

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

ADRIANA VIANA OLIVEIRA MELO

FUNDAMENTAÇÃO NAS PRISÕES CAUTELARES

**CURITIBA
2015**

ADRIANA VIANA OLIVEIRA MELO

FUNDAMENTAÇÃO NAS PRISÕES CAUTELARES

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. José Laurindo de Souza Netto

**CURITIBA
2015**

TERMO DE APROVAÇÃO

ADRIANA VIANA OLIVEIRA MELO

FUNDAMENTAÇÃO NAS PRISÕES CAUTELARES

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Professor José Laurindo Souza Netto.

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, 27 de outubro de 2015.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 PODER-DEVER DO JUIZ	6
3 AS PRISÕES CAUTELARES	15
4 PRISÃO EM FLAGRANTE	19
4.1 FUNÇÕES DA PRISÃO EM FLAGRANTE.....	20
4.2 FASES DA PRISÃO EM FLAGRANTE.....	21
4.3 ESPÉCIES DE FLAGRANTE.....	22
4.4 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....	29
5 PRISÃO PREVENTIVA	30
5.1 PRESSUPOSTOS.....	31
5.1.1 <i>Fumus Comissi Delicti</i>	32
5.1.2. <i>Periculum libertatis</i>	33
5.1.2.1 Garantia da ordem pública.....	33
5.1.2.2 Garantia da ordem econômica.....	36
5.1.2.3 Garantia da aplicação da lei penal.....	38
5.1.2.4 Conveniência da instrução criminal.....	38
5.1.2.5 Hipóteses de cabimento da prisão preventiva.....	41
6 PRISÃO TEMPORÁRIA	42
6.1 REQUISITOS.....	43
6.2 PROCEDIMENTO.....	44
6.3 PRAZO E DIREITOS DO PRESO TEMPORÁRIO.....	44
7 AS FUNDAMENTAÇÕES DAS DECISÕES JUDICIAIS	45
7.1 REQUISITOS DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL.....	47
7.2 VÍCIOS DE FUNDAMENTAÇÃO.....	48
7.3 CRÍTICA ÀS FUNDAMENTAÇÕES GENÉRICAS.....	51
7.4 A FUNDAMENTAÇÃO DAS PRISÕES NA VISÃO CONSTITUCIONAL.....	52
8 CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	56

RESUMO

A pesquisa visa aprofundar a importância da fundamentação da decretação de uma prisão cautelar. Esta deve ser pautada em um estado de “exceção”, o decreto genérico e sem fundamento fere direitos constitucionais e por fim expressamente direitos humanos do cidadão. O decreto prisional deve ser motivado e atento ao caso concreto, de maneira alguma deve ser expedido arbitrariamente. O que visa acautelar aqui é o direito de ir e vir do cidadão que encarcerado desnecessariamente pode ter diversos prejuízos. Deve-se levar em conta, antes de mais nada a gravidade e o dano que uma prisão causa na vida do acusado. A ausência de motivação, não só é um prejuízo à parte como também conforme artigo constitucional causa de nulidade absoluta.

Palavras-chave: prisão cautelar; direitos humanos; fundamentação;

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, como em nenhuma outra época no ordenamento jurídico brasileiro se falou tanto na fundamentação das decisões judiciais, tanto na esfera cível quanto na esfera penal. A hiper-fundamentação das decisões, inclusive é matéria do novo código de processo civil, deixando ainda mais clara a idéia de que tal ferramenta é indispensável para a justiça.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o ponto mais forte acerca da discussão das efetivas e concretas fundamentações nas decisões judiciais das prisões cautelares, confirmando ainda mais a aplicação do artigo 93 da Constituição Federal, em tais decisões.

Nesta linha ressaltamos a importância da decretação das prisões com bastante cautela, bem como a significativa diferença da tão discutida audiência de custódia.

Ainda, fica clara a ideia de que uma prisão cautelar além de extremamente fundamentada deve atentar-se ao caso concreto e não apenas ao texto da lei, para que esta seja legal e constitucional sob pena de nulidade absoluta.

2 PODER-DEVER DO JUIZ

Aos Magistrados é designada a jurisdição, acarretando assim deveres, poderes e responsabilidades. Nesta esteira, vejamos o que diz Capelletti: “os juízes exercitam um poder. Onde há poder deve haver responsabilidade: em uma sociedade organizada racionalmente, haverá uma relação diretamente proporcional entre poder e responsabilidade”.¹

O Juiz deve fazer justiça, baseado nos parâmetros da Lei, mas não deve ficar adstrito somente à ela. O exercício do poder-dever quando da Jurisdição, tanto gera responsabilidade que o abuso que cause dano deve ser compensado,

¹ CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1989. p. 18.

conforme artigo 5º, inciso LXXV da Constituição Federal². Deve ainda, dirigir o processo como representante do Estado, devendo prestar a tutela jurisdicional, pautado na celeridade e justa solução do processo, sendo imparcial.

O juiz deve agir com imparcialidade, prolatando decisões neutras, segundo Liebman:

Para poder exercer suas funções em determinada causa, o juiz deve ser completamente estranho aos interesses que ali estão em jogo, não sendo ligado às partes por especiais relações pessoais. É essa uma elementar garantia de sua imparcialidade na causa e, até antes disso, uma garantia de seu prestígio perante as partes e a opinião pública – prestígio que advém da certeza de sua independência. Por isso, não basta que o juiz, no íntimo, se sinta capaz de exercer seu ofício com habitual imparcialidade: é necessário que não reste sequer a dúvida de que motivos pessoais possam influir em seu ânimo.³

A jurisdição é exercida dentro de um processo, que tem no juiz o seu propulsor, segundo artigo 125 do CP, *in verbis*:

Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:
I - assegurar às partes igualdade de tratamento;
II - velar pela rápida solução do litígio;
III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;
IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

Nesta linha o juiz tem vários deveres e poderes. É importante salientar que sendo a jurisdição *múnus* do Estado e sendo um direito do cidadão a efetividade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV da CF)⁴, o poder de qualquer magistrado em um processo será sempre dever do Estado em relação ao cidadão-jurisdicionado.

Traduzindo, sempre que o Juiz prolatar uma decisão há esta fazendo em nome do Estado e seu dever jurisdicional.

² LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

³ LIEBMAN, Enrico Túllio. **Manual de direito processual civil**. v.I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 113.

⁴ Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

O principal poder-dever do juiz é o de prestar a tutela jurisdicional, seja ela provisória ou definitiva, seja prolatando uma antecipação de tutela, uma sentença ou outros como:

A-) A produção de provas, previsto no art. 130 do CPC: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

B-) O arbitramento de *astreintes*, segundo art. 287 e 461§ 5º do então em vigor Código de Processo Civil:

Art.287. “Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, § 4o, e 461-A)”, e:

Art.461, § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial;

C-) A realização de audiência, conforme artigo 444 e seguintes do Código de Processo Civil :

Art. 444. A audiência será pública; nos casos de que trata o art. 155, realizar-se-á a portas fechadas.

Art. 445. O juiz exerce o poder de polícia, competindo-lhe:

I - manter a ordem e o decoro na audiência;

II - ordenar que se retirem da sala da audiência os que se comportarem inconvenientemente;

III - requisitar, quando necessário, a força policial.

Art. 446. Compete ao juiz em especial:

I - dirigir os trabalhos da audiência;

II - proceder direta e pessoalmente à colheita das provas;

III - exortar os advogados e o órgão do Ministério Público a que discutam a causa com elevação e urbanidade.

Parágrafo único. Enquanto depuserem as partes, o perito, os assistentes técnicos e as testemunhas, os advogados não podem intervir ou apartear, sem licença do juiz.

O exercício do poder-dever enquanto jurisdição gera responsabilidade por danos causados. Há inclusive previsão de reparação em caso

de erro judiciário (art. 5º, LXXV da CF)⁵, ou ainda em caso de dolo, fraude, recusa, omissão ou retardamento de providência processual (art. 133 do CPC).⁶

Os juízes exercitam um poder, mas que gera uma presunção de responsabilidade, sendo que ambos deverão ser proporcionais. Deve ser exigido de um Juiz, antes de mais nada, a imparcialidade, sendo que as decisões devem ser neutras.

O juiz deve analisar todas as provas existentes nos autos, devendo assegurar ainda o pleno contraditório e ampla defesa. Está insculpido no artigo 125 do Código de Processo Civil os deveres atinentes ao Magistrado, quais sejam: *I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela rápida solução do litígio; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça; V - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.* Ou seja, o poder-dever do Juiz não está só presente na hora da sentença, da solução do litígio, mas sim em todos os atos do processo em todas as instâncias e em todos os graus de jurisdição.

A condução do processo é atribuída ao juiz, como representante da lei e da ordem e conseqüentemente do Estado, que tem o dever de prestar a tutela jurídica (art. 5º, XXXV da CF)⁷, devendo prezar pela rápida e justa solução do litígio.

Os pólos do processo, em contrapartida ao Magistrado, defendem os seus interesses, tendo maior preocupação em obter uma decisão que as prevaleça, do que algo justo.

O juiz comanda o processo. Pode determinar ou indeferir prova, designar audiência, zelar pelo contraditório, fazer prevalecer a economia processual e a efetividade da tutela jurisdicional, etc.

O Magistrado tem a obrigação de tentar conciliar os litigantes em qualquer fase do processo, e esta pode ocorrer mesmo que de maneira incomum até quando os processos estejam em grau de recurso em tribunais superiores.

⁵ LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

⁶ Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no no II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.

⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Ainda, o juiz deve proferir decisões em qualquer circunstancia e seja qual o caso que lhe seja apresentado, conforme artigo 126 do Código de Processo Civil:

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Assim, o Código previu que, em não havendo lei aplicável, recorra à analogia, costumes e princípios gerais de direito. Visando assim alcançar a justa solução do litígio.

Temos também a equidade que é a liberdade de adaptação da regra jurídica ao caso concreto a fim de alcançar a decisão mais justa, com a ressalva de que exista previsão legal, conforme artigo 127 do Código de Processo Civil hoje em vigor.⁸

Na jurisdição de direito, o juiz aplica o direito que incidiu: direito pré-existente, portanto; na jurisdição de equidade, o juiz está por lei autorizado a criar o direito para o caso concreto.

Ainda, conforme o já explicitado art. 130 do Código de Processo Civil⁹, o juiz tem o dever (não apenas o poder) de determinar as provas necessárias para o deslinde da causa.

Fica claro que o juiz, para formar sua convicção, pode determinar provas que entender pertinentes para formar sua convicção e assim proferir uma sentença, conferindo assim à ele um poder de influenciar o resultado de sua própria decisão. Este poder é natural e previsto em Lei, sendo crucial para que, na formação de seu convencimento o juiz aprecie e requeira provas que serão fundamentais para a sua justa e devida decisão, solucionando assim o litígio com equidade.

Cabe ao magistrado, como um dos interessados na justa resolução da demanda, desempenhar papel ativo na apuração da verdade para formar seu convencimento, desempenhando assim a função maior do estado que é a solução do litígio de maneira eficaz e equitativa para ambas as partes.

⁸ Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

⁹ Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

O STJ também se manifesta nesse sentido:

Os juízos de primeiro e segundo grau de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado diante do que expõe o art. 130 do CPC.¹⁰

A iniciativa probatória do juiz, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça, em nome do Estado.

E finalmente o artigo 131: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Nossa legislação pátria baseia-se no sistema da persuasão racional do juiz na apreciação das provas. Ou seja, o juiz é livre para a apreciação das provas que lhe são apresentadas e aquelas que ele mesmo requerer, desde que motive as razões de seu convencimento e sua decisão seja devidamente fundamentada (art. 93, IX da CF)¹¹, tornando público o seu raciocínio e submetendo-se à crítica da sociedade.

Do contato pessoal com as partes e testemunhas, o juiz pode conhecer as características que compõem a verdade real, que muitas vezes se manifestam na fisionomia, no tom da voz, na firmeza, na prontidão, nas emoções, na simplicidade ou no embaraço da má-fé. Daí a importância das audiências, sendo o ato pelo qual o juiz consegue pessoalmente avaliar todas estas situações e desta maneira fortalecer o seu convencimento com as provas físicas existentes nos autos.

