

**O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A DECRETACÃO DA PRISÃO  
PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR<sup>1</sup>**

Este trabalho teve por escopo analisar esta **perfeita** decisão do Superior Tribunal de Justiça, abaixo transcrita:

*"Com efeito, as medidas alternativas à prisão preventiva não pressupõem, ou não deveriam pressupor, a inexistência de requisitos ou do cabimento da prisão preventiva, mas sim a existência de uma providência igualmente eficaz (idônea, adequada) para o fim colimado com a medida cautelar extrema, porém com menor grau de lesividade à esfera de liberdade do indivíduo. É essa, precisamente, a ideia da subsidiariedade processual penal, que permeia o princípio da proporcionalidade, em sua máxima parcial (ou subprincípio) da necessidade (proibição de excesso): o juiz somente poderá decretar a medida mais radical - a prisão preventiva - quando não existirem outras medidas menos gravosas ao direito de liberdade do indiciado ou acusado por meio das quais seja possível, com igual eficácia, os mesmos fins colimados pela prisão cautelar. Trata-se de uma escolha comparativa, entre duas ou mais medidas disponíveis - in casu, a prisão preventiva e alguma(s) das outras arroladas no artigo 319 do CPP - igualmente adequadas e suficientes para atingir o objetivo a que se propõe a providência cautelar. Desse modo, é plenamente possível que estejam presentes os motivos ou requisitos que justificariam e tornariam cabível a prisão preventiva, mas, sob a influência do princípio da proporcionalidade e a luz das novas opções fornecidas pelo legislador, deverá valer-se o juiz de uma ou mais das medidas indicadas no artigo 319 do CPP, desde que considere sua opção suficiente e adequada para obter o mesmo resultado - a proteção do bem sob ameaça - de forma menos gravosa. Vale dizer, cabível a prisão preventiva, não há dúvida de que poderia magistrado decretá-la, pondo a salvo, assim, o bem*

---

<sup>1</sup> Rômulo de Andrade Moreira é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Membro fundador do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (atualmente exercendo a função de Secretário). Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), FUFBA e Faculdade Baiana. Autor das obras "Curso Temático de Direito Processual Penal" e "Comentários à Lei Maria da Penha" (em coautoria com Issac Guimarães), ambas editadas pela Editora Juruá, 2010 (Curitiba); "A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares" (2011), "Juizados Especiais Criminais – O Procedimento Sumaríssimo" (2013) e "A Nova Lei de Organização Criminosa", publicadas pela Editora LexMagister, (Porto Alegre), além de coordenador do livro "Leituras Complementares de Direito Processual Penal" (Editora JusPodivm, 2008). Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

