

A PRISÃO PROCESSUAL FRENTE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE

Alexandre Alves dos SANTOS¹

RESUMO: Prisão processual é a privação da liberdade ambulatorial do indivíduo, sem que exista uma sentença penal condenatória definitiva. Abordaremos, de forma sucinta, as espécies de prisões cautelares existentes em nosso ordenamento jurídico. Procura-se demonstrar que a decretação de segregação cautelar deve vir devidamente fundamentada em dados concretos. Por outro lado, falaremos da necessidade dessa espécie de prisão como instrumento de combate a criminalidade, mas com a devida observância dos princípios e garantias estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Prisão Processual. Espécies de Prisão. Princípio da Não-Culpabilidade.

1 INTRODUÇÃO

Conceitua-se ou define-se prisão como sendo a privação da liberdade de locomoção, determinada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, com exceção da prisão decorrente de flagrante delito, a qual ocorre por si só.

A prisão pode ser subdividida em duas espécies, a prisão-pena ou sanção e a prisão processual, provisória ou cautelar.

A prisão-pena, ao contrário do que se pensa, é algo relativamente novo. Antes das reformas penais que marcaram o período do Iluminismo, a prisão tinha um cunho quase que exclusivamente cautelar, pois as penas tendiam a ser sanções corporais ou patrimoniais, como execuções, mutilações, banimentos e confiscos. Como regra, a prisão era utilizada apenas para assegurar a aplicação de tais penas.

¹ Discente do Curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: alexandrealves@unitoledo.br

Atualmente, a prisão-pena é um dos pilares da política de repressão criminal, embora sua eficácia seja questionável, pois é notório que, ressalvadas raras exceções, o cárcere não melhora o comportamento de ninguém.

“Sendo a liberdade um dos direitos fundamentais do homem, natural deva a Constituição preservá-la. Sabe-se que a liberdade não é o direito de alguém fazer o que bem quiser e entender, mas sim o de fazer o que a lei não proíbe” (Tourinho Filho, 2009, p. 608).

Assenta-se hoje, como fundamento da prisão-pena somente a sentença penal condenatória transitada em julgado, em cumprimento ao princípio da não-culpabilidade ou presunção de inocência, o qual se encontra expressamente previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988.

Em contraponto, temos a prisão de cunho cautelar, ou seja, de natureza processual. A prisão processual se justifica como forma de garantir à eficácia da justiça, sendo restringida a liberdade individual do acusado em nome do interesse coletivo.

Enquanto a prisão processual se reveste em juízo de cautelaridade, a prisão-pena se estabelece no juízo de culpabilidade.

Existem ainda, outras modalidades de prisão previstas em nosso ordenamento jurídico, quais sejam:

- a) prisão civil (inadimplemento voluntário e inescusável de prestação alimentícia judicialmente fixada – art.5º, LXVII e art.733 do CPC);
- b) prisão disciplinar (transgressão militar e crimes militares próprios – art.5º, LXI da CF/88);
- c) prisão administrativa (deportação, expulsão e extradição – arts. 61, 69 e 81, todos da Lei 6.815/80);
- d) prisão constitucional (estado de defesa – art. 136, §3º da CF/88 e estado de sítio – arts. 137 e 139, II, ambos da CF/88).

2 DAS ESPÉCIES DE PRISÃO PROCESSUAL

A prisão processual deve ser reservada para situações excepcionais, onde se demonstre de forma concreta a necessidade de sua decretação ou manutenção. Caso contrário, deve prevalecer a regra geral prevista em nossa magna carta, o direito a liberdade (*status libertatis*).

Qualquer que seja a espécie de prisão processual, esta somente se sustenta no binômio necessidade/fundamentação. A fundamentação está consagrada nos arts. 5º, LXI e 93, IX, da CF/88 e, especificamente, nos artigos 315, do CPP e 2º, da Lei 7.960/89. A necessidade para se decretar ou para se manter uma prisão se baseia primordialmente na presença dos requisitos da prisão preventiva (art. 312 do CPP) e, no caso da prisão temporária, dos requisitos fixados no art. 1º, I a III, da lei 7.960/89.