¹⁰ STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 738576 DF 2005/0052062-6 (STJ) Data de publicação: 12/09/2005-Ementa: PROCESSO CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ. PERÍCIA DETERMINADA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DEMANDA. PRECEDENTES. - Os juízos de primeiro e segundo grau de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC. - A iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça. Agravo no recurso especial improvido.

¹¹ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação

Importante ressaltar aqui a importância da tão polêmica e atual questão das audiências de custódia, que apesar das inúmeras críticas e alegações de falta de estrutura por parte dos Magistrados, não cabendo aqui se aprofundar no tema, mas que são sim imprescindíveis para esta pré-avaliação da questão da prisão cautelar. Com certeza a sensibilidade do juiz que fará esta audiência logo após o cometimento do suposto ilícito, poderá amenizar o caos no sistema prisional e evitar prisões desnecessárias e as vezes arbitrárias.

Vejamos neste tocante o que diz o STF¹²:

O Plenário iniciou julgamento de medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental em que se discute a configuração do chamado “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro. Nessa mesma ação também se debate a adoção de providências estruturais com objetivo de sanar as lesões a preceitos fundamentais sofridas pelos presos em decorrência de ações e omissões dos Poderes da União, dos Estados-Membros e do Distrito Federal. No caso, alega-se estar configurado o denominado, pela Corte Constitucional da Colômbia, de “estado de coisas inconstitucional”, diante da seguinte situação: violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades. O Ministro Marco Aurélio (relator) deferiu, parcialmente, a medida liminar para determinar que os juízes e tribunais: a) motivassem expressamente, em casos de decretação ou manutenção de prisão provisória, por que não teriam sido aplicadas medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no art. 319 do CPP; b) observassem os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos a fim de que se realizasse em até 90 dias audiências de custódia, bem como viabilizasse o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; c) considerassem o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; e d) estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo. O relator determinou, ainda, que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN e não realizasse novos contingenciamentos. Porém, indeferiu o pedido de abrandamento dos requisitos temporais e abatimento do tempo de prisão em razão de condições desumanas do sistema carcerário. Ressaltou que a disciplina legal a respeito dessa questão não poderia ser flexibilizada em abstrato. A contagem de tempo para a fruição desses direitos deveria ser feita caso a caso. Quanto ao pleito de compensação do tempo de custódia definitiva, frisou que faltaria previsão legal. Da mesma forma, por prejuízo, indeferiu o pedido relativo ao envolvimento do CNJ para

¹² SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28audiencia+de+custodia%29&base=baseInformativo>. Acesso em: 20.09.15.

o implemento dessas medidas. ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 27.8.2015. (ADPF-347).

Projeto do CNJ cria “audiências de custódia” para reduzir superlotação em cadeias¹³

Publicado por Supremo Tribunal Federal - 7 meses atrás

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) e o Ministério da Justiça lançarão no dia 6 de fevereiro um projeto para garantir que presos em flagrante sejam apresentados a um juiz num prazo máximo de 24 horas. O “Projeto Audiência de Custódia” consiste na criação de uma estrutura multidisciplinar nos Tribunais de Justiça que receberá presos em flagrante para uma primeira análise sobre o cabimento e a necessidade de manutenção dessa prisão ou a imposição de medidas alternativas ao cárcere. O projeto teve seu termo de abertura iniciado nesta quinta-feira (15), após ser aprovado pelo presidente do Supremo Tribunal Federal e do CNJ, ministro Ricardo Lewandowski.

Segundo Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi, juiz auxiliar da Presidência do CNJ e coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), hoje uma pessoa presa em flagrante muitas vezes fica detida em delegacias ou centros de detenção provisória por longos períodos e só tem contato com o juiz no momento da instrução do processo, o que pode levar até 90 dias ou mais. “Há situações em que o juiz só tem contato com o preso por meio dos autos do processo”, explica Lanfredi, que coordenou a elaboração do projeto.

O projeto conta ainda com a parceria do Presidência e da Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que é presidido pelo desembargador José Renato Nalini e tem como corregedor-geral da Justiça o desembargador Hamilton Elliot Akel, além do Ministério da Justiça.

O secretário-geral do CNJ, Fabrício Bittencourt, e o juiz coordenador do DMF reuniram-se na tarde de quinta-feira (15) com o presidente do CNJ, Ricardo Lewandowski, e definiram as premissas e requisitos de detalhamento da iniciativa. O objetivo do projeto é garantir que, em até 24 horas, o preso seja apresentado e entrevistado pelo juiz, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso. Durante a audiência, o juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O juiz poderá avaliar também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades.

A implementação das audiências de custódia está prevista em pactos e tratados internacionais assinados pelo Brasil, como o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San Jose. Segundo o juiz auxiliar do CNJ, a prática já é amplamente utilizada em muitos países da América Latina e na Europa, onde a estrutura responsável pelas audiências de custódia recebe o nome de “Juizados de Garantias”.

“Estamos concebendo uma estrutura que vai oferecer ao juiz um leque concreto e substancial de opções para sua decisão”, afirma o coordenador do DMF. “Aqueles que mereçam estar e ficar presos continuarão presos, mas aqueles que não mereçam vão receber medidas alternativas à prisão, ou se submeterão ao monitoramento eletrônico, podendo suas situações, inclusive, serem direcionadas para a mediação penal. Hoje o juiz muitas vezes opta pela prisão porque não tem opções”, explica. Além das

¹³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Audiências de custódia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298296>. Acesso em: 20.09.15.

audiências com um juiz em até 24 horas, o projeto prevê, portanto, a estruturação de centrais de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal, responsáveis por representar ao juiz opções ao encarceramento provisório.

Os detalhes finais de execução do projeto estão sendo fechados entre os três órgãos e o projeto-piloto será lançado no próximo dia 6 de fevereiro em São Paulo, com a assinatura de um termo de cooperação. O projeto-piloto será desenvolvido no Fórum Ministro Mário Guimarães, no bairro da Barra Funda, local para onde são encaminhados todos os autos de prisão em flagrante delito lavrados na capital paulista, e realizado pelo Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária (DIPO) do TJSP.

Participarão do lançamento do projeto-piloto, no Fórum da Barra Funda, o presidente do STF e do CNJ, ministro Ricardo Lewandowski, o presidente do TJSP, desembargador José Renato Nalini, o corregedor-geral de Justiça de São Paulo, desembargador Hamilton Elliot Akel, o ministro da Justiça, José Eduardo Martins Cardoso, o governador de São Paulo, Geraldo Alckmin, além do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Defensoria Pública do Estado de São Paulo e do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDF). A previsão é que as primeiras audiências de custódia sejam realizadas a partir do dia 23 de fevereiro.

A partir da Lei n.º 11.124/03, de 5 de maio de 2011, mais e melhor se esclareceu a natureza acautelatória de toda restrição de direito no curso do processo penal, o que se exigiu, inexoravelmente, ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária.

As cautelares pessoais, que incluem a prisão preventiva, dependem de fundamentação judicial, conforme se vê do texto expresso do atual art. 283, *caput*, Código de Processo Penal:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva¹⁴ (grifo).

Assim, pelas sistemáticas atuais, bem como pela nova que entrará em vigor no ano de 2015 pelo novo Código de Processual Civil, também aplicável, a ideia da super fundamentação das decisões judiciais é algo extremamente importante, já que o poder-dever do Juiz está adstrito a ideia de que fundamentar com precisão aplicando a lei devidamente ao caso concreto é inquestionável, não só na esfera cível mas principalmente na esfera penal.

¹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 6.

3 AS PRISÕES CAUTELARES

As prisões cautelares são aquelas determinadas no curso do procedimento inquisitorial e processo já em andamento e visam não a punição em si do indivíduo, eis que o mesmo ainda não é condenado, mas sim assegurar e evitar uma nova prática delitiva naquele momento, bem como prevenir que o processo e suas provas sejam prejudicadas pelo acusado. Como exemplos de prisões cautelares no Processo Penal, podemos citar a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária.

A Lei n 12.403 de 4 de maio de 2011, trouxe relevantes alterações no trato das prisões e da liberdade provisória, cuidando de inserir alternativas à constrição, conforme artigo 319 do Código de Processo Penal:¹⁵

Assumiu-se definitivamente a natureza cautelar de toda prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ampliou-se também as alternativas para proteção da regular tramitação do processo penal, com a instituição de diversas modalidades de medidas cautelares.

A expressão liberdade provisória somente foi mantida em razão de sua inadequada menção no artigo 5, LXVI da Constituição Federal: “Ninguém será

¹⁵ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

§ 4o A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Porém, trata-se de um equívoco, posto que o provisório deve ser a prisão, sendo esta a exceção, e a regra sempre será a liberdade. Por isso a expressão liberdade provisória não deveria existir, já que todas as modalidades de prisão é que são provisórias.

Torna-se absolutamente inadiável a redefinição de diversos institutos jurídicos pertinentes à matéria, para o fim de seu realinhamento como o novo sistema de cautelares de índole pessoal incorporado ao Código.¹⁶

Sendo assim dez são as sínteses conclusivas feitas por Eugênio Pacelli sobre a matéria, vejamos:

1. Embora a Lei 12403/2011 mantenha a distinção conceitual entres prisões, medidas cautelares e liberdade provisória, é bem dever que todas elas exercem o mesmo papel e a mesma função processual de acautelamento dos interesses da jurisdição criminal;
2. As medidas cautelares, quando diversas da prisão, podem ser impostas independentemente de prévia prisão em flagrante, ao contrário da legislação anterior, que somente previa a concessão de liberdade provisória para aquele que fosse aprisionado em flagrante delito. Por isso, podem ser impostas tanto na fase de investigação quanto na de processo.
3. As referidas medidas cautelares, diversas da prisão, poderão também substituir a prisão em flagrante, quando não for cabível e/ou adequada à prisão preventiva;
4. A liberdade provisória significa apenas a diversidade de modalidades de restituição da liberdade, após a prisão em flagrante. O artigo 321 do CPP¹⁷, deve ser entendido nesse sentido de restituição de liberdade do aprisionada e não como fundamento para a decretação de medidas cautelares sem anterior prisão em flagrante. A base legal para estas últimas providências está no artigo 282, § 2 do CPP.¹⁸
5. A prisão preventiva tanto poderá ser decretada independentemente da anterior imposição de alguma medida cautelar, quanto em substituição daquelas previamente impostas e eventualmente descumpridas;
6. Poderá, do mesmo modo, ser decretada como conversão da prisão em flagrante, quando presente os seus requisitos e forem insuficientes as demais cautelares; impõe-se assim a observância do teto da pena contido

¹⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 494.

¹⁷ Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

¹⁸ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

no artigo 313, I do CPP ¹⁹, ressalvadas as hipóteses do mesmo artigo e do artigo 20 da Lei 11343/2006 ²⁰;

7. A prisão preventiva poderá também ser substituída por medida cautelar menos gravosa, quando esta se revelar mais adequada e suficiente para efetividade processual. (artigo 282§5, CPP).²¹

8. Quando decretada autonomamente, ou seja, como medida independente do flagrante, ou, ainda, como conversão deste, a prisão preventiva submete-se às exigências dos artigos 312 e 313, I, ambos do CPP ²², quando porém, for decretada subsidiariamente, isto é, como substitutiva de outra cautelar descumprida, não se exigirá a presença das situações do artigo 313 do CPP;

9. Nenhuma medida cautelar poderá ser imposta quando não for cominada à infração, objeto da investigação ou de processo, pena privativa de liberdade, cumulativamente ou isoladamente (artigo 283, §, 1 do CPP ²³), do mesmo modo, não se admitirá a imposição de cautelares e, menos ainda, da prisão preventiva, aos crimes para os quais seja cabível transação penal, bem como nos casos em que seja proposta e aceita a suspensão condicional do processo, conforme previsto na Lei 9.099/1995 que cuida dos Juizados Especiais Criminais e seus crimes de menor potencial ofensivo. Em se tratando de crimes culposos, a imposição de medida cautelar, em princípio não será admitida, em face do postulado da proporcionalidade, contudo, quando se puder antever a possibilidade concreta de imposição de pena privativa de liberdade ao final do processo, diante das condições pessoais do agente, serão cabíveis excepcionalmente para os crimes culposos as cautelares do artigo 319 e 320 do CPP, com a devida e bem fundamentada decisão;

10. No caso de concurso de crimes, sobretudo quando presente a conexão ou continência entre eles, quando a somatória das penas dos delitos superar 4 anos, será cabível a decretação da prisão preventiva de modo autônomo.