ameaçado pela liberdade do agente. No entanto, em avaliação criteriosa, cuja iniciativa não deve juiz olvidar, poderá ele entender que, para a mesma proteção ao bem ameaçado pela liberdade do agente, é adequado e suficiente proibir, por exemplo, o indiciado ou acusado de ausentar-se do País. E, para implementar e tornar mais segura a eficácia de tal cautela, o magistrado providenciará a comunicação da decisão às autoridades de fiscalizar as saídas do território nacional e intimará o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 horas, nos termos do artigo 320 do CPP. No exemplo citado por hipótese, ao indiciado ou acusado poderá ainda ser imposta a monitoração eletrônica (inciso IX do artigo 319 do CPP), restrição à liberdade que, somada à retirada do passaporte, assegurará, de modo tão idôneo e eficaz quanto a prisão preventiva, porém com carga coativa menor, a proteção do bem ameaçado pela liberdade plena do indiciado ou réu. Semelhante opção judicial produzirá o mesmo resultado cautelar - evitar a fuga do réu e o consequente prejuízo à aplicação da lei penal - sem a necessidade de suprimir, de modo absoluto, a liberdade do acusado. Além do menor custo pessoal e familiar da medida - pois o não-recolhimento à prisão do réu o poupa, bem assim seus entes mais próximos, de um sofrimento desnecessário - o Estado também se beneficia com essa escolha, porquanto preserva vultosos recursos, humanos e materiais, indispensáveis à manutenção de alguém sob custódia, a par de diminuir-se os riscos e malefícios inerentes a qualquer encarceramento (lesões corporais, tortura, ou mesmo homicídio, eventualmente cometidos por outros presos ou por carcereiros, transmissão de doenças infecto-contagiosas, criminalização do preso, estigmatização, etc). Nessa diretriz é também a doutrina de Andrey Borges de Mendonça: A nova legislação deixa bastante claro que qualquer medida cautelar pessoal somente pode ser decretada se demonstrada, concretamente, a sua real e efetiva necessidade, para tutela de algum bem jurídico do processo ou da sociedade. Os fundamentos que antes se aplicavam apenas para a prisão preventiva (art. 312 do CPP), agora são ampliados para toda e qualquer medida cautelar pessoal. Assim sendo, não há qualquer distinção de finalidade entre a prisão preventiva e as demais medidas cautelares: todas buscam proteger a tríplice finalidade indicada (para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais). Somente se presentes tais fins - que representam a própria cautelaridade de qualquer medida é que se poderá decretar uma medida cautelar. Em outras palavras, todas as medidas cautelares buscam a mesma finalidade de proteção aos interesses do processo ou da própria sociedade. (Prisão e outras medidas cautelares pessoais, São Paulo, Editora Método, 2011, p. 31). E mais. A cabeça do artigo 282 do CPP evidencia que "as medidas cautelares previstas neste Título [o que inclui, desse modo, tanto a prisão quanto as outras medidas cautelares e a liberdade provisória] deverão ser aplicadas observando-se a: I- necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II- adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado." O primeiro inciso é muito claro ao mencionar os mesmos motivos ou circunstâncias que, na letra do artigo 312, primeira parte, autorizam a decretação da prisão preventiva. Esses motivos emanam da necessidade de sacrificar a liberdade do investigado ou acusado, por representar ela um perigo (*periculum libertatis*) à investigação ou instrução do processo (cautela instrumental), à aplicação da lei penal (cautela final) ou à ordem pública ou econômica (medida de defesa social). Sendo assim, tanto a prisão preventiva (*stricto sensu*) quanto as demais medidas cautelares pessoais introduzidas pela Lei n. 12.403/11 destinam-se a

*proteger os meios (a atividade probatória) e os fins do processo penal (a realização da justiça, com a restauração da ordem jurídica e da paz pública e, eventualmente, a imposição de pena ao condenado ou a absolvição do inocente), ou, ainda, a própria comunidade social, ameaçada pela perspectiva de novas infrações penais. O que varia, portanto, não é a justificativa ou a razão final da cautela, mas a dose de sacrifício pessoal decorrente de cada uma delas. Destarte, decretar a prisão preventiva ou determinar, v.g., o recolhimento domiciliar noturno tem, na sua ratio essendi, igual preocupação em proteger o processo, a jurisdição e a sociedade, variando apenas a quantidade - se é que assim podemos nos referir - da liberdade (total ou parcial) retirada do âmbito de disponibilidade do investigado ou acusado. Isso equivale a dizer que os motivos justificadores da prisão preventiva são os mesmos que legitimam a determinação do recolhimento noturno ou qualquer outra das medidas cautelares a que alude o artigo 319 do CPP, sendo equivocado condicionar a escolha de uma dessas últimas ao não cabimento da prisão preventiva. Na verdade, a prisão preventiva é, em princípio, cabível, mas a sua decretação não é necessária, porque, em avaliação judicial concreta e razoável, devidamente motivada, considera-se suficiente para produzir o mesmo resultado a adoção de medida cautelar menos gravosa. Logo, a dicção normativa do artigo 321, ao condicionar, se for o caso, a imposição das medidas cautelares - observados os critérios constantes do artigo 282 do Código - a que estejam "ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva", suscita a seguinte indagação: com base em quê será autorizada a providência cautelar menos gravosa, dentre as previstas no artigo 319? Haja vista que os requisitos das cautelares indicados no artigo 282, I, se aplicam a quaisquer das medidas previstas em todo o Título IX do CPP, não será periculum libertatis - que também justifica uma prisão preventiva - o fundamento para autorizar, por exemplo, a proibição de o réu manter contato com uma testemunha (inciso III do artigo 319 do CPP) que se diz ameaçada pelo acusado para não depor contra ele? Decerto que nem todas as medidas cautelares possuem os mesmos requisitos exigidos para a decretação da medida restritiva extrema. Forçoso, então, concluir que pode ser cabível uma medida cautelar pessoal qualquer e não ser cabível a prisão preventiva. Deveras, para a decretação de uma prisão preventiva, é mister, nos termos do artigo 313, inciso I, do CPP, que o crime seja punido com pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos, ou que se trate de uma das hipóteses previstas nos incisos II e III, bem como no parágrafo único, do mesmo dispositivo. Já para a decretação de uma das medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP, a única vedação que se faz é quanto à infração "a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade." (artigo 283, § 1º, do CPP). Assim, os requisitos que autorizam a decretação de uma prisão preventiva podem justificar a imposição das medidas cautelares referidas no artigo 319 do CPP mas os requisitos que autorizam essas medidas nem sempre serão bastantes para impor ao indiciado ou acusado uma prisão preventiva. Por isso que, nessa medida, não só o artigo 321 do CPP é passível de crítica, na forma alhures esposada, mas também o § 6º do art. 282 do mesmo diploma legal, consoante o escólio de Gustavo Henrique Badaró: O novo sistema de medidas cautelares pessoais deixa claro que as medidas cautelares alternativas à prisão são preferíveis em relação à prisão preventiva, dentro da ótica de que sempre se deve privilegiar os meios menos gravosos e restritivos de direitos fundamentais. Sendo necessária a imposição de alguma medida cautelar para tutelar o processo, seja quanto à instrução criminal, seja quanto ao seu resultado final, a primeira opção deverá ser uma medida cautelar alternativa à prisão (CPP, art. 319 e 320). Somente quando nenhuma das medidas*