Atualmente temos cinco espécies de prisão cautelar, previstas em nosso ordenamento jurídico, as quais se enumeram:

- 1) prisão em flagrante (arts. 301 a 310 do CPP);
- 2) prisão preventiva (arts. 311 a 316 do CPP);
- 3) prisão temporária (Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989);
- 4) prisão decorrente de sentença ou decisão de pronúncia (art. 413, § 3º do CPP);
- 5) prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível (art. 387, § único e 393, I, ambos do CPP).

2.1 Da Prisão em Flagrante

A prisão em flagrante é medida restritiva da liberdade, possuindo natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independentemente de ordem escrita de autoridade judiciária, de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido uma infração penal.

A palavra flagrante é proveniente do latim *flagrare* (queimar) e *flagrans*, *flagrantis* (ardente, brilhante, resplandecente. Em sentido jurídico, é uma qualidade do delito, é o delito que está sendo cometido, praticado, é o ilícito patente, irrecusável, que permite a prisão do seu autor.

A prisão em flagrante é um ato administrativo (art. 301 do CPP), uma medida cautelar de natureza processual que dispensa ordem escrita (art. 5º, LXI da CF/88).

Existem várias modalidades de prisão em flagrante, sendo eles:

- 1) Próprio (real, verdadeiro ou propriamente dito) – art. 302, I e II do CPP: o agente é *surpreendido* cometendo a infração penal ou acabou de cometê-la;
- 2) Impróprio (irreal ou quase-flagrante) – art. 302, III do CPP: quando o agente é *perseguido*, logo após cometer o ilícito;
- 3) Presumido (ficto ou assimilado) – art. 302, IV do CPP: quando o agente é *encontrado*, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor do delito;
- 4) Compulsório (obrigatório) – art. 301, 2ª parte do CPP: refere-se à obrigatoriedade de ação por parte da autoridade policial e seus agentes;
- 5) Facultativo – art. 301, 1ª parte do CPP: é quando a prisão pode ser levada a efeito por qualquer pessoa do povo. Não há dever de agir, mas mera faculdade;
- 6) Forjado (fabricado, maquinado ou urdido): é o que se dá acerca de crime inexistente, no qual o particular, a autoridade policial ou seus agentes “plantam” (criam) provas contra o suposto autor que, caso fossem verdadeiras (autênticas), legitimariam a prisão e sua responsabilização criminal;
- 7) Prorrogado (diferido ou retardado) – art. 2º, II, da Lei nº 9.034/95 (Lei do Crime Organizado) e art. 53, II, da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas): é permitido que policiais retardem a intervenção, aguardando o momento mais oportuno e eficaz para prender em flagrante;
- 8) Esperado: ocorre, via de regra, nos crimes permanentes. Obtida a informação de que o agente vai praticar ou está praticando um ilícito, a autoridade policial ou seus agentes postam-se estrategicamente e prendem-no no momento em que pratica os atos de execução;

9) Provocado ou preparado: o agente é induzido ou instigado à prática da conduta penalmente ilícita, tomando o instigador as providências para que aquele seja “surpreendido na flagrância da execução”, frustrando-se ou impossibilitando-se a consumação da infração penal.

Quanto à necessidade da prisão flagrante, vejamos o entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF:

EMENTA: 1. AÇÃO PENAL. Justa causa. Reconhecimento. Superveniência de sentença condenatória. Existência de conduta típica. Prejuízo da questão preliminar. A edição de sentença condenatória, da qual se infere a existência de conduta típica imputável ao réu, prejudica-lhe a arguição de falta de justa causa à ação penal. 2. PRISÃO. Flagrante. Inexistência de estado de flagrância, quanto ao crime de tráfico. Relaxamento. Habeas corpus concedido de ofício. A inexistência de elementos que indiquem a ocorrência de qualquer das hipóteses do art. 302 do CPP impõe o relaxamento da prisão em flagrante.

