

A ocorrência dos requisitos da prisão preventiva como fator determinante para as prisões provisórias

Jean Marcelo da Rosa

Formado em Direito pela Universidade Luterana do Brasil e especializando em Direito.

Depois da vida, o que mais nos causa mais preocupação e perplexidade são as formas de restrições de locomoção da liberdade.

Partindo da premissa de que a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVII, nos diz que até trânsito em julgado todos devem ser tratados e considerados inocentes, o julgador ao decretar a prisão deve interpretar tal dispositivo de forma a filtrar ao máximo a prisão cautelar.

No sistema processual penal admitem-se duas modalidades de prisão, pode advir de decisão condenatória transitada em julgado, definitiva, que é a chamada prisão pena ou, ainda, ocorrer no curso da persecução penal, dando ensejo à prisão sem pena, também conhecida por prisão cautelar, provisória ou processual.

Antes das inúmeras reformas do CPP, como por exemplo as Leis n.º 11.719/2008 e n.º 11.689/2009, existiam cinco tipos de prisões: prisão decorrente da sentença condenatória recorrível; pronúncia; flagrante delito; cautelar e temporária.

A prisão decorrente da sentença condenatória recorrível e de pronúncia não encontra mais abrigo em nosso ordenamento jurídico, nem características fundamentais da prisão cautelar. A primeira é uma prisão nitidamente antecipatória da pena, ou sua execução provisória, que poderá ter o agente, os benefícios da lei de execuções penais. A segunda, decorrente da pronúncia, não pode ser classificada como cautelar, pois não atende aos pressupostos de cautelaridade e nem como execução provisória da pena, pois

não há ainda condenação. Desta forma, essas duas modalidades de prisões não tem natureza cautelar, não são constitucionalmente admitidas, não se enquadram nas modalidades de prisão aceitas pela constituição como exceções necessárias ao direito natural de liberdade.

Assim só podem existir, além das hipóteses de flagrante delito expressamente admitidas pela Constituição, aqueles casos em que o julgador para decretá-la, tenha de buscar assim como no flagrante os fundamentos no *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, residentes no artigo 312 do Código de Processo Penal, restando a prisão preventiva e prisão temporária, afora esses casos, a Constituição não admite prisão cautelar.

Em tese, a preventiva tem cabimento na persecução penal para apuração dos crimes dolosos apenados com reclusão. Excepcionalmente, os crimes dolosos apenados com detenção comportam a medida.

A medida pode ser decretada pelo Juiz de ofício, atendendo a requerimento do Ministério Público, do querelante ou provocado por representação da autoridade policial. A preventiva terá cabimento durante toda a persecução penal, na fase do inquérito policial, ou até mesmo antes de seu início formal, tanto nos crimes de ação pública, quanto nos de ação penal privada, desde que atendidos os requisitos legais.

Não existe prazo definido em lei para a prisão preventiva, mas deve-se respeitar o principio da razoabilidade, existia antes da reforma processual penal um entendimento jurisprudencial de que a soma global de todos os prazos processuais chegava-se a conclusão de que o estado teria oitenta e um dias para apurar a culpabilidade. Desse entendimento nasceu o prazo estipulado no artigo 1º da lei ordinária 9.303/96, que regulou o prazo máximo da prisão nos crimes organizados.

Atualmente, Lei n.º 11.689/2008 dando nova redação ao artigo 412 do CPP, determinou um prazo máximo de noventa dias para o

enceramento da primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri e a Lei n.º 11.719/2008 dando nova roupagem ao artigo 400 do CPP, estipulou um prazo máximo de sessenta dias para a realização da audiência de instrução e julgamento no procedimento comum, criando no sistema processual penal vigente novas linhas de entendimento para configuração de constrangimento ilegal por excesso de prazo para réu preso.