*alternativas for adequada às finalidades assecuratórias que o caso exige, seja pela sua aplicação isolada, seja por sua imposição cumulativa, é que se deverá verificar o cabimento da medida mais gravosa, no caso, a prisão preventiva. Nesse sentido é que deve ser interpretado o novo § 6º do art. 282: “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível sua substituição por outra medida cautelar art. 319)”. A preferibilidade das medidas cautelares alternativas à prisão tem, como reverso da moeda, a excepcionalidade da prisão preventiva. A prisão preventiva é a extrema ratio, somente podendo ser determinada quando todas as outras medidas alternativas se mostrarem inadequadas. A redação do § 6º do art. 282 do CPP, porém, não é isenta de críticas. Por primeiro, merece registro o ato falho do legislador que parece ainda ter em mente que o sistema de medidas cautelares tem seu epicentro na prisão preventiva, seu astro-rei, em torno do qual gravitam as medidas cautelares. Mais grave do que tal mentalidade ter inspirado o legislador, será se tal forma de pensar continuar a influenciar as decisões judiciais. O magistrado que permanecer raciocinando a partir da prisão preventiva, como primeira, principal e referencial medida, que eventualmente poderá ser “substituída” por “outra medida cautelar”, tal qual um “favor judicial” ou um “benefício” generosamente concedido ao acusado, estará violando o caráter subsidiário da prisão e o reconhecimento da liberdade do acusado como regra no processo. A redação do dispositivo deveria ser, portanto, “quando não for cabível medida cautelar diversa da prisão (art. 319) o juiz poderá determinar a prisão preventiva”. A premissa equivocada é a origem da segunda crítica: “as outras medidas cautelares” do art. 319 não são medidas “substitutivas” da prisão, mas medidas “alternativas” à prisão preventiva, como já destacado. Não se trata de caso em que se podia impor a prisão, mas já se mostrava adequada medida diversa da prisão preventiva, sendo, pois, excessivo o encarceramento. Por tal motivo, o § 6º do art. 282 não deveria se referir a “substituição por outra medida cautelar”. A prisão não será substituída, porque não poderá ser imposta! Se a prisão não é concretamente adequada, deverá ser aplicada, inicial e preferencialmente, apenas medida alternativa à prisão preventiva (CPP, art. 282, § 6º). (Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403/2011, Antonio Magalhães Filho...[et al.]; coordenação Og Fernandes, São Paulo, Editora RT, 2011, pp. 222-223, destaquei). Ou, novamente, nas palavras de Andrey Borges de Mendonça: Nesta mesma linha, o art. 282, § 6º, assevera que a “prisão preventiva será determinada quando não for possível a sua substituição por outra medida cautelar”, nos termos do art. 319 do CPP. Assim, se houver medida adequada diversa da prisão para sanar o risco, deverá o magistrado dar preferência a ela. Em outras palavras, deve o magistrado percorrer todo o rol de medidas cautelares alternativas à prisão, estabelecidas no art. 319, e somente decretar a custódia preventiva e temporária quando insuficientes aquelas medidas. Agora o legislador foi ainda mais claro e incisivo: a prisão deve ser a exceção. A liberdade, a regra. (Ob. cit. p. 46, destaquei). Na mesma diretriz, Antônio Magalhães Gomes Filho, na obra já citada da coordenadoria do Ministro Og Fernandes, ao comentar os incisos do art. 282 do CPP:(...) De qualquer forma, o legislador brasileiro, ao fazer referência no novo texto do art. 282, caput, I, do CPP, fornece critérios para orientar o raciocínio judicial deve ser realizado na escolha da medida cautelar mais apropriada ao caso, e justamente por isso, devem ser observados e reproduzidos na obrigatória motivação do provimento. (Ob. cit. p. 43, destaquei). Em suma é possível concluir que a reforma abandona o sistema bipolar - prisão ou liberdade provisória - e passa a trabalhar com várias alternativas à prisão, cada qual adequada a regular o caso concretamente examinado, sendo cogente ao juiz natural da*