¹⁹ Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

²⁰ II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

²¹ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

²² Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria

²³ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

As medidas atuais alteradas no Código de Processo Penal surgem para evitar o excesso de encarcerização provisória. São medidas cautelares coercitivas que, atendidos os seus requisitos visam a efetividade do processo.

Toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado da condenação deverá se fundar em ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente, nos exatos termos em que se acha disposto no artigo 5º, LXI, da Constituição Federal, ressalvados apenas os casos de transgressão militar ou de crime militar definido em lei, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

O princípio da inocência ou não-culpabilidade, tem suas raízes significativas na Revolução Francesa, sob a ótica da presunção de inocência. A nossa constituição porém afirma a inocência, devendo esta ser valorada durante todo o processo. Promoveu a Carta Magna um princípio afirmativo de inocência de todo cidadão até que haja uma decisão transitada em julgado e a garantia de que toda prisão anterior à esta condenação seja efetivamente, suficientemente e exaustivamente fundamentada pela Autoridade Judiciária.

No Processo Penal Brasileiro após a reforma ocorrida em 2008, passou a ter três formas de prisões cautelares: prisão temporária, prisão em flagrante delito e prisão preventiva. São chamadas de “prisões provisórias”, em contraposição à prisão que constitui sanção penal na modalidade de pena privativa de liberdade, que é uma prisão “definitiva”, somente imposta após o trânsito em julgado da condenação penal.²⁴

Após as mudanças trazidas pela Lei 12.403/2011, a prisão em flagrante deixou de ser uma modalidade autônoma de prisão cautelar passando a ser uma medida transitória, sendo assim as medidas provisórias passaram a ser a temporária e a preventiva.

²⁴ BADARÓ, Gustavo. Processo penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 716.

Embora, teoricamente não haveria distinção entre prisões definitivas e cautelares, os fundamentos e as hipóteses que autorizam cada uma delas são distintos. Uma das transformações trazidas pela supracitada lei, foram a inserção de uma série de medidas cautelares alternativas à prisão e ainda mais importante que isto foi a definição de forma expressa no artigo 282, § 6º do Código de Processo Penal²⁵, que a prisão preventiva passou a ser medida extrema, somente admissível quando nenhuma das alternativas à prisão e menos gravosas se mostrarem adequadas.

Deverá ser observado pelo Juiz: a adequação da medida (juízo de verificação de uma relação de meio a fim), sendo que o meio empregado deve ser apto a realizar o interesse que merece maior proteção; o juízo de necessidade da medida, também conhecido como proibição de excesso ou busca de alternativa menos gravosa e a proporcionalidade em sentido estrito que nada mais é que do que uma “lei de ponderação”.²⁶

O critério da necessidade que está previsto no artigo 282 do Código de Processo Penal, deve ser entendido como reverso da adequação, a medida deve ser decretada por extrema necessidade, seja para aplicação da lei penal, investigação ou instrução criminal e nos casos previstos para evitar a prática de infrações penais. Ausentes estes, a medida cautelar é desnecessária. No tocante à adequação propriamente dita deve ser privilegiada sempre a medida menos gravosa, da medida de menor restrição à de maior restrição, sendo que do ponto de vista prático se não presentes os requisitos da necessidade a medida deverá ser rejeitada.

4 PRISÃO EM FLAGRANTE

A prisão em flagrante delito é aquela que é feita no ato ou logo após o cometimento do ato ilícito, ou ainda quem seja encontrado em posse de objetos, armas que façam presumir ser ele autor da ação. O flagrante constitui prova em si

²⁵ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

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

²⁶ BADARÓ, op. cit., p. 718.

mesmo. Aponta-se que, a natureza jurídica desta prisão é de um ato administrativo, visto que, independe de manifestação jurídica. Ou seja, a Autoridade Policial leva a cárcere pessoa que estava em flagrante delito, mas deve comunicar a Autoridade Judiciária no prazo de 24 horas conforme artigo 306 do Código de Processo Penal²⁷, para que o mesmo verifique a legalidade da prisão, devendo mantê-la ou relaxá-la.

A expressão “flagrante” deriva do latim *flagrare* (queimar) e *flagrans* (ardente, brilhante), que no léxico, significa notório, evidente, visível. E, linguagem jurídica, flagrante seria uma característica do delito, é a infração que está queimando, ou seja, que está sendo cometida ou acabou de sê-lo, autorizando-se a prisão do agente mesmo sem autorização judicial em virtude da certeza visual do crime. Funciona, pois, como mecanismo de autodefesa da própria sociedade.²⁸

Esta modalidade de prisão serve privar a liberdade daquele que foi surpreendido (situação de flagrância), cometendo ilícitos. Sendo crime será lavrado o auto de prisão em flagrante o qual será encaminhado à Autoridade Judiciária para apreciação e, em caso de contravenção, será lavrado o termo circunstanciado da ocorrência.

4.1 FUNÇÕES DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Suas funções são: evitar a fuga do infrator; auxiliar na colheita de elementos investigativos; impedir a consumação do delito; preservar a integridade física do preso em alguns casos.

No sistema anterior do código de processo penal, além destas funções o flagrante servia como medida acautelatória, ou seja, quem era preso em flagrante desde que não se livrasse solto, por fiança etc, permaneceria preso durante todo o processo. Sendo assim, o próprio flagrante servia de fundamento para que o sujeito permanecesse recolhido durante toda a instrução processual.

²⁷ 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.

²⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3 ed. Belo Horizonte: Jus Podivm, 2015, p. 895.

Com o advento da Lei 12403/2011, ficou claro que a prisão em flagrante por si só não autorizaria mais a manutenção da prisão do agente durante todo o processo. A nova redação do artigo 310 do CPP deixou clara tal alteração, *in verbis*:

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

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

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

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

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

4.2 FASES DA PRISAO EM FLAGRANTE

Inicialmente, a prisão em flagrante funciona como mero ato administrativo, dispensando-se autorização do Judiciário. Inicia-se com a condução coercitiva, lavratura do auto de prisão em flagrante e recolhimento à prisão. Após, vira ato judicial já que o Juiz é comunicado a fim de analisar sua legalidade, para fins de relaxamento, conversão em preventiva ou liberdade provisória com ou sem fiança.

Esta análise precípua é de suma importância, em virtude de alguns dispositivos não imporem prisão em flagrante, como o exemplo de alguns delitos que se cometidos a prisão em flagrante só se manterá até o momento em que o agente assumir o compromisso de comparecer no juizado (artigo 69, parágrafo único da lei 9099/95).²⁹

²⁹ Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se

Existem ainda situações em que o próprio delegado poderá arbitrar fiança concedendo liberdade provisória ao preso, no caso da infração ser punida com pena máxima não superior a 4 anos, conforme artigo 322 do CPP.³⁰

Ainda, como no caso do artigo 301 do CTB, que ao condutor de veículo que nos casos de acidente de trânsito de que resulte vítima, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança se prestar pronto e integral socorro aquela.

4.3 ESPÉCIES DE FLAGRANTE

a-) Flagrante próprio, perfeito, real ou verdadeiro:

É aquele que o agente é surpreendido cometendo uma infração penal ou quando acaba de cometê-la (artigo 302, incisos I e II do CPP³¹), sendo que esta última expressão deve ser interpretada de forma restrita, não podendo haver intervalo de tempo. Assim, o agente é encontrado imediatamente após o ilícito, não tendo de afastado da vítima e do lugar do delito. Vejamos decisão do TJ-PR:

EMENTA: HABEAS CORPUS - FUGA DE PESSOA PRESA NA FORMA QUALIFICADA - PRISÃO EM FLAGRANTE - PLEITO OBJETIVANDO A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA - ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA DO DELITO, DE AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE PELA FALTA DO AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO DE ARMA, ALÉM DE QUE NÃO ESTÃO PRESENTES OS MOTIVOS ENSEJADORES DA PRISÃO PREVENTIVA A IMPEDIR A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO - PEDIDO ANTERIORMENTE FORMULADO PERANTE A AUTORIDADE JUDICIÁRIA E INDEFERIDO,

exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

³⁰ Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas

³¹ 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.

INCLUSIVE, O PLEITO DE RECONSIDERAÇÃO - ALEGAÇÃO DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DECISÃO - **FLAGRANTE PERFEITO QUANTO AO ASPECTO FORMAL** - DECISÃO DO JUÍZO MONOCRÁTICO MOSTRANDO A CONVENIÊNCIA DA CUSTÓDIA PREVENTIVA - INQUÉRITO CONCLUÍDO E SUJEITO A APRECIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA O ATO DE OFERECIMENTO DE EVENTUAL DENÚNCIA PARA INICIAR A PERSECUÇÃO CRIMINAL - PRESENÇA DE ELEMENTOS QUE JUSTIFICAM PLENAMENTE A DENEGAÇÃO DA PRETENDIDA LIBERDADE PROVISÓRIA - ORDEM CONHECIDA E DENEGADA. Presente um dos motivos ensejadores da custódia preventiva, impõe-se o indeferimento da concessão da mercê de liberdade provisória, com a conseqüente denegação do manejo do "writ". TJ-PR - Habeas Corpus Crime HC 935535 PR 0093553-5 (TJ-PR) Data de publicação: 29/06/2000.

b-) Flagrante impróprio, imperfeito, irreal ou quase flagrante

Tal espécie é configurada quando o agente é perseguido logo após o delito em situação que faça presumir ser ele o autor do ilícito. Exige-se três fatores: perseguição (requisito de atividade), esta logo após a infração (requisito temporal) e situação que faça presumir a autoria (requisito circunstancial).

A expressão logo após compreende o lapso temporal que permeia entre o acionamento da autoridade policial e colheita dos elementos necessários para início a perseguição e a prisão do autor do crime.

Existem vários pronunciamentos jurisprudenciais acerca desta espécie de flagrante, vejamos:

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE ROUBO. **FLAGRANTE IMPRÓPRIO**. ART. 302 , III, DO CÓDIGO PENAL . NOTA DE CULPA ENTREGUE FORA DO PRAZO. NULIDADE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ART. 563 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL . 1. O Recorrente aduz que o caso em concreto não se subsume a nenhuma das hipóteses previstas no artigo 302 do Código de Processo Penal . **No entanto, o auto de prisão em flagrante relata precisamente os fatos de forma a demonstrar que o acusado foi preso em evidente situação de flagrante impróprio (art. 302 , III , do Código de Processo Penal)**. 2. O atraso na entrega da nota de culpa ao investigado preso em flagrante, embora constitua irregularidade, não determina a nulidade do ato processual regularmente válido. É princípio basilar do processo penal a assertiva de que não se declara nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal . 3. Recurso desprovido. STJ - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS RHC 21532 PR 2007/0148128-1 (STJ) Data de publicação: 12/11/2007.

Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AOPUDOR. FLAGRANTE IMPRÓPRIO. ART. 302 , III, DO CÓDIGO PENAL . DECISÃOINDEFERITÓRIA DE LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO EXPRESSA DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO

NA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS . FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. 1. O Paciente aduz que o caso em concreto não se subsume a nenhuma das hipóteses previstas no artigo 302 do Código de Processo Penal .No entanto, o auto de prisão em flagrante relata precisamente os fatos de forma a **demonstrar que o Acusado foi preso em evidente situação de flagrante impróprio** (art. 302, III, do Código de Processo Penal). 2. A vedação contida no art. 2.º , inc. II , da Lei n.º 8.072 /90, sobre a negativa de concessão de fiança e de liberdade provisória aos acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados, não contraria a ordem constitucional, pelo contrário, deriva do próprio texto constitucional (art. 5.º, inc. XLIII), que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais. 3. A negativa do benefício da liberdade provisória encontra amparo, também, no art. 5.º, inc. LXVI, da Constituição Federal, que somente assegurou aos presos em flagrante delito a indigitada benesse quando a lei ordinária a admitir ou por decisão fundamentada do magistrado condutor do processo (art. 2.º, § 2.º, da Lei n.º 8.072 /90). 4. Revendo a posição anteriormente assumida, comungo, agora, do posicionamento de que a vedação contida na Lei n.º 8.072 /90 é, por si só, motivo suficiente para negar ao preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado o benefício da liberdade provisória. 5. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 6. Ordem denegada. STJ - HABEAS CORPUS HC 78090 MG 2007/0045220-8 (STJ) Data de publicação: 05/11/2007.