(RHC 86535, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009, DJe-027 DIVULG 11-02-2010 PUBLIC 12-02-2010 EMENT VOL-02389-01 PP-00071). (grifamos).

EMENTA: AÇÃO PENAL. Tráfico de entorpecentes. Prisão em flagrante. Manutenção. Art. 44 da Lei nº 11.343/06. Insuficiência. Incidência do art. 310 do CPP. Superveniência de sentença condenatória. Negativa de apelação em liberdade fundada na necessidade de restabelecimento da ordem pública, abalada pela gravidade do crime. Inadmissibilidade. Razões que não autorizam a prisão cautelar. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF. Precedentes. Ordem concedida de ofício. A mera referência ao art. 44 da Lei nº 11.343/06, ou a suposta exigência do clamor público e da credibilidade da Justiça, para restabelecimento da ordem social abalada pela gravidade do fato, não são suficientes a manter a prisão em flagrante, que deve observar os requisitos de cautelaridade dispostos no art. 312 do CPP.

(HC 101055, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 03/11/2009, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-06 PP-00948). (grifamos).

2.2 Da Prisão Preventiva

Prisão preventiva é aquela cautelarmente decretada, por ordem escrita e fundamentada, pela autoridade judiciária competente durante o inquérito policial ou ação penal, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, desde que estejam presentes os pressupostos legais (prova da materialidade e indício

suficiente da autoria), bem como os motivos ensejadores (garantia da ordem pública/econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal), todos estabelecidos no artigo 312 do CPP.

Trata-se de prisão cautelar, de natureza processual, revestindo-se do caráter de excepcionalidade, sendo necessário demonstrar o “fumus boni iuris” e o “periculum in mora/periculum libertatis”. A prisão preventiva somente se fundamenta no binômio necessidade/fundamentação.

A título de exemplo, vejamos alguns julgados sobre a prisão preventiva, conforme transcrições abaixo:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI. COAÇÃO ILEGAL NÃO CARACTERIZADA.

a) Se o paciente, beneficiado com a liberdade provisória, descumpre as condições impostas, entre elas a de permanecer à disposição da justiça, está caracterizada a necessidade da prisão preventiva, para garantia da aplicação da lei.

b) A retomada do trâmite processual só foi possível com a prisão do agente, mais de catorze anos após a decisão de pronúncia. Demonstrada, pois, a necessidade da segregação cautelar.

c) Coação ilegal não caracterizada.

d) Ordem denegada.

(HC 129.620/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2010, DJe 15/03/2010). (grifamos).

EMENTA: AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na necessidade de restabelecimento da ordem pública e na conveniência da instrução. Exigência da repercussão social e do clamor público causados pela gravidade do delito. Inadmissibilidade. Razões que não autorizam a prisão cautelar. Precedentes. É ilegal o decreto de prisão preventiva que, a título de garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, se baseia na repercussão social e no clamor público causados pela gravidade do fato.

(HC 95362, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 10/03/2009, DJe-084 DIVULG 07-05-2009 PUBLIC 08-05-2009 EMENT VOL-02359-04 PP-00645). (grifamos).

De acordo com o artigo 313 do CPP, a prisão preventiva somente poderá ser decretada em caso de crime doloso, desde que punido com reclusão (inciso I). Se o crime doloso for punido com detenção, somente cabe a medida se o autor for vadio ou de identidade duvidosa (inciso II). Também caberá a prisão preventiva se o acusado é autor de crime doloso punido com detenção e é

reincidente por outro crime doloso (inciso III). Já se o crime for punido com reclusão, a prisão preventiva independe da condição de reincidente (conforme inciso I).

Ainda poderá ser decretada a prisão preventiva em casos de crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher (Inciso IV), visando fazer cumprir e se efetivar as medidas protetivas de urgência concedidas em favor da vítima mulher.

Importante ressaltar que, caso o agente tenha praticado o fato sob uma excludente de ilicitude/antijuridicidade, não será admitida a prisão preventiva, conforme estabelece o artigo 314 do CPP.