*causa observar, nos moldes do art. 282 do CPP:1. se a plena liberdade do investigado ou acusado representa um risco(periculum libertatis) que justifica a necessidade da cautela, para resguardar a aplicação da lei penal, a investigação ou a instrução criminal, ou, nos casos expressamente previstos para evitar a prática de infrações penais;2. se está presente o pressuposto básico de qualquer cautela, ou seja, prova da existência de um crime e indícios suficientes de autoria(fumus comissi delicti);3. a adequação da medida à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado.No caso ora examinado, constato que, nada obstante tenha a defesa do paciente requerido expressamente a substituição da prisão preventiva por medida(s) a ela alternativa(s), com fulcro no artigo 319 do CPP, os órgãos jurisdicionais de origem nada proveram a esse respeito, omitindo-se de decidir sobre ponto fundamental relacionado à liberdade do ora paciente.Confirma-se o que assevera o decisum de 2º grau:Alega o impetrante que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal consistente na decretação de sua prisão preventiva sem a fundamentação concreta dos motivos ensejadores da necessidade da imposição da medida extrema, não sendo suficientes a gravidade abstrata do delito e o clamor público.Salienta que o Juízo “a quo” também deixou de esclarecer os motivos pelos quais não foram aplicadas medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP.Sustenta que o recebimento da denúncia não é requisito hábil para decretação ou manutenção da custódia cautelar. Ressalta que o paciente é primário, com bons antecedentes, residência fixa, ocupação lícita, família constituída e nega veementemente a prática do delito, afirmando que não esteve no local dos fatos e que a carteira de habilitação que ensejou o reconhecimento fotográfico, havia sido extraviada em data anterior ao ocorrido.Das cópias trazidas pelo impetrante, depreende-se que L. C. foi denunciado como incurso no artigo 157, § 2o, incisos I e II, do Código Penal, sendo decretada sua prisão preventiva quando do recebimento da exordial,Conforme pesquisa obtida através do sistema INTINFO, ora juntada, verifica-se que o paciente foi preso aos 29/09/2013. No entanto, a providência liminar em habeas corpus é excepcional, razão pela qual está reservada para os casos em que avulta flagrante o constrangimento ilegal. E essa não é a hipótese dos autos. Em que pesem às alegações do impetrante, o reconhecimento convicto da vítima E. de que L. C. foi um dos autores do delito, precisamente aquele que estava como garupa da moto e a abordou com um revólver, anunciando o assalto e assumindo a direção do carro, e a sua fuga no momento da abordagem por policiais militares, dois dias após os fatos, deixando para traz a sua carteira de habilitação e pertences da vítima, demonstram a presença de indícios de autoria e materialidade delitiva, tornando desaconselhável, por ora, sua soltura. Ademais, a análise do preenchimento, ou não, dos requisitos legais autorizadores da custódia provisória revela-se inadequada à esfera de cognição sumária que distingue a presente fase do procedimento.). **Rogério Schietti Machado Cruz - Relator. . 6.ª Turma HC 282.509 j. 19.11.2013 - public.22.11.2013).***