Ementa: HABEAS CORPUS CRIME. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL ANTE A AUSÊNCIA DA SITUAÇÃO CARACTERIZADORA DA FLAGRÂNCIA. PRESUNÇÃO DE AUTORIA VERIFICADA. IMEDIATA E ININTERRUPTA PERSEGUIÇÃO. FLAGRANTE IMPRÓPRIO. INTELIGÊNCIA DO ART. 302, INC. III DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE RELAXAMENTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE E LIBERDADE PROVISÓRIA. DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. ORDEM DENEGADA. 1. Sendo a autoridade acionada logo após o delito com notícia da autoria e iniciada imediata e ininterruptamente a perseguição ao autor do delito, embora demore algumas horas sua captura, o flagrante se apresenta caracterizado (art. 302, inc. III, do CPP) TJ-PR - Habeas Corpus Crime HC 5680675 PR 0568067-5 (TJ-PR) Data de publicação: 21/05/2009

c-) Flagrante presumido, ficto ou assimilado

Neste caso, o agente é preso logo depois de cometer a infração em posse de instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração penal. Assim, não exige-se perseguição bastando que a pessoa seja encontrada depois da prática do ilícito com os descritos acima. A expressão logo depois não indica prazo certo, porém deve ser aplicado os mesmos elementos do logo após previsto no artigo 302, III ³², já que não seria correta a prisão em flagrante se o agente fosse preso tempos depois por estar portando os objetos.

³² Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

Vejam os a jurisprudência:

Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ARTIGO 157 , § 2º , INCISOS I E II , DO CÓDIGO PENAL . NULIDADE DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. INOCORRÊNCIA. FLAGRANTE PRESUMIDO OU FICTO. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP . NECESSIDADE DA CUSTÓDIA NÃO DEMONSTRADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O relato da dinâmica dos fatos revela que a prisão em flagrante do paciente subsume-se perfeitamente à hipótese prevista no artigo 302 , inciso IV , do CPP - flagrante presumido ou ficto - em que o agente, embora não tenha sofrido a perseguição imediata, é preso logo depois da prática do crime, portando armas, objetos ou papéis que façam presumir ser o autor do delito. 2. A manutenção preventiva no cárcere, por ser medida excepcional que restringe a liberdade individual, em face da presunção de não-culpabilidade, exige a devida fundamentação calcada em elementos concretos que indiquem a necessidade da custódia cautelar. 3. In casu, o indeferimento da liberdade provisória teve por lastro, unicamente, a gravidade do delito, deixando a fundamentação de contemplar qualquer outra situação capaz de justificar a manutenção da prisão processual do paciente para a garantia de ordem pública. Precedentes. 4. Esta Corte mantém entendimento que o prazo para conclusão da instrução criminal não é algo submetido às rígidas diretrizes matemáticas. Deve ser analisado o feito em face de suas peculiaridades para aferir a existência de constrangimento ilegal. 5. A complexidade da causa, presença de vários co-réus e expedição de carta precatória justificam dilação no prazo para conclusão da instrução criminal. 6. Ordem concedida para determinar a imediata soltura do paciente, mediante o compromisso de comparecimento a todos os atos do processo. STJ - HABEAS CORPUS HC 47091 PA 2005/0138094-9 (STJ) Data de publicação: 27/03/2006.

Ementa: HABEAS-CORPUS - FLAGRANTE PRESUMIDO OU FICTO - ILEGALIDADE INOCORRENTE - HOMOLOGAÇÃO ACERTADA - ORDEM DENEGADA. Se os agentes são encontrados, logo após a infração, em situação que faça presumir a autoria ou participação no crime, caracteriza-se a hipótese prevista no inciso IV do art. 302 do Código de Processo Penal , para cuja configuração, não há necessidade da ocorrência de perseguição, podendo a autoridade policial efetuar a prisão por mero acaso, ainda que em meio à diligência que visava elucidar outro delito. TJ-SC - Habeas Corpus HC 50571 SC 2002.005057-1 (TJ-SC). Data de publicação: 16/04/2002

D-) Flagrante preparado, provocado, crime de ensaio, delito de experiência ou delito putativo por obra do agente provocador.

Ocorre quando alguém, podendo ser autoridade ou pessoa, instiga o agente à prática do delito objetivando prendê-lo em flagrante.

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

Há posicionamentos de se tratar de um crime impossível ou delito putativo e, em caso de um constrangimento ilegal com a prisão em flagrante, esta deverá ser relaxada pelo Juiz.

Porém o STF entende da primeira maneira, tendo editado súmula: “145 STF- Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Vejamos a jurisprudência:

Ementa: FURTO (CPM , ART 240 , §§ 2º , 6º, inciso II, e 7º). PRELIMINAR DE NULIDADE. "CUSTOS LEGIS". FALTA DE ALEGAÇÕES ESCRITAS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. FLAGRANTE PREPARADO. DELITO PUTATIVO. ATIPICIDADE. 1. Preliminar de nulidade suscitada pela PGJM, por não cumprimento das formalidades previstas no art. 428 do CPPM . Todavia as Partes, livremente, concordaram em não apresentar Alegações Escritas, deixando para fazê-las oralmente, durante a Sessão de julgamento. Assim, não houve prejuízo. Precedentes do STF e do STM. 2. O Relato dos autos retrata um flagrante preparado, sendo a hipótese classificada pela doutrina de crime putativo, tornando a conduta atípica. 3. Preliminar rejeitada. Decisão majoritária. 4. No mérito, apelo provido para absolver o Apelante com fulcro no art. 439 , alínea b, do CPPM . Unânime. STM - APELAÇÃO AP 00000235620147100010 CE (STM). Data de publicação: 29/04/2015.

Ementa: RECURSO ESPECIAL E AÇÃO CAUTELAR. REPRESENTAÇÃO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. CARGO VEREADOR. INFILTRAÇÃO DE AGENTES POLICIAIS. **FLAGRANTE PREPARADO. PROVA ILÍCITA.** Recurso de Francisco Edwilson Bessa Holanda de Negreiros 1. Não houve violação ao art. 275 do Código Eleitoral , visto que a Corte de origem se manifestou a respeito da alegada ilicitude do inquérito policial instaurado por denúncia anônima, bem como quanto ao nexo de causalidade entre a conduta do candidato e o ilícito eleitoral. 2. De acordo com as informações registradas no acórdão recorrido, houve infiltração, autorizada judicialmente, de agente policial em turma de formandos, o qual foi responsável por estabelecer contatos com o candidato e por marcar reuniões, inclusive a que resultou no flagrante da suposta captação ilícita de sufrágio. 3. A atuação do agente infiltrado não se resumiu à de mero observador dos acontecimentos, participando ele ativamente no desenrolar dos eventos que culminaram na prática do ilícito eleitoral, de modo a ficar caracterizado o flagrante preparado. Ilicitude da prova colhida e daquelas derivadas. Recurso especial provido. Ação cautelar julgada prejudicada. Recurso de Francisco Ferreira dos Santos - Uma vez provido o recurso especial do titular ao cargo de vereador, fica prejudicada a pretensão recursal do suplente, alusiva ao cômputo dos votos anulados pelo Tribunal de origem e ao recálculo do número de cadeiras da Câmara de Vereadores. Recurso especial prejudicado. TSE - Recurso Especial Eleitoral REspe 67604 RO (TSE) Data de publicação: 19/11/2014.

e-) Flagrante esperado

Trata-se de um flagrante onde não há nenhuma atividade de induzimento ou provocação, tratando-se de uma espécie legal, não havendo que se falar em relaxamento, funcionando apenas a liberdade provisória com ou sem fiança como medida de contracautela. Neste caso há apenas uma espécie de monitoramento, vigilância, num aguardo de que o crime ocorra.

O STJ já se posicionou para que não haja confusão entre o flagrante preparado e o esperado, vejamos:

"HABEAS CORPUS". TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E CORRUPÇÃO ATIVA. FLAGRANTE PREPARADO: INCONSISTÊNCIA DA ALEGAÇÃO. GRAU DE ENTORPECIMENTO DA DROGA: QUESTÃO IRRELEVANTE. REEXAME DA PROVA: IMPOSSIBILIDADE PELA VIA DO HABEAS CORPUS. 1. Não caracteriza **flagrante preparado, e sim flagrante esperado**, o fato de a Polícia, tendo conhecimento prévio de que o delito estava prestes a ser cometido, surpreende o agente na prática da ação delitiva. 2. Tendo o laudo pericial constatado que a droga apreendida em poder do agente é entorpecente, torna-se irrelevante questionar o seu grau de entorpecimento. 3. Não cabe o reexame da matéria probatória em sede de habeas corpus. 4. Habeas Corpus indeferido.³³

f-) Flagrante prorrogado, protelado, retardado ou diferido: ação controlada e entrega vigiada

Tal modalidade consiste no retardamento da ação policial, que ocorre no momento mais oportuno do ponto de vista da investigação. Esta espécie tem previsão na Lei de Drogas e na nova Lei de Organizações Criminosas:

Lei 11343/206- Lei de Drogas:

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

³³ Processo HC 78250 RJ, Relator(a):Min. MAURÍCIO CORRÊA. Julgamento: 15/12/1998. Órgão Julgador: Segunda Turma

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

Lei 12.850/2013- Nova Lei sobre organização Criminosa

Art. 8º. Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

§ 1º O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público.

§ 2º A comunicação será sigilosamente distribuída de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada.

§ 3º Até o encerramento da diligência, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações.

§ 4º Ao término da diligência, elaborar-se-á auto circunstanciado acerca da ação controlada.

Art. 9º Se a ação controlada envolver transposição de fronteiras, o retardamento da intervenção policial ou administrativa somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.

g-) Flagrante forjado, fabricado, maquinado ou urdido

Aqui, policiais ou particulares criam provas de um crime inexistente a fim de tornar legítimo, de maneira falsa, uma prisão em flagrante.

Como exemplo, “plantar” drogas dentro de um veículo para dar voz de prisão em flagrante imputando-lhe tráfico de drogas ou mesmo consumo pessoal.

Vejamos alguns julgados acerca do flagrante forjado:

Ementa: HABEAS CORPUS - INVALIDADE DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE - FLAGRANTE FORJADO PELA POLICIA - EXCESSO DE PRAZO NA FORMALIZAÇÃO DO FLAGRANTE - FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL - ALEGAÇÕES IMPROCEDENTES. Recurso de habeas corpus improvido. Encontrado em: -***** - 16/9/1977 flagrante, preparação pela policia, súmula 145. Direito processual penal flagrante stf - recurso em habeas corpus RHC 55215 SC (STF). Data de publicação: 16/09/1977.

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. LEI N. 11.343/2006. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. LEI N. 9.296/1996. AUSÊNCIA DE NULIDADE. FLAGRANTE ESPERADO. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO EM DECORRÊNCIA DA ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ECSTASY. ART. 33, § 3º, DO CP. SÚMULA 7/STJ. 1. No flagrante preparado, o órgão policial provoca o agente a praticar o delito e, ao mesmo tempo, impede a sua consumação,

cuidando-se, assim, de crime impossível; ao passo que, **no flagrante forjado, a conduta do agente é criada pela polícia, tratando-se de fato atípico**. Hipótese totalmente diversa é a do flagrante esperado, em que a polícia tem notícias de que uma infração penal será cometida e aguarda o momento de sua consumação para executar a prisão. AgRg no REsp 1356130 / GO AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2012/0252569-2 DJe 04/08/2015

4.4 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Uma vez recebido o auto de prisão em flagrante que deve ser concluído em 24 horas da efetiva prisão, o Juiz dispõe de 48 horas para proceder a convalidação judicial, ao menos por enquanto.

A audiência custódia é objeto do projeto de lei do Senado Federal de n.º 554/2011 cujo objetivo é alterar a redação do §1º do artigo 306 do CPP, que passaria a dispor:

No prazo máximo de 24 horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, copia integral para a defensoria pública.

Houveram algumas propostas de alterações no texto em questão, mas a ideia fundamental é a devida apresentação do preso ao juiz para uma audiência o mais breve possível após sua prisão.