Interpretando extensivamente o artigo 314 do CPP, também não será decretada a prisão preventiva se o agente vier a praticar o ato sob uma causa que exclua sua culpabilidade (isenção de pena).

A justificativa se dá em razão de que tanto o agente que pratica o fato sob uma excludente de ilicitude/antijuridicidade, quanto na hipótese de tê-lo cometido sob uma excludente de culpabilidade, será absolvido sumariamente. Dessa forma, não há nenhuma lógica em decretar a prisão preventiva nessas situações (arts. 386, VI; 397, I e II e 415,IV, todos do CPP).

2.3 Da Prisão Temporária

Essa espécie de prisão processual foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, visando cumprir o art. 5º, LXI, da CF que prescreve que somente haverá prisão decretada pela autoridade judiciária competente, em decisão fundamentada e havendo necessidade da custódia para possibilitar a investigação, não se pode mais falar em “prisão para averiguação”.

A prisão temporária é uma espécie de prisão cautelar, de natureza processual, por tempo determinado, destinada a possibilitar as investigações de crimes graves, durante o inquérito policial.

Como toda prisão processual, reveste-se de excepcionalidade, sendo necessário demonstrar o “fumus boni iuris” e o “periculum in mora/periculum libertatis”. É que é decretada durante o inquérito policial e, portanto, antes do trânsito em julgado da sentença e em face do princípio da inocência ou não-culpabilidade (art. 5º, LVII da CF/88), a prisão somente deveria ocorrer após a irrecorribilidade da decisão condenatória.

De qualquer forma, a prisão temporária somente se fundamenta no binômio necessidade/fundamentação, isto é, com a demonstração cabal dos requisitos ensejadores.

Somente poderá requerer a prisão temporária, o Ministério Público, a teor do art. 2º, “caput”, da Lei 7.960/89. A autoridade policial apenas representa pelo decreto e, nesse caso, antes de decidir o juiz ouvirá o Ministério Público (art. 2º, § 1º, da Lei 7.960/89).

Os fundamentos ou requisitos são aqueles descritos nos incisos I a III, do art. 1º, da Lei 7.960/89:

1º) quando imprescindível para as investigações – se for possível conduzir as investigações com o indiciado solto, não será decretada a prisão;

2º) Indiciado sem residência fixa ou que não fornece elementos necessários para ser identificado – é que sem esses dados, tornaria difícil a investigação do crime, justificando a prisão pelo menos até que se esclareça a identidade e a residência do indiciado;

3º) Ser ele suspeito, em face de prova já produzida, da prática ou participação em qualquer dos crimes relacionados no inciso III.

Existe divergência quanto a aplicação dos requisitos/fundamentos, sendo que existem diversas correntes a respeito. Há quem diga que os requisitos são alternativos, outros afirmam que os requisitos são cumulativos.

Atualmente tem se admitido a prisão temporária, se presentes os requisitos do inciso I ou II, mais o inciso III. No entanto, em se tratando de um crime grave, como, por exemplo, qualquer crime hediondo ou equiparado, mesmo que não arrolado no inciso III, uma vez que a Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), deixa claro essa possibilidade ao dispor em seu art. 2º, § 4º que a prisão temporária,

nos casos dos crimes hediondos e equiparados, terá o prazo de 30 dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

O prazo da prisão temporária, segundo o art. 2º, “caput”, da Lei 7.960/89, será de até 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Caso se trate de crime hediondo ou assim considerado, o prazo será de até 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (art. 2º, § 4º, da Lei 8.072/90).

Vencimento o prazo inicial fixado pelo juiz, sem prorrogação ou findada esta, o preso deverá imediatamente ser posto em liberdade, sem necessidade da expedição de alvará de soltura, salvo se tiver sido decretada sua prisão preventiva (art. 2º, § 7º, Lei 7.960/89). Caso assim não proceda a autoridade, ficará sujeita a responder por crime de abuso de autoridade (art. 4º, alínea “i”, da Lei nº 4.898/65).