Como se sabe, foi promulgada a Lei nº. 12.403/2011 que alterou substancialmente o Título IX do Livro I do Código de Processo Penal. O novo art. 282 estabelece que as medidas cautelares previstas em todo o Título IX deverão ser aplicadas observando-se um dos seguintes requisitos: a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais (**periculum libertatis**).

Além destes requisitos (cuja presença não precisa ser cumulativa, mas alternativamente), a lei estabelece critérios que deverão orientar o Juiz no momento da escolha e da intensidade da medida cautelar, a saber: a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do indiciado ou acusado (**fumus commissi delicti**). Evidentemente, merecem críticas tais critérios, pois muito mais condizentes com as circunstâncias judiciais a serem aferidas em momento posterior quando da aplicação da pena, além de se tratar de típica opção pelo odioso Direito Penal do Autor.<sup>2</sup>

Procura-se, portanto, estabelecer neste Título os requisitos e os critérios justificadores para as medidas cautelares no âmbito processual penal, inclusive no que diz respeito às prisões provisórias, incluindo-se a prisão temporária, “*pois são regras abrangentes, garantidoras da sistematicidade de todo o ordenamento.*”<sup>3</sup> Ademais, a prisão temporária encontra-se prevista neste Título IX do Código de Processo Penal (art. 283).

Assim, quaisquer das medidas cautelares estabelecidas neste Título (repetimos: inclusive as prisões provisórias codificadas ou não) só se justificarão quando presentes o **fumus commissi delicti** e o **periculum libertatis** (ou o **periculum in mora**, conforme o caso) e só deverão ser mantidas enquanto persistir a sua necessidade, ou seja, a medida cautelar, tanto para a sua decretação quanto para a sua manutenção, obedecerá à cláusula **rebus sic stantibus**.

Dispõe a lei que as medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente<sup>4</sup> e 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.

Observa-se que as medidas cautelares só poderão ser decretadas de ofício pelo Juiz durante a fase processual; antes, no curso de uma investigação criminal, apenas quando instado a fazê-lo, seja pelo Ministério Público, seja pela Polícia. Ainda que tenha sido louvável esta limitação, parece-nos que no sistema acusatório é sempre inoportuno deferir ao Juiz a iniciativa de medidas persecutórias, mesmo durante a instrução criminal. É absolutamente desaconselhável permitir-se ao Juiz a possibilidade de, **ex officio**, ainda que em Juízo, decidir acerca de uma medida cautelar de natureza criminal (restritiva de direitos, privativa de liberdade, etc.), pois que lembra o velho e pernicioso sistema inquisitivo<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Neste mesmo sentido Pierpaolo Cruz Bottini, “Medidas Cautelares – Projeto de Lei 111/2008”, in *As Reformas no Processo Penal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 458.

<sup>3</sup> Pierpaolo Bottini, ob. cit., p. 457.

<sup>4</sup> Segundo Pierpaolo Bottini, “*no caso de aplicação cumulativa, a razoabilidade exige que as medidas sejam compatíveis, que possam ser aplicadas ao mesmo tempo, pelo que, a despeito do previsto no texto, a cautelar de prisão será sempre aplicada isoladamente.*” (ob. cit. p. 460).