Mesmo ainda sem aprovação, alguns tribunais de justiça já estão adotando resoluções e provimentos visando implementar a audiência. São Paulo por exemplo, no provimento conjunto nº 03/2015 da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e da Corregedoria Geral de Justiça de 27 de janeiro de 2015, determina a apresentação de pessoa detida em flagrante delito até 24 horas após sua prisão para participar de audiência de custódia (artigo 1º).

A realização de uma audiência sem demora após a prisão permite o contato direto do preso com juiz, promotor e advogado, evitando assim excessos como torturas, maus tratos e permite ao juiz averiguar com mais clareza situações como relaxar imediatamente o flagrante, conceder liberdade provisória, etc.

Sem este contato direto, o juiz fica adstrito as provas físicas, opinião do delegado e do ministério público que geralmente é tendencioso à manutenção das prisões, fazendo seu papel como órgão acusador. Daí a importância da audiência de custódia para que o juiz verifique com mais clareza com base no caso concreto, ouvindo o preso e as circunstâncias em que o delito ocorreu se a manutenção da prisão é necessária ou não.

A realização desta audiência de custódia também visa a diminuição da população carcerária. Afinal, em contraposição à simples leitura de um auto de prisão em flagrante, o contato mais próximo com o preso proporcionado pela realização da audiência de custódia permite elevar o nível de cientificidade da autoridade judiciária, que terá melhores condições para fazer a triagem daqueles flagranteados que efetivamente devem ser mantidos presos.³⁴

Quanto ao prazo que o preso deve ser apresentado, existe controvérsias. O pacto de São José da Costa Rica não determina a apresentação imediata, mas sim sem demora à presença de um juiz. O estado de São Paulo há está fazendo em 24 horas, o CNJ prevê que a audiência seja realizada em até 72 horas, o estado do Maranhão quando implementou esta modalidade de oitiva na capital São Luis, estabeleceu 48 horas contadas da comunicação da prisão, ou seja, há divergências quanto ao prazo que seria razoável para esta apresentação, cabendo ao congresso nacional quando da aprovação do PL 554/2011 estabelecer um prazo nem tão curto que inviabilize o procedimento, nem tão elástico que comprometa sua finalidade.

5 PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é cabível em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial, ou ainda, de ofício pelo Juiz, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria. Referida modalidade de prisão, por trazer como consequência a privação da liberdade antes

³⁴ LIMA, op. cit., p. 928.

do trânsito em julgado, somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu iter procedimental, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade.³⁵

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: nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos; se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado; se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

5.1 PRESSUPOSTOS

A prisão preventiva está condicionada à presença do *fumus boni iuris*, aqui denominado *fumus comissi delicti* e do *periculum in mora* (*periculum libertatis*).

Com o advento da Lei 12403/2011 que alterou várias disposições do código processual penal, além do *fumus comissi delicti* (prova de materialidade e indícios suficientes de autoria) e do *periculum libertatis* (garantia da ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal), faz necessária a demonstração de ineficácia ou impossibilidade de aplicação de medidas alternativas à prisão.

O artigo 282, §6º do Código de Processo Penal é claro:

³⁵ OLIVEIRA, curso, 2014, p. 549.

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: Com a nova sistemática a regra passou a ser outras medidas cautelares e a prisão em si, a exceção.

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

5.1.1 *Fumus Comissi Delicti*

É indispensável para a decretação da prisão preventiva, já que o juiz deve atestar a materialidade do crime, exigindo-se um juízo de certeza, bem como indicio suficiente de autoria conforme artigo 312 do Código de Processo Penal.³⁶

Neste sentido Renato Brasileiro:³⁷

No tocante à materialidade, como denota a expressão prova da existência do crime constante no artigo 312 do CPP, exige-se um juízo de certeza quando da decretação da prisão preventiva. No caso de crimes que deixam vestígios, não há o que falar em indispensabilidade do exame de corpo de delito para a decretação da preventiva. Na verdade, como é cediço, o laudo pericial pode ser juntado durante o curso do processo, salvo nas hipóteses de drogas (laudo de constatação da natureza da droga- art5, 1 da Lei 11343/2006) e crimes contra a propriedade imaterial (CPP, art. 25), em que o exame de corpo de delito assume condição de verdadeira condição específica de procedibilidade.

No que tange à autoria, entretanto, exige o código a presença de indicio suficiente de autoria. Como é cediço a palavra indicio possui dois significados. Ora é usado no sentido de prova indireta, tal qual preceitua o artigo 239 do Código de Processo Penal³⁸, ora é usada no sentido de uma prova semiplena, ou seja, aquela com menor valor persuasivo.

³⁶ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indicio suficiente de autoria.

³⁷ LIMA, op. cit., p. 936.

³⁸ Art. 239. Considera-se indicio a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

5.1.2 *Periculum libertatis*

Este instituto é indispensável para decretação da medida, previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal consistente na garantia da ordem pública e econômica; aplicação da lei penal; conveniência da instrução criminal e em caso de descumprimento de outras medidas cautelares anteriormente impostas.

Assim, para decretação da prisão preventiva é necessário que apenas um dos requisitos acima esteja presente. Analisa-se o *fumus comissi delicti* e depois um dos requisitos do *periculum libertatis*.

5.1.2.1 Garantia da ordem pública

Esta expressão é de difícil definição, sendo que a ausência de referencial seguro para ela coloca em risco a liberdade individual. Na jurisprudência encontramos menção à garantia da ordem pública como sendo: comoção social, perversão do crime, credibilidade da justiça, vejamos:

ROUBO QUALIFICADO (HIPÓTESE). PRISÃO PREVENTIVA (REQUISITOS). PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA, GARANTIA DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL, ASSEGURAMENTO DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL (MERA REPETIÇÃO DE TERMOS LEGAIS). CRIMES QUE CAUSAM GRANDE COMOÇÃO À SOCIEDADE, QUE GERAM INTRANQUILIDADE SOCIAL E EXIGEM UMA RESPOSTA MAIS ADEQUADA PELAS AUTORIDADES (MOTIVAÇÃO). DECRETO (AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO). COAÇÃO (ILEGALIDADE). REVOGAÇÃO (CASO). RECURSO EM HABEAS CORPUS (PROVIMENTO).1. No ordenamento jurídico vigente, a liberdade é a regra. A prisão antes do trânsito em julgado, cabível excepcionalmente e apenas quando concretamente comprovada a existência do *periculum libertatis*, deve vir sempre baseada em fundamentação concreta, não em meras conjecturas, tampouco em repetição dos termos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. 2. O discurso judicial que se apresenta puramente teórico, carente de real elemento de convicção, não justifica a prisão. As circunstâncias de os crimes de roubo "causarem grande comoção à sociedade" ou de "gerarem intranquilidade social" não são bastantes para a segregação do recorrente, caso não tenham sido informados circunstâncias pessoais do acusado e/ou *modus operandi* excepcionais (Precedentes). RHC 53374 / PR RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2014/0286561-3. DJe 30/09/2015.

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO E FRAUDE PROCESSUAL. PRISÃO PREVENTIVA. PRESENÇA DOS SEUS MOTIVOS LEGAIS. ORDEM DENEGADA. 1. Não é ilegal a prisão cautelar, afora por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, decretada e mantida para a garantia da ordem pública, por função da intensificação, conseqüente às entrevistas à imprensa, da comoção social e do clamor público provocados pelos gravíssimos e confessados crimes pelos quais já agora estão condenados os pacientes e da necessidade de preservar a credibilidade da Justiça. Ordem denegada. HC 59674 / SP HABEAS CORPUS 2006/0111397-92. DJ 20/11/2006 p. 366.

Segundo Badaró:³⁹

Quando se prende para “garantir a ordem pública, não está se buscando a conservação de uma situação de fato necessária para assegurar a utilidade e a eficácia de um futuro provimento condenatório. Ao contrário, o que se está pretendendo é a antecipação de alguns efeitos práticos da condenação penal. No caso, privar o acusado de sua liberdade ainda que juridicamente tal situação não seja definitiva, mas provisória, é uma forma de tutela antecipada, que propicia uma execução penal antecipada.

À despeito da decretação da prisão preventiva com fundamento na ordem publica existem três correntes doutrinárias:

A **primeira** (minoritária), diz que tal modalidade não é dotada de fundamentação cautelar, servindo como antecipação do cumprimento da pena.

A **segunda** corrente de caráter restritivo entende como garantia da ordem publica um risco considerável de reiterações criminosas, ou seja, não encarcerando o agente este voltara a delinquir. Sustenta esta corrente que é a majoritária que a prisão preventiva pode ser decretada como o objetivo de resguardar a sociedade da reiteração de crimes em face da periculosidade do agente. Segundo Renato brasileiro:⁴⁰

O caráter cautelar é preservado, pois a prisão tem o objetivo de assegurar o resultado do processo, de modo a impedir que o réu possa continuar a cometer delitos, resguardando o principio da prevenção geral.

Com base neste fundamento para decretação da prisão preventiva faz-se um juízo de periculosidade do agente, demonstrando a necessidade de sua retirada do convívio em sociedade.

³⁹ BADARÓ, op. cit., p. 738.

⁴⁰ LIMA, op. cit., p. 938

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que não constituem isoladamente como fundamentos para decretação da preventiva:

- a-) clamor público, como por exemplo em casos de repercussão da mídia;
- b-) interrogado o réu, o mesmo não colaborou com a justiça;
- c-) afirmação de que o acusado possa interferir nas provas e influenciar testemunhas sem bases para tanto;
- d-) subtrair-se o acusado de anterior decreto de prisão.

Vejamos alguns julgados:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO E PRIVILEGIADO. CONDENAÇÃO. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI EM SEDE DE APELAÇÃO. MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR FUNDADA NO CLAMOR SOCIAL E NA CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES. EXCESSO DE PRAZO. 1. O clamor social e a credibilidade das instituições, por si sós, não autorizam a conclusão de que a garantia da ordem pública está ameaçada, a ponto de legitimar a manutenção da prisão cautelar do paciente enquanto aguarda novo julgamento pelo Tribunal do Júri. 2. A prisão processual, pela excepcionalidade que a caracteriza, pressupõe inequívoca demonstração da base empírica que justifique a sua necessidade, não bastando apenas aludir-se a qualquer das previsões do art. 312 do Código de Processo Penal. 3. Hipótese, ademais, em que se configura o constrangimento ilegal pelo excesso de prazo da instrução criminal, que não pode ser atribuído à defesa. Ordem concedida. HC 84662 BA DJ 22-10-2004 PP-00017 EMENT VOL-02169-03 PP-00469 LEXSTF v. 27, n. 314, 2005, p. 455-464 RTJ VOL-00193-03 PP-01050. STF.

PROCESSO PENAL. PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA. FUGA. MOTIVO. APROVEITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. GRAVIDADE DO CRIME. INSUFICIÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A prisão preventiva deve, necessariamente, ser calcada em um dos motivos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal e, por força do art. 5º, XLI e 93, IX, da Constituição da República, o magistrado deve apontar os elementos concretos ensejadores da medida.

2. A fundamentação da prisão preventiva consistente na garantia da ordem pública deve lastrear-se na grande intranquilidade social, causada pelo crime, ao ponto de colocar em risco as instituições democráticas, o que não se confunde com mera vontade popular de ver o indiciado ou réu encarcerado.

3. A posterior fuga do réu, conseqüência do decreto prisional, não pode ser aproveitada como motivo a legitimar o decisum desprovido de fundamentação.

4. **A gravidade do crime não pode servir como motivo extra legem para decretação da prisão provisória**. Precedentes do STJ e STF. HC 40178/RJ, DJ de 14/03/2005.

Por fim, a **terceira** corrente que diz que a prisão preventiva com base na ordem pública pode ser decretada com a finalidade de impedir que o agente solto volte a delinquir, dentre os adeptos está Fernando Capez, in verbis:⁴¹

A brutalidade do delito provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, de tal forma que, havendo *fumus boni iuris* não convém aguardar o trânsito em julgado para prender o indivíduo.

Independente da corrente a ser adotado, deve ficar claro por parte do Magistrado que a adoção da garantia da ordem pública como pressuposto da decretação da prisão preventiva, deve ser ampla e exaustivamente fundamentada, devendo ser rechaçadas as fundamentações genéricas.