No que tange a prisão temporária, assim como na prisão cautelar e a oriunda de prisão em flagrante, é essencial a presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis* para que a medida seja decretada, a grande diferença está no prazo de duração, a regra geral é de cinco dias, prorrogáveis por mais cinco dias, nos crimes hediondos e assemelhados, o prazo da prisão temporária é de trinta dias, prorrogáveis por mais trinta dias, em caso de comprovada e extrema necessidade. Importante lembrar que as hipóteses de cabimento desse tipo de prisão tem um rol taxativo de delito, também não podem ser decretadas de ofício pelo Juiz.

Paulo Rangel enumera características a todos os tipos de medidas cautelares em face da constitucionalidade do processo penal. Tal sejam:

Jurisdicionalidade, só podem ser adotadas por decisão judicial fundamentadas, excepcionalmente, algumas medidas podem ser adotadas por órgão ou pessoa que não a judiciária, tais como a prisão em flagrante. Castanho de Carvalho, com outro entendimento doutrina que inclusive o flagrante delito deve ser submetido a manifestação judicial, tratando-se o flagrante de uma medida cautelar preparatória de outra medida cautelar, e citando Calamanderi, assevera que é um instrumento do instrumento; acessoriedade, ou seja, a medida cautelar segue a sorte da medida principal, dela sendo dependente, conforme o resultado do principal a medida cautelar perde sua eficácia; instrumentalidade hipotética, a medida cautelar como instrumento, de modo e de meio para se atingir e assegurar a eficácia prática da medida principal; provisoriedade, dura enquanto não for proferida a medida principal e enquanto os requisitos que autorizam estiverem

presentes, a medida cautelar tem duração limitada; e por fim a homogeneidade, a medida cautelar a ser adotada deve ser proporcional a eventual resultado da medida principal, não sendo admissível que a restrição a liberdade, seja mais severa que a sanção que será aplicada caso o procedimento principal seja julgado procedente. Assim, o mal causado durante o curso do processo deve ser proporcional com a sanção aplicada ao final.

Ainda, além das características acima referidas, devem sempre estar presentes os pressupostos (ou requisitos), o *periculum in mora* (*periculum libertatis*) e o *fumus boni iuris* (*fumus commissi delicti*) já mencionados anteriormente.

Aury Lopes Jr., ao abordar o tema em tela tece críticas as expressões *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, defende o autor que correto é afirmar que o requisito para decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito e não de um direito, ou mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência de um crime e indícios suficientes de autoria.

Em relação ao *periculum*, esclarece que esse não é requisito da prisão cautelar, mais sim seu fundamento. Os fundamentos do *periculum in mora*, não encontra espaço no processo penal, pois o fator determinante não é lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado, assim defende a adoção da expressão *periculum libertatis*, o risco do processo penal está na liberdade do imputado, podendo este em liberdade colocar em risco o normal desenvolvimento do processo, como a colheita de provas ou frustrar a execução da pena com a fuga.

Além dos requisitos *periculum libertatis* (conveniência da instrução criminal e futura aplicação da lei penal) e o *fumus commissi delicti* (quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria), existem outros fundamentos legais para a prisão preventiva, garantia da ordem pública, conferindo uma interpretação constitucional à aceção da ordem

pública, acreditando que a mesma está em perigo quando o criminoso simboliza um risco, pela possível prática de novas infrações, caso permaneça em liberdade e a garantia da ordem econômica, visa a evitar que o indivíduo, se solto estiver, continue a praticar novas infrações afetando a ordem econômica.

Estes últimos dois fundamentos, ordem econômica e ordem pública, vêm sendo rechaçado pela doutrina mais moderna. Aury Lopes Jr. e Castanho de Carvalho, defendem a inconstitucionalidade destas medidas, argumentam que não é função do judiciário proteger a ordem pública. A Constituição, no artigo 144, incumbe tal missão aos órgãos de segurança pública, da mesma sorte sofre o fundamento da ordem econômica, pois é função do Poder Executivo zelar pela tranquilidade econômica.

Referências bibliográficas:

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, Volume II. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal, 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal, 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.