<sup>5</sup> Interessante transcrever um depoimento de Leonardo Boff, ao descrever os percalços que passou até ser condenado pelo Vaticano, sem direito de defesa e sob a égide de um típico sistema inquisitivo. Após ser

Mas, não vamos agora discutir a competência do Juiz no Sistema Acusatório (até porque esta discussão já está enfadonha) De toda maneira não se pode admitir que uma mesma pessoa (o Juiz), ainda que ungido pelos deuses, possa avaliar como “*necesário um ato de instrução e ao mesmo tempo valere a sua legalidade. São logicamente incompatíveis as funções de investigar e ao mesmo tempo garantir o respeito aos direitos do imputado. São atividades que não podem ficar nas mãos de uma mesma pessoa, sob pena de comprometer a eficácia das garantias individuais do sujeito passivo e a própria credibilidade da administração de justiça. (...) Em definitivo, não é suscetível de ser pensado que uma mesma pessoa se transforme em um investigador eficiente e, ao mesmo tempo, em um guardião zeloso da segurança individual. É inegável que ‘o bom inquisidor mata o bom juiz ou, ao contrário, o bom juiz desterra o inquisidor’*”.<sup>6</sup>

Claro que há efetivamente certo distanciamento dos postulados do sistema acusatório, mitigando-se a imparcialidade<sup>7</sup> que deve nortear a atuação de um Juiz criminal, que não se coaduna com a determinação pessoal e direta de medidas cautelares. “*Este sistema se va imponiendo en la mayoría de los sistemas procesales. En la práctica, ha demostrado ser mucho más eficaz, tanto para profundizar la investigación como para preservar las garantías procesales*”, como bem acentua Alberto Binder.<sup>8</sup>

Com inteira razão Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: “*a questão é tentar quase o impossível: compatibilizar a Constituição da República, que impõe um Sistema Acusatório, com o Direito Processual Penal brasileiro atual e sua maior referência legislativa, o CPP de 41, cópia malfeita do Codice Rocco de 30, da Itália, marcado pelo princípio inquisitivo nas duas fases da persecutio criminis, logo, um processo penal regido pelo Sistema Inquisitório. (...) Lá, como é do conhecimento geral, ninguém duvida que o advogado de Mussolini, Vincenzo Manzini, **camicia nera** desde sempre, foi quem escreveu o projeto do Codice com a cara do regime (...)*”<sup>9</sup>

Continuando...

Caso haja descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o Juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público,

---

moral e psicologicamente arrasado pelo secretário do Santo Ofício (hoje Congregação para a Doutrina da Fé), Cardeal Jerome Hamer, em prantos, disse-lhe o brasileiro: “*Olha, padre, acho que o senhor é pior que um ateu, porque um ateu pelo menos crê no ser humano, o senhor não crê no ser humano. O senhor é cínico, o senhor ri das lágrimas de uma pessoa. Então não quero mais falar com o senhor, porque eu falo com cristãos, não com ateus.*” Por uma ironia do destino, depois de condenado pelo inquisidor, Boff o telefonou quando o Cardeal estava à beira da morte, fulminado por um câncer. Ao ouvi-lo, a autoridade eclesiástica desabafou, chorando: “*Ninguém me telefona... foi preciso você me telefonar! Me sinto isolado (...)* Boff, vamos ficar amigos, conheço umas pizzarias aqui perto do Vaticano...” (in Revista Caros Amigos – As Grandes Entrevistas, dezembro/2000).

<sup>6</sup> Lopes Jr., Aury, Investigação Preliminar no Processo Penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 74.

<sup>7</sup> Como diz o Professor da Universidade de Valencia, Juan Montero Aroca, “*en correlación con que la Jurisdicción juzga sobre asuntos de otros, la primera exigencia respecto del juez es la de que éste no puede ser, al mismo tiempo, parte en el conflicto que se somete a su decisión.*” (Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de Funciones Procesales, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 186).

<sup>8</sup> Iniciación al Proceso Penal Acusatorio, Buenos Aires: Campomanes Libros, 2000, p. 43.

<sup>9</sup> O Núcleo do Problema no Sistema Processual Penal Brasileiro, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n.º. 175, junho/2007, p. 11.

de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, ***em último caso***, decretar a prisão preventiva, nos termos do art. 312, parágrafo único do Código de Processo Penal. **Observa-se que a lei é expressa ao considerar a prisão cautelar (incluindo-se a temporária) como ultima ratio. É imposição legal a excepcionalidade da prisão provisória, que somente deverá ser decretada quando não for absolutamente cabível a sua substituição por outra medida cautelar. E na respectiva decisão, esta imprescindibilidade deve restar claramente demonstrada, nos termos do art. 93, IX da Constituição.**

Como dissemos acima, a medida cautelar decretada poderá ser revogada ou substituída quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a ser decretada, se sobrevierem razões que a justifiquem (é a conhecida cláusula **rebus sic stantibus**). Aqui também, deve-se atender à exigência constitucional do contraditório, na forma do § 3º. do art. 282.