5.1.2.2 Garantia da ordem econômica

O conceito deste requisito se assemelha ao da ordem pública, porém esta relacionado aos crimes contra a ordem econômica, que estão previstos na lei n.º 1.521/51 (crimes contra a economia popular), Lei n.º 7.134/83 (crimes de aplicação ilegal de créditos), Lei n.º 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro), Lei n.º 8.078/90 (crimes previstos no código do consumidor), Lei n.º 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo), Lei n.º 8.176/91 (crimes contra a ordem econômica), Lei n.º 9.279/96 (crimes em matéria de propriedade industrial) e Lei n.º 9.613/98 (crimes de lavagem de capitais).

Há inclusive previsão na lei de crimes contra o sistema financeiro que a prisão preventiva do acusado pode ser decretada em razão da magnitude da lesão causada sem prejuízo do disposto no artigo 312 do CPP, tratando-se de fundamento suficiente e autônomo para a ordem. Porém, o STF entende que este por si só tal lesão por si não seria motivo, vejamos:

Iniciado o julgamento de habeas corpus em que se pretende ver reconhecida a ilegalidade da prisão preventiva do paciente, acusado da prática de crime contra o sistema financeiro nacional definido na Lei dos

⁴¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 279.

Crimes de Colarinho Branco (Lei 7.492/86), fundada na magnitude da lesão causada, nos termos do art. 30 da mesma Lei ("Sem prejuízo do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a prisão preventiva do acusado da prática de crime previsto nesta Lei poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada.") e, ainda, se sustenta a nulidade do acórdão proferido pelo TRF da 3ª Região nos autos de habeas corpus, uma vez que, tendo sido solicitado o segundo adiamento por um dos advogados constituídos do réu para efeito de apresentar sustentação oral, tal pedido fora negado porquanto a sustentação oral poderia ter sido feita pelo outro patrono, presente à sessão. O Min. Sepúlveda Pertence, relator, considerando que a "magnitude da lesão", por si só, não é motivo suficiente para justificar a prisão preventiva sem a ocorrência dos requisitos do art. 312 do CPP, e que o advogado do paciente ficara impossibilitado de comparecer à sessão de julgamento devido ao prolongamento de audiência do tribunal do júri que se iniciara no dia anterior, proferiu voto no sentido de deferir em parte o pedido para cassar a prisão preventiva do paciente e anular o julgamento realizado pelo TRF da 3ª Região a fim de que outro se realize, propiciada a defesa oral, restrito, porém, o seu objeto com fundamentos alheios à prisão preventiva. HC 80.717-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 3.5.2001.(HC-80717)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADO POR HOMICÍDIO QUALIFICADO. ALEGADA NULIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA QUE FAZ REFERÊNCIA À REPERCUSSÃO NACIONAL DO CRIME, A CLAMOR PÚBLICO E À GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA NA LOCALIDADE EM QUE O CRIME FOI COMETIDO. No julgamento do HC nº 80.717, o Plenário deste Supremo Tribunal Federal reafirmou a ilegalidade da segregação, quando embasada unicamente na gravidade do fato, na hediondez do delito ou no clamor público. Nesse julgado, a corrente que prevaleceu registrou que o modo e a execução do crime, bem como a conduta do acusado antes e depois do delito, poderiam servir de respaldo para legitimar a prisão preventiva com base na ordem pública. Para tanto, é preciso que se evidencie a intranquilidade no meio social que o réu, em liberdade, poderia causar. Ainda sobre "a garantia da ordem pública", os precedentes de ambas as Turmas desta colenda Corte, e mais recentemente o Plenário, consignam a possibilidade de enquadrar-se nesse fundamento a prisão preventiva decretada com vistas a evitar que o acusado pratique novos delitos, incluindo, aí, a incolumidade física das pessoas, sobretudo daquelas que querem colaborar com a Justiça. Aplicando os precedentes jurisprudenciais a este caso, é de se afastar prontamente as referências à "repercussão de âmbito nacional" e "ao clamor público" enquanto fundamentos válidos à decretação da custódia do paciente. Resta, porém, um motivo que, pela excepcionalidade do caso, é suficiente para manter a custódia do paciente. É que o decreto prisional deixa claro o temor das testemunhas e a insegurança na localidade em que o crime foi cometido. Na espécie, a necessidade da custódia fica ainda mais evidente quando o referido decreto menciona outro elemento agravador da situação, consistente no isolamento da localidade em que o delito foi cometido e a pequena presença do Estado na região, conhecida pelos violentos conflitos fundiários. Habeas corpus indeferido. HC 84680 / PA – PARÁ. Julgamento: 14/12/2004.

5.1.2.3 Garantia da aplicação da lei penal

Tal assertiva é necessária para evitar que diante de uma provável fuga do acusado, não haja execução da pena a ser imposta. O juiz só pode decretar a prisão com este fundamento se houverem indícios de que o agente está se preparando para fugir da justiça. É uma espécie de prisão em que se assegura que a “justiça será feita”, conforme assevera Badaró:

Trata-se claramente de uma hipótese de prisão cautelar pelos fins a que se destina, assegurar a utilidade e a eficácia de um provimento condenatório que se mostra provável, diante do *fumus commissi delicti*. Tal situação tem sido denominada prisão cautelar final. Não basta, porém, morar perto da fronteira ou dispor de fácil mobilidade no território nacional ou até mesmo no exterior.

Vejamos a jurisprudência:

Por outro lado, não é tão-somente o poder de mobilidade ou de trânsito pelos territórios nacional ou internacional que justifica a medida constritiva, mas, sim, a demonstração de que o acusado intenta promover sua fuga do distrito da culpa." (HC 71.289-RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - grifei).

5.1.2.4 Conveniência da instrução criminal

Esta, visa impedir que o agente perturbe ou ameace a produção de provas, a instrução criminal, seja subornando ou ameaçando testemunhas, peritos ou ainda, ocultando ou destruindo provas.

Trata-se de uma prisão cautelar instrumental, já que a finalidade não é o processo em si mas sim os meios que levaram ao resultado final. O juiz não deve decretá-la com a finalidade de obrigar o acusado a contribuir com o processo, mas sim de evitar que ele “atrapalhe”.

Segundo Renato Brasileiro:⁴²

⁴² LIMA, op. cit., p. 947.

Ao decretar a prisão preventiva com base nesta hipótese, deve o juiz ter sempre em mente o princípio da proporcionalidade, notadamente em seu segundo subprincípio, qual seja, o da necessidade, devendo sempre questionar se não existe outra medida cautelar menos gravosa que a prisão preventiva. De fato, se uma busca e apreensão for idônea a atingir o objetivo desejado, não se faz necessária uma prisão preventiva; se a condução coercitiva do acusado para reconhecimento pessoal for apta a alcançar o fim almejado, não se afigura correto escolher medida mais gravosa consubstanciada na privação da liberdade de locomoção do acusado; se a proibição de manter contato com pessoa determinada ou monitoração eletrônica (CPP, artigo 319, III e IX)⁴³ se revelarem adequadas e idôneas para assegurar a eficácia da investigação ou da instrução criminal, deve o Magistrado evitar a decretação do cárcere ad custodiam.”

A prisão preventiva decretada com este fundamento deve perdurar até o fim da instrução processual, valendo lembrar que em delitos de competência do tribunal de júri, esta deve permanecer hígida até a inquirição das testemunhas em plenário, evitando assim constrangimentos que possam ser causados.

No mesmo sentido:

CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. RÉU FORAGIDO. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. AMEAÇA A TESTEMUNHAS. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. ORDEM DENEGADA. Hipótese na qual se sustenta a ausência de embasamento legal do decreto de prisão preventiva. Não se verifica ilegalidade na decisão que determinou a prisão do paciente, tampouco no aresto confirmatório do encarceramento, tendo em vista a conformidade com os ditames legais e a jurisprudência dominante. A fuga do réu do distrito da culpa revela sua intenção de se furtar à aplicação da lei penal, sendo suficiente para obstar a revogação da custódia cautelar. Precedentes do STJ e do STF. **A apontada ameaça a testemunhas pode ser suficiente para motivar a segregação provisória como garantia da regular instrução do feito.** Precedente. Condições pessoais favoráveis não são garantidoras de eventual direito subjetivo à liberdade provisória, quando a necessidade da prisão é recomendada por outros elementos dos autos. Ordem denegada. HC 51456 / RJ HABEAS CORPUS 2005/0210695-4 DJ 01/08/2006 p. 479.

⁴³ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

a-) Descumprimento de medidas cautelares alternativas à prisão- nova situação do *periculum libertatis*

Com o acréscimo do parágrafo único ao artigo 312 do CPP⁴⁴, trazido pela Lei 12.403/11, previu-se a possibilidade de decretação de prisão preventiva em caso de descumprimento das medidas cautelares alternativas à prisão. Assim, caso o indiciado que teve direito à este benefício, porem não cumpriu as condições impostas pode ter sua prisão preventiva decretada. Porém, não somente o descumprimento poderia ensejar o decreto.

No mesmo sentido, Badaró:⁴⁵

Não é possível aceitar que o simples descumprimento baste para que o juiz possa- ou que seria pior, deva decretar a prisão preventiva. Se assim se interpretar o dispositivo, estar-se-a diante de uma hipótese de *periculum libertatis* abstrato, independente da análise do perigo no caso concreto. Há uma variada gama de medidas alternativas à prisão, e o descumprimento de uma medida de pouca restrição não parece justificar op lege a imposição da medida excepcional. Pode ser que uma medida intermediária baste para resolver a situação a necessidade cautelar que o caso exige. Por outro lado, há casos de graves descumprimentos e hipóteses de pequenos desvios. Nestes últimos, a cumulação com outra medida ou sua substituição por uma mais gravosa, ainda que não a prisão bastaria.

Resta claro ainda que tal modalidade só será possível nos casos previstos no artigo 313 do CPP⁴⁶, por obvio.

⁴⁴ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o).

⁴⁵ BADARÓ, op. cit., p. 744.

⁴⁶ Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:
I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;
Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

5.1.2.5 Hipóteses de cabimento da prisão preventiva

Não bastam os requisitos do artigo 312, já explanados, há também necessidade de enquadrar o fato nas hipóteses do artigo 313 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Como se vê, exclui-se de plano os crimes culposos e as contravenções penais. A primeira hipótese é tratar-se de crimes dolosos punidos com pena máxima privativa de liberdade superior a 4 anos, havendo discussão acerca da consideração ou não de causas de aumento ou diminuição da pena, agravantes, atenuantes, concurso de crimes etc., devendo assim ser analisado o caso em concreto.

Ainda, se o acusado for reincidente em crime doloso aqui deve ser considerada a prescrição da reincidência, caso em que, passados 5 anos do cumprimento da pena não há o que se falar em reincidência.

O inciso III admite a prisão preventiva se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. Neste caso, a prisão deve ser decretada, desde que medidas protetivas tenham sido decretadas e descumpridas, excetuando em caso de crimes de violência domésticas que a pena seja superior a 4 anos, sendo desnecessário o descumprimento de medida pois já seria cabível com base no inciso I.

Existe ainda, o acréscimo pela Lei nº 12403/11 do parágrafo único ao artigo 313 do Código de Processo Penal, o qual prevê uma nova hipótese, sendo: quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la. Tal hipótese é autoexplicativa, já que remete ao fato de que em caso de dúvidas acerca da identificação do acusado, segundo Renato Brasileiro:⁴⁷

Para que o Estado possa deflagrar a persecução penal, é indispensável que se saiba contra quem será instaurado o processo. Individualiza-se a pessoa por meio de seu prenome, nome, apelido, estado civil, naturalidade, data de nascimento, número dos documentos, profissão, filiação, etc. Portanto, havendo dúvida sobre a identidade civil da pessoa, ou caso esta não forneça elementos suficientes para seu esclarecimento, a prisão preventiva poderá ser decretada para assegurar a aplicação da lei penal ou a conveniência da instrução criminal, evitando-se ademais, possíveis erros judiciários, por conta da instauração de processos criminais contra eventuais homônimos do autor do delito.

Assim, a decretação da prisão preventiva, em qualquer de suas hipóteses deve ser tomada com muita precisão, sendo uma das mais importantes dentre as prisões cautelares, tendo em vista sua abrangência. Trata-se de medida de extrema exceção e sua decretação deve ser feita com muita cautela e bem fundamentada com base em elementos concretos atinentes ao crime e à pessoa do acusado.

