber. Julgamento: 25/09/2012g. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: **DJe-198** DIVULG 08-10-2012 PUBLIC 09-10-2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+107229%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y72zuqtf>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

_____. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. **DOU de 5.5.2011**. Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 66, de 27 de janeiro de 2009. Cria mecanismo de controle estatístico e disciplina o acompanhamento, pelos juízes e Tribunais, dos procedimentos relacionados à decretação e ao controle dos casos de prisão provisória.

DOU - Seção 1 - nº 185/2009, em 28/09/2009a, pág. 150, e DJe nº 17/2009, em 30/01/2009, pág. 2-3. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=93>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

_____. Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. **DOU de 2.10.2009**. Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 2009b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 84.078/MG. Habeas Corpus. Relator(a): Min. Eros Grau. Julgamento: 05/02/2009c. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: **DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+84078%29+%28%28EROS+GRAU%29%2ENORL%2E+OU+%28EROS+GRAU%29%2ENORV%2E+OU+%28EROS+GRAU%29%2ENORA%2E+OU+%28EROS+GRAU%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8n2mq77>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 95.009/SP. Habeas Corpus. Relator(a): Min. Eros Grau. Julgamento: 06/11/2008a. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: **DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-06 PP-01275 RTJ VOL-00208-02 PP-00640**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+95009%29+%28%28EROS+GRAU%29%2ENORL%2E+OU+%28EROS+GRAU%29%2ENORV%2E+OU+%28EROS+GRAU%29%2ENORA%2E+OU+%28EROS+GRAU%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8f6dwto>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 95.118/SP. Habeas Corpus. Relator(a): Min. Ellen Gracie. Julgamento: 14/10/2008b. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: **DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-05 PP-00983**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+95118%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mnkevmb>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 94.828/SP. Habeas Corpus. Relator(a): Min. Ellen Gracie. Julgamento: 7/10/2008c. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: **DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008c EMENT VOL-02338-04 PP-00663**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+94828%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lmykr4g>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 93.913/SC. Habeas Corpus. Relator(a): Min. Eros Grau. Julgamento: 08/04/2008d. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: **DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008d EMENT VOL-02324-04 PP-00700**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+93913%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybrjse2q>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 91.083/BA. Habeas Corpus 2007/0223383-0. Relator(a): Min. Maria Thereza de Assis Moura (1131). Julgamento: 21/02/2008e. Órgão Julgador: T6 – Sexta Turma. Publicação: **DJe 10/03/2008**. Disponível em: <<http://www.stj>

jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=hc+91083&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=16>. Acesso em: 22 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 93.427/PB. Habeas Corpus. Relator(a): Min. Eros Grau. Julgamento: 17/06/2008f. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: **DJe-172** DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-03 PP-00483. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+93427%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y9faq73p>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 93.315/BA. Habeas Corpus. Relator(a): Min. Cezar Peluso. Julgamento: 27/05/2008g. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: **DJe-117** DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-2008 EMENT VOL-02325-04 PP-00660 RTJ VOL-00207-02 PP-00708. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+93315%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8yz5jmm>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 89.503/RS. Habeas Corpus. Relator(a): Min. Cezar Peluso. Julgamento: 03/04/2007. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: **DJe-032** DIVULG 06-06-2007 PUBLIC 08-06-2007 DJ 08-06-2007 PP-00047 EMENT VOL-02279-03 PP-00488. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+89503%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybnance2>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

_____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **DOU de 8.8.2006**. Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 2006a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 19.865/SP. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 2006/0154117-2. Relator(a): Min. Gilson Dipp (1111). Julgamento: 07/11/2006b. Órgão Julgador: T5 – Quinta Turma. Publicação: **DJ** 18/12/2006 p. 409. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RHC+19865&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 89.501/GO. Habeas Corpus. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 12/12/2006c. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: **DJ** 16-03-2007 PP-00043 EMENT VOL-02268-03 PP-00530 RTJ VOL-00202-01 PP-00256. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+89501%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y7wwb8cp>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

_____. **Projeto de Lei nº 4.208, de 12 de março de 2001.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão, medidas cautelares e liberdade, e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 2001a. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=26558>>. Acesso em: 15 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 80.719/SP. Habeas Corpus. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 26/06/2001b. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: **DJ 28-09-2001 PP-00037 EMENT VOL-02045-01 PP-00143.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+80719%29&pagina=5&base=base Acordaos&url=http://tinyurl.com/jczlhos>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