Segue abaixo, ementas de julgados referentes à prisão temporária:

HABEAS CORPUS. PRISÃO TEMPORÁRIA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. INDÍCIOS DE AUTORIA E IMPRESCINDIBILIDADE DA MEDIDA PARA AS INVESTIGAÇÕES. SEGREGAÇÃO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. MANDADO DE PRISÃO AINDA NÃO CUMPRIDO. PACIENTE EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO. NECESSIDADE DA PRESERVAÇÃO DA MEDIDA CONSTRITIVA EVIDENCIADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Estando a ordem de temporária fundada na presença de indícios da autoria do delito de homicídio qualificado em tese assestado à paciente e na indispensabilidade às investigações, a fim de se apurar e esclarecer devidamente a responsabilidade criminal a ela atribuída - ter sido a mandante do crime - não há o que se falar em constrangimento ilegal, pois adequadamente fundamentado o decreto segregatório.

2. O fato de o Delegado de Polícia que representou pela prisão estar sendo alvo de investigações por suspeita de envolvimento nos homicídios em questão em nada desnatura a ordem de segregação, pois além de devidamente motivada, está fundada em elementos de prova, embora extrajudicial, que lhe davam amparo.

3. O não cumprimento do mandado de prisão temporária é justificativa a mais para a preservação da medida constritiva, tendo em vista a dificuldade de continuidade e conclusão das investigações quando ausente o indiciado.

4. Ordem denegada.

(HC 122.897/AL, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 15/12/2009). (grifamos).

HABEAS CORPUS. LIMINAR. INDEFERIMENTO. SÚMULA 691 DO STF. PRISÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS E DE JUSTA CAUSA PARA A SEGREGAÇÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. CONHECIMENTO.

1. Sob pena de indevida supressão de instância, segundo orientação pacificada neste Superior Tribunal, é incabível habeas corpus contra

indeferimento de medida liminar, salvo em casos de flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada (Súmula 691/STF).

2. Constatado evidente constrangimento ilegal, decorrente da ausência de justa causa para a decretação da prisão temporária dos pacientes, impende o abrandamento do referido enunciado sumular, para se conhecer do writ.

PRISÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DA MEDIDA EXTREMA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. A privação da liberdade de qualquer pessoa antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória somente é possível em hipóteses excepcionais, expressamente previstas na Constituição Federal e regulamentadas pela legislação ordinária, nestas estando inserida a prisão temporária, prevista na Lei n. 7.960/89.

2. Não havendo na decisão judicial de primeira instância, nem na ora combatida, a indicação de fatos concretos que levassem à conclusão de que a segregação temporária mostrava-se necessária, e verificando-se que os pacientes, desde a instauração do inquérito policial, vêm colaborando para a elucidação dos fatos, evidente a ilegalidade da decretação da medida constritiva.

3. Ordem concedida para, confirmando a liminar proferida, revogar a prisão temporária dos pacientes.

(HC 134.977/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 15/03/2010). (grifamos).

2.4 Da Prisão Decorrente de Sentença ou Decisão de Pronúncia

É uma das espécies de prisão cautelar, decretada pela autoridade judiciária, na sentença que pronuncia o acusado, a qual tem conteúdo declaratório, sem julgamento do mérito, ao término da primeira fase do procedimento do Júri, tratando-se de mero juízo de admissibilidade da acusação e que apenas remete o réu para ser julgado pelo Tribunal do Júri.

Tal sentença ou decisão não condena o réu e, portanto, não lhe impõe pena. É proferida ao término da instrução nos procedimentos dos crimes dolosos contra a vida.

O procedimento do Júri é feito em três fases ou etapas:

1ª) Juízo de acusação (arts. 406 a 421 do CPP): se iniciando com o oferecimento da denúncia e se encerra com a sentença de pronúncia, constituindo o *judicium accusationis*. É a formação da culpa. Também é chamado de juízo sumário de culpa;

2ª) Preparação do julgamento (arts. 422 a 424 do CPP): possibilita às partes, arrolarem testemunhas (até 5), mencionando o caráter de imprescindibilidade (art.