6 PRISÃO TEMPORÁRIA

A prisão temporária só pode ser decretada pelo Juiz, porém este não pode fazê-la de ofício como no caso da prisão preventiva, aqui é necessário requerimento do Ministério Público ou da Autoridade Policial. É uma medida cautelar que restringe temporariamente a liberdade de locomoção de um cidadão.

Visa esclarecer mediante investigação crimes graves, ainda na fase de inquérito. Sua duração é de cinco dias, podendo ser prorrogável por mais cinco. Entretanto, há a exceção para crimes hediondos e outros delitos considerados mais

⁴⁷ LIMA, op. cit., p. 952.

graves. Nestes, o prazo é de 30 dias, prorrogáveis por mais 30 dias. Ela é diferente da prisão preventiva, visto que, dirige-se exclusivamente à tutela das investigações policiais.

6.1 REQUISITOS

De acordo com artigo 1º da Lei nº 7.960/89 caberá prisão temporária:

- I- Quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II- Quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III- Quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (artigo 121 caput e seu § 2º); b) seqüestro ou cárcere privado (art 148 caput e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art.158 caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159 caput e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art.213 caput e sua combinação com art.223 caput e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art.214 caput e sua combinação com o art.223 caput e parágrafo único); h) rapto violento (art.219 e sua combinação com art.223 caput e parágrafo único); i) epidemia com resultado morte (art.267, §1º); j) envenenamento de água potável ou substancia alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270 caput combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art.288) todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889 de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6.368/76- substituído pela Lei 11.343/2006); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº7.492/86).

Existem na doutrina cinco correntes que divergem sobre os requisitos para o decreto da prisão temporária. A majoritária que é a quarta corrente, e afirma que só é possível decretar a prisão temporária quando houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes acima descritos, em conjunto com o fato da prisão ser imprescindível ao deslinde da investigação policial, ou ainda, na ausência de residência fixa ou identidade duvidável do acusado.

6.2 PROCEDIMENTO

A prisão temporária é decretada pelo Juiz, por representação da Autoridade Policial ou pedido do Ministério Público, com prazo de 5 dias prorrogáveis por igual período ou 30 dias prorrogáveis em determinados crimes.

Em caso de representação policial, o Ministério Público deve ser ouvido para manifestação obrigatoriamente. Devem tais pedidos estarem instruídos com indicativos suficientes da autoria por parte do acusado, além da comprovação de que a prisão é imprescindível para as investigações.

Em caso de indeferimento do pedido pelo Juiz, caberá recurso em sentido estrito, conforme artigo 581, V do Código de Processo Penal.⁴⁸ Tal inciso trata da possibilidade de preventiva, mas é bem aceito numa interpretação extensiva.

Por óbvio, esta modalidade de prisão também deve ser amplamente fundamentada, vejamos o que diz Renato Brasileiro:⁴⁹

Diante do princípio da obrigatoriedade de fundamentação da prisão pela autoridade judiciária competente (CF, art. 5, LXI c/c art. 93, IX), a decisão que decreta a prisão temporária deve ser fundamentada, sob pena de nulidade. Daí dispor o art. 2, p 2 da Lei n 7.960/89, que o despacho que decretar a prisão temporária deverá ser fundamentado e prolatado dentro do prazo de 24 horas contados a partir do recebimento da representação ou do requerimento.

6.3 PRAZO E DIREITOS DO PRESO TEMPORÁRIO

Diferente da prisão preventiva, a temporária pelo que o próprio nome já nos remete é por tempo determinado, 5 dias prorrogáveis por igual período como regra e 30 dias prorrogáveis também por igual período em casos de crimes

⁴⁸ Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante.

⁴⁹ LIMA, op. cit., p. 985.

hediondos, tortura, tráfico de drogas e terrorismo. Em ambos os casos a prorrogação só será deferida em casos de extrema e comprovada necessidade.

O prazo só começa a contar à partir da efetiva prisão e não do decreto prisional. Se antes do término do prazo da prisão temporária as investigações se concluírem a autoridade judiciária competente solicita a revogação da prisão, caso em que o Juiz decidirá, não podendo a autoridade policial o fazer de ofício.

Escoado o prazo da prisão temporária, aí sim o acusado poderá ser solto, sem necessidade de expedição de alvará de soltura, salvo em caso de prorrogação ou decreto de prisão preventiva.

Ainda, o preso temporário devem permanecer separado dos demais detentos. Na mesma esteira, Renato Brasileiro:⁵⁰

Além dos direitos e garantias constitucionais atinentes a toda e qualquer prisão cautelar, dispõe o artigo 3º caput da Lei 7.960/89, que os presos temporários deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos.

Ainda:

A realização do exame de corpo delito também é medida prevista na Lei n.º 7.960/89 (art. 2º e 3º). Trata-se de medida de salutar importância, pois serve para o resguardo do preso e da própria autoridade responsável pela prisão. Tal exame deve ser feito tanto no momento inicial da prisão quando do seu término, de modo a afastar eventual arguição de maus-tratos, tortura ou sevícias físicas sofridas durante o período de encarceramento.

7 AS FUNDAMENTAÇÕES DAS DECISÕES JUDICIAIS

O dever de se fundamentar toda decisão judicial transcende a uma garantia apenas do processo, passando a ser uma garantia constitucional.

A fundamentação não diz respeito apenas aos interessados, mas também ao Magistrado, que demonstra a sua atuação, como representante do Estado para que se verifique como está sendo aplicada a justiça. Pelo que, a motivação pode ser considerada como o principal parâmetro de legitimação interna (jurídica), e externa (democrática) da função judiciária.

⁵⁰ Ibid, p. 987.

Assim, fica claro que a fundamentação está ligada a idéia da publicidade, ou seja, os atos fundamentados devem ser públicos aos interessados e a sociedades, em regra. A publicidade, está prevista, com expressa ressalva para situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais nos arts. 5º, LX⁵¹, c/c 37, “caput”⁵², c/c art. 93, IX⁵³ da Constituição Federal e no art. 792 do Código de Processo Penal⁵⁴, sendo que a regra é a publicidade absoluta.

No que concerne à fundamentação, está prevista no art. 93, IX⁵⁵, da Constituição e no art. 381, III, do Código de Processo Penal⁵⁶. Só a fundamentação permite verificar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder e, principalmente, se esta é legítima e constitucional.

No texto do artigo 93, inc. IX, está uma garantia aos litigantes, que tem o direito de saber as razões de uma decisão de procedência ou improcedência de uma ação judicial, dando-lhes assim a possibilidade inclusive de recorrer, já que é assegurado para o controle da racionalidade da decisão judicial.

Não se trata de se esgotar tecnicamente de maneira longa e cansativa, escrevendo folhas e mais folhas discutindo de forma maçante, mas sim, explicar de maneira clara o porquê, a verdadeira motivação da decisão. Tal

⁵¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

⁵² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

⁵³ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

⁵⁴ Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

§ 1º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

§ 2º As audiências, as sessões e os atos processuais, em caso de necessidade, poderão realizar-se na residência do juiz, ou em outra casa por ele especialmente designada.

⁵⁵ IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

⁵⁶ Art. 381. A sentença conterá:

III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;

motivação através da fundamentação, não deve deixar dúvidas ao leitor, ou seja, deve ficar claro para quem lê a sentença ou decisão os motivos que levaram o Juiz a decidir desta ou daquela maneira. Não esquecendo que o dever de fundamentar do Juiz é uma faceta das diversas atribuições do Estado.

E, como bem lembra Fabrício Pozzebon⁵⁷, este dever de fundamentar tem três importantes faces no Estado Democrático e Social de Direito.

São elas:

(...) a) uma garantia de defesa contra eventuais abusos do poder estatal, uma vez que o julgador deverá explicitar os motivos que o levaram a decidir daquela forma (é um ponto de partida), além de possibilitar a interposição do recurso cabível; b) a materialização do direito subjetivo à prestação jurisdicional por parte do Estado, após um procedimento marcado por garantias, as quais deverão estar traduzidas na fundamentação; e c) dever do Estado prestá-la, assim como a educação, saúde, segurança, em primeiro e segundo grau de jurisdição, devendo o juiz atuar materialmente no sentido de sua efetivação (juiz ativo do Estado Democrático e Social de Direito), sempre sob pena de configuração de nulidade expressamente prevista no texto constitucional.

Correta a explanação, posto que a fundamentação judicial apesar de constar no artigo 93 e não no artigo 5º da Constituição Federal, trata-se de uma garantia fundamental, sendo o ponto de partida para que se analise os demais princípios constitucionais do acusado, no processo penal por exemplo.

7.1 REQUISITOS DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL

Existem alguns requisitos para que uma motivação judicial seja considerada legal, inclusive para assegurar a função de garantia fundamental que possui o dever de fundamentação de toda e qualquer atividade jurisdicional (art. 93, inc. IX, CF/88). Podemos citar como requisitos da motivação alguns aspectos fundamentais como integridade, correlação, dialeticidade e racionalidade.

A integridade está insculpida no próprio art. 93, inc. IX, da CF/88, o qual estabelece que todos “os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão

⁵⁷ POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A crise do conhecimento moderno e a motivação das decisões judiciais como garantia fundamental. In: GAUER, RUTH Maria Chittó (Coord.). **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 242.

públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, ou seja, toda decisão judicial deve ser devidamente fundamentada sob pena de não ser considerada válida.

A correlação seria uma exigência para que todos os elementos que servem de base para a decisão estejam no processo, ou seja, todo e qualquer fato, prova que servir de base para a decisão do juiz deve estar no processo.

A dialeticidade deve ser analisada a partir da ideia de contraditório no processo, ou seja tudo o que for argumentado e depois contraditado, pela outra parte deverá ser levado em consideração na decisão judicial. Como bem assevera Gomes Filho:⁵⁸

... é evidente que o discurso justificativo dessa mesma decisão não pode ser algo semelhante a um monólogo, em que são apresentados argumentos de autoridade, mas, ao contrário, deve possuir um caráter dialógico capaz de dar conta da real consideração de todos os dados trazidos à discussão da causa pelos interessados no provimento.

A racionalidade é um ponto fundamental da atividade jurisdicional já que deve-se pesar, a razão e a emoção. A motivação, aquilo que leva o Juiz a fundamentar sua decisão, não é fruto apenas de certa dose de racionalidade que é a qualidade ou estado de ser sensato, com base em fatos (jurídicos ou não) ou razão (direito).

7.2 VÍCIOS DE FUNDAMENTAÇÃO

Não observados os requisitos anteriores acerca da fundamentação, é possível que haja a configuração de determinados vícios na decisão judicial que ferem a garantia fundamental prevista no artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Um dos vícios mais graves e que violam a constituição é a inexistência de motivação, ou seja, fundamentações sem base, ou genéricas, ferindo

⁵⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2013. p. 185.

amplamente os princípios constitucionais, decisões que se baseiam única e exclusivamente no texto da lei, sem analisar efetivamente o caso em concreto.

Ainda, existe ausência de fundamentação emanando a decisão de vício quando esta se baseia apenas no argumento de uma das partes, sem observar o que alegou a parte adversária. Vejamos o que diz Gomes Filho:⁵⁹

O não-atendimento desse imperativo constitui vício de particular gravidade, pois o silêncio do discurso justificativo quanto às provas e alegações das partes revela não só a falta de uma adequada cognição, mas, sobretudo a violação de um princípio natural do processo. [...] Assim, é mais correto e adequado entender que a exigência de dialeticidade da motivação diz respeito às atividades defensivas que objetivam efetivamente provocar a decisão sobre uma questão pertinente à discussão da causa e que resultam, portanto, na ampliação da atividade cognitiva judicial.

É fundamental que a motivação seja fruto de uma racionalidade e baseado num discurso harmônico e coerente, para que possa justificar a decisão tomada. Ainda, devem ser observados os requisitos constantes no título anterior para que a decisão judicial seja válida e constitucional.

Deve-se, ainda, ter em conta que a nulidade aqui mencionada é absoluta, a qual poderá ser declarada de ofício pelos Tribunais, sem que haja necessidade de pedido dos litigantes. Pode ainda, ser declarada em qualquer tempo, pois não preclui, não sendo necessário se fazer prova do prejuízo.