_____. Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. **DOU de 8.4.1997.** Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **DOU de 13.6.1994.** Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 1994a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 71.289/RS. Habeas Corpus. Relator(a): Min. Ilmar Galvão. Julgamento: 09/08/1994b. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: **DJ 06-09-1996 PP-31849 EMENT VOL-01840-02 PP-00205.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+71289%29&pagina=3&base=base Acordaos&url=http://tinyurl.com/y9r6su2p>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **DOU de 9.11.1992.** Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **DOU de 26.7.1990.** Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 1990a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **DOU de 28.12.1990.** Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 1990b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 50, de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos).** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. quinto, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. [sic]. 1990c. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=25861>. Acesso em: 5 jun. 2017.

_____. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. **DOU de 22.12.1989**. Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **DOU de 5.10.1988**. Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 mar. 2017.

_____. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. **DOU de 18.6.1986**. Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977. Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei número 2.848, de 7 de dezembro de 1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei número 3.688, de 3 de outubro de 1941), e dá outras providências. **DOU de 25.5.1977**. Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6416.htm>. Acesso em: 29 mar. 2017.

_____. Lei nº 5.349, de 3 de novembro de 1967. Dá nova redação ao Capítulo III do Título IX do Código de Processo Penal. **DOU de 7.11.1967**. Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5349.htm>. Acesso em: 28 mar. 2017.

_____. Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. **DOU de 27.12.1951**. Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 1951. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1521.htm>. Acesso em: 28 mar. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU de 13.10.1941** (retificado em 24.10.1941). Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **DOU de 31.12.1940** (retificado em 3.1.1941). Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). **DOU de 10.11.1937** (republicada em 11.11.1937, republicado 18.11.1937 e republicado 19.11.1937). Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 29 mar. 2017.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). **DOU de 16.7.1934** (Suplemento e republicado em 19.12.1935). Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 29 mar. 2017.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). **DOU de 24.2.1891**. Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 29 mar. 2017.

_____. Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871. Altera diferentes disposições da Legislação Judiciária. **Coleção das Leis do Império do Brasil**, 1871. Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 1871. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM2033.htm>. Acesso em: 28 mar. 2017.

_____. Lei de 29 de novembro de 1832. Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. **Coleção das Leis do Império do Brasil**, 1832. Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 1832. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 26 mar. 2017.

_____. Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824). Elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Manda observar a Constituição Política do Império, oferecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. **Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil** a fls. 17 do Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiais. Rio de Janeiro em 22 de Abril de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 26 mar. 2017.

_____. Decreto de 23 de maio de 1821. Dá providências para garantia da liberdade individual. **Coleção das Leis do Império do Brasil**, 1821. Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 1821. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM-23-5-1821.htm>. Acesso em: 25 mar. 2017.

CANÁRIO, Pedro. **Criticadas por Gilmar, preventivas da "lava jato" duram em média 9,3 meses**. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-07/criticadas-preventivas-lava-jato-duram-media-93-meses>>. Acesso em: 7 jun. 2017.

_____. **Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar**. Revista Consultor Jurídico, 27 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoas-preventivas-forcar-confissoes>>. Acesso em: 8 jun. 2017.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas Cautelares e Prisão Processual: comentários à lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

CUNHA, Eduardo Cosentino da. **O juiz popular**. Folha, 9 fev. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2017/02/1857096-o-juiz-popular.shtml>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. Art. 312. *In*: MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Prisão e Medidas Cautelares**: comentários à Lei 12.403 de 4 de maio de 2011. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 143-148.

DALLAGNOL, Deltan. **Lava Jato não usa prisões para obter colaboração de réus**. Uol, 17 nov. 2015. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/opiniaio/coluna/2015/11/17/lava-jato-nao-usa-prisoos-para-obter-colaboracao-de-reus.htm>>. Acesso em: 9 jun. 2017.

DELMANTO JR., Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

D'URSO, Flávia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FALCÃO, Márcio; COURA, Kalleo. **As delações e o impacto na defesa criminal clássica**. Falaram ao JOTA: Bottini, Taffarello, Mudrovitsch, Badaró, Kakay e Nabor Bulhões. **Jota**, 3 maio 2017. Disponível em: <<https://jota.info/justica/as-delacoes-e-o-impacto-na-defesa-criminal-classica-03052017>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ, Leslie Shérida. **Prisão preventiva e direitos e garantias individuais**. 2003. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2003.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1980, v. 1, t. II.