461), para serem ouvidas em Plenário, juntar documentos e requerer diligências. Nessa fase, o juiz ordenará a realização das diligências pertinentes e requeridas pelas partes, visando um saneamento do processo e fará um relatório sucinto do processo. Cópia desse relatório (da pronúncia e decisões posteriores) será entregue aos jurados, logo após o compromisso (§ único do art. 472 do CPP);

3ª) Julgamento em Plenário pelo Tribunal do Júri (arts. 453 a 493 do CPP): é o juízo de mérito, também chamado de *judicium causae*, que é o julgamento da causa. Antes de chegar ao Júri, deve passar por um juízo de formação de culpa; somente após a pronúncia e a preparação é que vai a julgamento em Plenário do Júri.

O artigo 413, § 3º do CPP, permite que, ao pronunciar o réu e, portanto, encaminhá-lo para ser julgado pelo Tribunal do Júri, possa o juiz decretar sua prisão ou recomendá-lo na prisão onde se encontra. Dispõe o referido parágrafo que o juiz poderá revogar a prisão, caso já se encontre preso.

Tal prisão, mesmo que o réu possua maus antecedentes e/ou seja reincidente, somente será decretada se presentes os fundamentos da prisão preventiva (art. 312 do CPP), calcada, pois, no binômio necessidade/fundamentação. Ela não deve ser decretada simplesmente para garantir o julgamento pelo Júri, se não demonstrados os motivos que justificariam a prisão preventiva, notadamente se o réu respondeu solto ao processo.

Nesse aspecto, soa estranho o § 3º, ao dispor que o réu poderá ser solto ao ser pronunciado. Pois se estava preso em flagrante ou preventivamente, nada justificaria que, agora, proferida a decisão que admitiu fosse levado a julgamento pelo Tribunal Popular, pudesse ser posto em liberdade, pois ainda haverá instrução em Plenário e, assim, persiste a “conveniência da instrução criminal” como motivo da preventiva.

No entanto, é importante ressaltar que os fundamentos da prisão preventiva devem estar presentes no momento da Pronúncia. Para melhor compreensão, vejamos o entendimento já sedimentado no Supremo Tribunal Federal – STF:

EMENTA: 1. Prisão por pronúncia de réu já anteriormente preso: pressuposto de validade da prisão cautelar anterior. É sedimentada a jurisprudência no sentido de que, se a pronúncia, para conservar preso o

réu, cinge-se à remissão aos fundamentos do decreto de prisão preventiva anterior, a eventual inidoneidade destes contamina de nulidade a prisão processual; a fortiori, a orientação é de seguir-se quando a pronúncia silencia totalmente a respeito, como ocorreu no caso. 2. Prisão preventiva: motivação inidônea. Ausente fundamento cautelar no decreto de prisão, devem ser desprezadas, porque a ele aditado pelas sucessivas instâncias, a alegada situação peculiar do paciente - descrita posteriormente na denúncia - e, especialmente, as invocações relativas à gravidade do delito, ao clamor público e à garantia da credibilidade da Justiça que, de resto, têm sido repudiadas pela jurisprudência do STF como motivos idôneos da prisão preventiva.

(HC 83782, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 16/12/2004, DJ 25-02-2005 PP-00028 EMENT VOL-02181-01 PP-00065 LEXSTF v. 27, n. 316, 2005, p. 371-379). (grifamos).

2.5 Da Prisão Decorrente de Sentença Condenatória Recorrível

É uma espécie de prisão processual, decretada pela autoridade judiciária, na sentença que condena o acusado, ao término da instrução criminal, desde que se façam presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva.

Para alguns autores, trata-se mesmo de prisão cautelar, de natureza processual, visto que perdura até o trânsito em julgado, quando a prisão passa a ser prisão-pena ou prisão-sanção. Para outros, porém, se trata de execução provisória da pena, visto que o juiz a decreta em face das provas colhidas e para que o réu já inicie o cumprimento da reprimenda, tanto que pode ser expedida ao Juízo das Execuções Penais, a carta de guia provisória.