Ferir o princípio constitucional do devido processo legal e o próprio art. 93, inc. IX, da Constituição Federal, por si só, já justifica a configuração de nulidade absoluta. Vejamos o que diz Gomes Filho:⁶⁰

A nulidade no caso é absoluta, pois o ato processual inconstitucional, quando não juridicamente inexistente, não pode dar lugar à nulidade relativa, uma vez que as garantias processuais-constitucionais, mesmo quando aparentemente postas em benefício da parte, visam em primeiro lugar ao interesse público na condução do processo segundo as regras do devido processo legal.

Assim, a nulidade por vício de fundamentação é absoluta, não havendo o que se falar inclusive de prova do prejuízo, eis que esta é óbvia.

⁵⁹ GOMES FILHO, op. cit., p. 188.

⁶⁰ GOMES FILHO, op. cit., p.202.

Vejamos o que diz a jurisprudência:

Ementa: RECURSO CRIMINAL. ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE 2000. DENÚNCIA. CORRUPÇÃO ATIVA ELEITORAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 299 DO CE. SENTENÇA. PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PENA "IN CONCRETO". INOCORRÊNCIA. PRELIMINARES. ARGUIÇÃO DE NULIDADE DE PROCESSUAL "AB INITIO" POR INCOMPETÊNCIA DO TRE-PB. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 01 DO REGIONAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRECLUSÃO. **ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE ABSOLUTA. INTELIGÊNCIA DO ART. 93 , IX , DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL** . SANEAMENTO PELO TRE. INADMISSIBILIDADE. MÉRITO.FATO ATÍPICO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO. PROVIMENTO DO RECURSO. ABSOLVIÇÃO. TRE-PB - RECURSO DA DECISÃO DE JUIZ ELEITORAL RCDJE 5043 PB (TRE-PB). Data de publicação: 10/12/2009

Ementa: NULIDADE DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. A fundamentação é uma exigência necessária à validade da decisão jurídica. Com este entendimento, o legislador fez constar na Constituição Federal , literalmente, a nulidade decorrente da ausência deste requisito. É o que se infere do artigo n. 93, IX, da CFRB. Destarte, não há dúvida de que como pressuposto de validade da sentença, a ausência de fundamentação acarreta a nulidade absoluta da decisão. A prestação jurisdicional apresenta-se pela fundamentação efetiva e eficiente, além de exauriente, permitindo que a parte possa ter acesso recursal às instâncias superiores, por se tratar de garantia fundamental reconhecida a todo litigante em processo judicial. As normas constitucionais e processuais determinam, que cabe ao Juiz zelar e observar pela entrega jurisdicional, ao dizer o direito ao fato concreto, procedendo-se à necessária fundamentação, uma vez no exercício de seu poder-dever. No caso dos autos, da análise da sentença proferida pelo Juízo originário, verifico ausência de fundamentação acerca dos pedidos de letras 'd', 'e', 'f' e 'g' da petição inicial uma vez que sequer foram mencionadas na fundamentação, limitando-se o juízo a indeferir os pedidos apenas no dispositivo, carecendo, portanto, de pressuposto necessário à sua validade jurídica. Desta feita, impõe-se a declaração da nulidade da sentença, por falta de fundamentação, com agressão ao inciso IX do art. 93 da CRFB/88 , porque, repito, a sentença não apreciou grande parte dos pedidos. E não havendo pronúncia a esse respeito, não podem tais matérias serem conhecidas nesta instância revisora, porque a devolução recursal em profundidade não vai a tanto, devendo os autos retornar à Vara de origem para que nova decisão seja proferida, observando-se desta feita a exigência constitucional da fundamentação (art. 93 , IX , CR). RECURSO ORDINARIO RO 207200807623003 MT 00207.2008.076.23.00-3.

A ausência de motivação substancial é considerada pela Constituição Federal (art. 93, IX)⁶¹ uma lesão de tão significativa gravidade que na própria previsão restou fixada a pena de nulidade para o caso de descumprimento. Percebe-se então que a previsão de garantia constitucional dobrada (art. 5º, inciso

⁶¹ Art. 93, IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)

LXI e art. 93, inciso IX) não foi excessiva, pois o legislador constitucional estabeleceu a motivação da decisão como alicerce da legitimação democrática da função judiciária.⁶²

7.3 CRÍTICA ÀS FUNDAMENTAÇÕES GENÉRICAS

Com o advento da Constituição Federal de 1988, em especial seu artigo 93, inciso IX *in verbis*: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)", o qual instituiu expressamente o princípio da motivação judicial.

O artigo da Carta Magna deixou claro que, para todas as decisões do Poder Judiciário, seja qual for a instância de jurisdição ou a matéria da decisão, devem ser motivadas, fundamentadas, sob pena de nulidade. A decisão do Magistrado deve expor os motivos e circunstâncias concretas que levaram o Juiz a decidir pela decretação da prisão.

O dever de motivar pressupõe duas esferas: a fundamentação em relação aos fatos e ao direito, para que uma decisão esteja devidamente fundamentada, são necessários que sejam expostos os motivos concretos e jurídicos que levaram o Juiz a decidir. Sendo que este deve, além de relatar o fundamento jurídico que o motivou, expor as reais idéias de tal determinação. Assim o Magistrado é livre para construir seu convencimento nos meios de provas existentes, mas deve fundamentar expressiva e devidamente os motivos que o levaram a tomar a sua decisão.

Mas, ainda hoje persiste e muito, decisões genéricas, sem fundamento, mormente no Processo Penal, o que acarreta diversos prejuízos ao acusado. Na justiça criminal, são comuns decisões que determinam ou mantêm prisões sem o mínimo de fundamentação, geralmente devido aos "modelos-padrão" de despacho, sem vinculação jurídica que acabam sendo nulas de pleno direito.

⁶² SOUZA NETTO, José Laurindo de. A motivação inadequada da decisão que decreta a prisão preventiva como elemento do estado de exceção. Artigo aprovado para publicação por ocasião do **1º Simpósio Internacional CONSINTER** (Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação) realizado em Barcelona nos dias 6, 7 e 8 de outubro de 2015.

É o que conclui o Excelentíssimo Desembargador Professor José Laurindo Souza Netto.⁶³

O problema da motivação incompleta conecta-se ainda com a chamada fundamentação implícita do julgado, em que o magistrado não realiza o exame de todos os argumentos traduzidos, na confiança de que os fundamentos apresentados implicitamente resolvam todas as questões. Michele Taruffo é crítico desta possibilidade de fundamentação. Para o autor italiano A fundamentação implícita é rasa, uma vez que a contraposição entre o que foi dito e não foi dito nem sempre é alternativa no Direito, ou em outras palavras, nem sempre a escolha do juiz é entre duas opções, mas sim mais frequentemente entre várias opções num largo espectro.⁶⁴

7.4 A FUNDAMENTAÇÃO DAS PRISÕES NA VISÃO CONSTITUCIONAL

A fundamentação deve ser baseada a *priori*, na Constituição e seus princípios.

O princípio é o início de algo, a sua fonte inicial. Na área jurídica, os princípios são a base para o direito. São todos os preceitos fundamentais e norteadores para o direito em si, são categorias coesas e lógicas, que refletem a própria estrutura do Estado, um momento de história e cultura, através dos seus valores sociais, que, se incorporados ao ordenamento jurídico. Deve ser baseado na Lei Maior, que é a Constituição de um Estado.

As medidas cautelares podem ferir diretamente o direito de liberdade da pessoa, pois sempre que o indivíduo é mantido preso antes ou durante o processo e, ao final da ação, acaba sendo absolvido, pode ter existido um erro judiciário que fere os direitos e garantias fundamentais do ser humano. Assim, apesar das prisões cautelares serem um “mal necessário”, pois o Estado não pode deixar de executá-las, para evitar maior acometimento de crimes, estas devem ser determinadas com extrema cautela, sempre pautadas na legalidade e atentando para os princípios constitucionais.

Segundo a Constituição Federal em seu artigo 5º:

⁶³ SOUZA NETTO, op. cit.,

⁶⁴ TARUFFO, Michele. **Cultura y Proceso**. In: Páginas sobre justicia civil. Madrid: Marcial Pons, 1975, p. 436.

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...)”.

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Tal dispositivo assegura ao acusado, ou mesmo indiciado, o direito de ser considerado inocente até que sentença penal condenatória venha a transitar formalmente em julgado, sobrevivendo, então, a coisa julgada de autoridade relativa.⁶⁵

Ainda que não visam ferir o princípio da presunção da inocência todas as decisões judiciais, devem ser fundamentadas com base no princípio da motivação judicial, bem como deve ser observado o princípio da dignidade da pessoa humana, visando não levar ao cárcere desnecessariamente o acusado, sendo que a decretação de uma prisão cautelar deve ser medida de extrema exceção, visando a constitucionalidade do ato.

A constituição de 1988 assegura entre os direitos e garantias individuais que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.⁶⁶

Trata-se de uma garantia constitucional do estado de inocência, ou seja, até decisão final o cidadão é considerado inocente. O princípio da presunção da inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira respeitar a dignidade e os direitos humanos.

Assim, numa visão constitucional acerca do tema fica claro que por conta do princípio da presunção de inocência são vedadas prisões automáticas ou obrigatórias, estas, somente deverão ser decretadas/mantidas em casos extremos e desde que devidamente fundamentadas, não sendo possíveis meras presunções abstratas de fuga, presunções de periculosidade do agente e outras formas genéricas para a decretação da medida, conforme já explanado.

A Carta Magna disciplinou ainda a garantia da motivação das decisões judiciais, conforme artigo 93, IX, da CF.⁶⁷

⁶⁵ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 321.

⁶⁶ BADARÓ, op. cit., p. 21.

A motivação das decisões judiciais tem uma dupla finalidade. Sob uma ótica individualista, isto é, considerando a finalidade que a motivação desempenha no processo, levando-se em conta apenas o lado processual dos interessados, a garantia processual tem por escopo permitir o conhecimento das razões de jurisdicionar, possibilitando a impugnação da decisão e de seus fundamentos pela via recursal. Trata-se de um fundamento interno da motivação, ressaltando sua finalidade técnico-processual. Por outro lado, tendo em vista o exercício da função jurisdicional, a motivação permite o controle social sobre a atividade jurisdicional.⁶⁸ Assim, com a motivação, asseguram-se objetivos políticos, como a participação popular, a legalidade, a previsibilidade do conteúdo das decisões jurídicas, a separação dos poderes e a proteção dos direitos fundamentais.⁶⁹

⁶⁷ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

⁶⁸ BADARÓ, op. cit., p. 23.

⁶⁹ GOMES FILHO, op. cit., p. 202.

8 CONCLUSÃO

Podemos concluir com as abordagens apostas, que a determinação de uma prisão cautelar deve ser pautada na hiper fundamentação, bem como deve ser tomada com medida de extrema exceção, quando qualquer outro meio se torne ineficaz.

O dever de fundamentar transcende o direito do cidadão, passando a ser um dever do Magistrado, algo inerente à sua função como representante do Estado. A falta desta decisão devidamente fundamentada acarreta nulidade processual absoluta, ferindo diretamente os direitos constitucionais do acusado em questão.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BRASIL. **Código de processo penal**, 1941. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1989.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Audiências de custódia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298296>. Acesso em: 20.09.15.

GAUER, RUTH Maria Chittó (Coord.). **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades do proceso penal**. 6. ed. com nova jurisprudencia e em face da Lei. 9.099/95 e das leis de 1996. São Paulo: RT, 1999.

LIEBMAN, Enrico Túllio. **Manual de direito processual civil**. v.I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 113.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3 ed. Belo Horizonte: Jus Podivm, 2015, p. 895.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. _____. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. HC 78250 RJ, Relator(a):Min. MAURÍCIO CORRÊA. Julgamento: 15/12/1998. Órgão Julgador: Segunda Turma.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. A motivação inadequada da decisão que decreta a prisão preventiva como elemento do estado de exceção. Artigo aprovado para publicação por ocasião do **1º Simpósio Internacional CONSINTER** (Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação) realizado em Barcelona nos dias 6, 7 e 8 de outubro de 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28audiencia+de+custodia%29&base=baseInformativo>. Acesso em: 20.09.15.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4 ed. São Paulo: RT, 2011.