_____. **Preservação da liberdade no anteprojeto do Código Penal**. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, v. 3, n. 9, p. 35-46, abr./jun. 1965.

GOMES, Luiz Flavio. **Prisão e medidas cautelares**: comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. São Paulo: RT, 2012.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

JUSTIÇA decreta prisão preventiva de Elize Matsunaga. Em.com.br, 19 jun. 2012. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2012/06/19/interna_nacional,301160/justica-decreta-prisao-preventiva-de-elize-matsunaga.shtml>. Acesso em: 6 jun. 2017.

KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. **A (Des) Razão da Prisão Provisória.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar.** Rio de Janeiro: Impetus, 2011a.

_____. **Manual de Processo Penal.** Niterói: Impetus, 2011b. V. I.

LOPES, Elizabeth. Prisão preventiva com delação premiada é pau de arara virtual, diz Sica. **Estadão**, 1º mar. 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral/prisao-preventiva-com-delacao-premiada-e-pau-de-arara-virtual-diz-sica,1642213>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

LOPES JR., Aury. Facebook. Porto Alegre, RS, 25 maio 2017. Disponível em: <https://goo.gl/_fJCNzu>. Acesso em 10 jun. 2017.

LOPES JR., Aury. **Prisão preventiva está para além de gostarmos ou não de Eduardo Cunha.** Revista Consultor Jurídico, 28 out. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-28/limite-penal-prisao-preventiva-alem-gostarmos-ou-nao-eduardo-cunha>>. Acesso em: 8 jun. 2017.

_____. **Direito Processual Penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Prisões cautelares.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. V. 2.

_____. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **O fundamento da existência do processo penal.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/1060>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

MARREIRO, Flávia; BEDINELLI, Talita. **A prisão de Cunha: o que diz Sérgio Moro ‘versus’ o que diz um professor de direito.** El País, 21 out. 2016. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/19/politica/1476897484_066417.html>. Acesso em: 8 jun. 2017.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais.** São Paulo: Gen; Método, 2011.

MORAES, Maurício Zanoide de. Princípio da presunção de não-culpabilidade e da presunção

de inocência. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). **Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. V. 1.

MORETZSOHN, Sylvia. **O Caso Tim Lopes: o mito da “mídia cidadã”**. Biblioteca On-line de Ciências da Computação (BOCC), [2003]. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/moretzsohn-sylvia-tim-lopes.pdf>>. Acesso em: 4 jun. 2017.

MORO, Sérgio Fernando. **Considerações sobre a operação Mani Pulite**. Direito Penal, Brasília, n. 26, jul./set. 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. revista e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Senado Federal, 2009. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/upload/antrcpp.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

PARANÁ. Poder Judiciário. Justiça Federal. **Pedido de prisão preventiva nº 501096471.2017.4.04.7000/PR**. 11 abr. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/05/moro-asfixia-Evento-10-DESPADEC1.pdf>>. Acesso em: 7 jun. 2017.

_____. Poder Judiciário. Justiça Federal. **Pedido de prisão preventiva nº 5052211-66.2016.4.04.7000/PR**. 2016. Disponível em: <<http://www.zerohora.com.br/pdf/21374191.pdf>>. Acesso em: 7 jun. 2017.

PIAZZON, Rafael Antônio. **A Progressão de Regime em Crime Hediondo**. 2006.

PRISÃO indevida na "lava jato" custa casamento, emprego e reputação.

Revista Consultor Jurídico, 27 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-27/prisao-indevida-lava-jato-custa-casamento-emprego-reputacao>>. Acesso em: 7 jun. 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANGUINÉ, Odone. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva**. Revista de estudos criminais, Porto Alegre, n. 10, p. 113-119, 2003.

SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo. Ação Penal Pública Incondicionada contra Elize Matsunaga (052.12.003475-3 - Controle 569/12 - IP 1496/12 – DHPP). 19 jun. 2012. Disponível em: <<https://www.legale.com.br/uploads/8c9b431a569f1304095d9433290f1bbe.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2017.

_____. Universidade de São Paulo. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, n. 1, p. 607-630, 2003.

_____. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de processo penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. Tomo IV.

_____. **Manual de Processo Penal: prisão e liberdade**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. V. 1.

TORON, Alberto Zacharias. **O direito de defesa Na Lava Jato**. Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 15-41, ago. 2016. Volume especial.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2005. V. 3.

_____. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.