Se o réu respondeu ao processo em liberdade, mesmo condenado, somente justificará sua prisão provisória, se o juiz fundamentar tal decisão, isto é, demonstrar sua necessidade com a presença dos fundamentos da prisão preventiva.

A simples gravidade do crime não é justificativa. Sem isso, não existe prisão legal e a ilegal deverá ser rechaçada por meio de “habeas corpus”. Tal necessidade se consolidou com a nova redação do parágrafo único do art. 387, do CPP: “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta”.

A própria Constituição Federal de 1988 permite a prisão cautelar, desde que decretada por autoridade judiciária competente em decisão fundamentada (art. 5º, LXI). Vejamos o entendimento dos Tribunais Superiores, conforme ementas abaixo:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. NÃO CONCESSÃO. DECISÃO FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. Direito de apelar em liberdade. Não concessão. Adoção dos fundamentos do decreto de prisão cautelar, do qual se extrai que o paciente registra intensa atuação nas atividades ilícitas pelas quais foi condenado. Associação para o tráfico em nível internacional, com aquisição de cocaína da Colômbia e do Paraguai e remessa a compradores na Holanda, Espanha e Portugal. O modus operandi da quadrilha evidencia a periculosidade do paciente, justificando sua custódia cautelar para garantia da ordem pública. Ausência, portanto, de violação do princípio da presunção de inocência. Ordem denegada.
(HC 98428, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 18/08/2009, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-06 PP-01132) (grifamos).

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ROUBO QUALIFICADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RECURSO ESPECIAL ADMITIDO. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.
1. Toda prisão processual deve ser calcada nos pressupostos e requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.
2. A expedição de carta de sentença, antes do trânsito em julgado da condenação, decorrente do julgamento da apelação, sem amparo em dados concretos de cautelaridade, viola a garantia constitucional inserta no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.
3. Ordem concedida para, confirmando a liminar, assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, se por outro motivo não estiver preso, ressalvada a hipótese de surgimento de fatos que revelem a necessidade de seu encarceramento processual.
(HC 96.922/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 07/12/2009) (grifamos).

Evidentemente que não ofenderá o princípio da não culpabilidade, se a decisão se revestir dos requisitos legais, isto é, estiver calcada no binômio necessidade/fundamentação. Nessas hipóteses, nenhuma das prisões cautelares ofende o princípio constitucional da inocência.

3 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, podemos afirmar que em nosso ordenamento jurídico a regra geral é a liberdade do cidadão, conforme estabelece nossa magna carta em seu artigo 5º, incisos LVII e LXI.

Em um Estado Democrático de Direito, ninguém pode ser considerado culpado sem que exista uma sentença condenatória transitada em julgado, proferida após o devido processo legal, onde tenham sido garantidos com plenitude a ampla defesa e o contraditório.

Por outro lado, não menos verdade é que a custódia cautelar ainda é uma necessidade inafastável, pois existem situações em que é perfeitamente recomendável o encarceramento do indivíduo antes da sentença definitiva.

A custódia cautelar não é incompatível com o princípio da não-culpabilidade e com o direito a liberdade, pois nenhum direito subjetivo individual é absoluto, notadamente quando confrontado com o direito de toda uma sociedade.

No entanto, a fundamentação da decisão que determina a custódia cautelar deve se fundar em fatos concretos, não sendo admitidas meras conjecturas.

Desta forma, respeitados esses princípios, encontra-se nas prisões cautelares um valioso instrumento de combate à criminalidade, que cresce mais a cada dia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGHER, Anne Joyce (org.). **Vade Mecum acadêmico de direito**. 10ed. – São Paulo: Rideel, 2010.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. 383 p.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2009 – Presidente Prudente, 2009, 116 p.

LEITURAS complementares de processo penal. Salvador: JusPODIVM, 2008. 494 p.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. 926 p.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed., rev. e atual. até 31 de dezembro de 200 São Paulo: Atlas, 2006-2008. 818 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 1087 p.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. 968 p.