Aliás, a propósito, a prisão temporária, disciplinada na Lei nº. 7.960/89, nada mais é do que aquela famigerada prisão para averiguações, hoje legalizada. Se do ponto de vista formal pode-se até concluir que a antiga prática foi regularizada, sob o aspecto material, indiscutivelmente, continua a mácula aos postulados constitucionais. Como bem notou Paulo Rangel, “*no Estado Democrático de Direito não se pode permitir que o Estado lance mão da prisão para investigar, ou seja, primeiro prende, depois investiga para saber se o indiciado, efetivamente, é o autor do delito. Trata-se de medida de constrição da liberdade do suspeito que, não havendo elementos suficientes de sua conduta nos autos do inquérito policial, é preso para que esses elementos sejam encontrados. (...) Prender um suspeito para investigar se é ele, é barbárie. Só na ditadura e, portanto, no Estado de exceção. No Estado Democrático de Direito havendo necessidade se prende, desde que haja elementos de convicção quanto ao **periculum libertatis**.*”<sup>10</sup>

Veja-se a preocupação dos juristas espanhóis Gimeno Sendra, Moreno Catena e Cortés Dominguez, segundo os quais não se pode “*atribuir a la medida cautelar el papel de instrumento de la investigación penal.*”

Dizem eles que “*sin duda alguna, esa utilización de la prisión provisional como impulsora del descubrimiento del delito, para obtener pruebas o declaraciones, ha de rechazarse de plano, pues una concepción de este tipo excede los límites constitucionales, y colocaría a la investigación penal así practicada en un lugar muy próximo a la tortura indagatoria.*”<sup>11</sup>

Esta lei padece de vício de origem, pois ela foi criada pela Medida Provisória nº. 111/89 quando deveria sê-lo, segundo a doutrina constitucional então dominante, obrigatoriamente, por lei em sentido formal, votada pelo Congresso Nacional. Como observou Alberto Silva Franco, esta lei “*originou-se de uma medida provisória baixada pelo Presidente da República e, embora tenha sido convertida em lei pelo Congresso Nacional, representou uma invasão na área da*

<sup>10</sup> Direito Processual Penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, 7ª. ed., pp. 643/644.

<sup>11</sup> Ob. cit., p. 524.

*competência reservada ao Poder Legislativo. Pouco importa a aprovação pelo Congresso Nacional da medida provisória.”<sup>12</sup>*

A propósito, tramita no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4980 contra a Medida Provisória 497/2010, convertida na Lei 12.350/2010. O autor da ação, o Procurador-Geral da República afirma na inicial que, ainda que em caráter de excepcionalidade, o STF admite o controle de constitucionalidade dos requisitos para a edição de uma medida provisória – relevância e urgência. E *“a conversão [da MP em lei] não tem o condão de convalidar a norma originalmente viciada”*, sustenta. Reporta-se, neste contexto, a decisões da Suprema Corte no julgamento das ADIs 3330 e 3090, relatadas, respectivamente, pelos ministros Ayres Britto (aposentado) e Gilmar Mendes. A lei derivada da MP 497/2010 inseriu em seu texto uma alteração no artigo 83 da Lei 9.430/1996. Tal artigo disciplina o envio da representação fiscal para fins penais ao Ministério Público, fixando a necessidade de prévio esgotamento das instâncias administrativas. A MP – e a Lei 12.350/2010, que resultou da sua conversão –, incluiu no artigo os crimes contra a Previdência Social, previstos nos artigos 168-A e 337-A do Código Penal. A PGR alega inconstitucionalidade no que se refere aos crimes de natureza formal, especialmente o de apropriação indébita previdenciária (artigo 168-A do CP), por ofensa aos artigos 3º; 150, inciso II; 194, caput e inciso V, e 195 da Constituição Federal, bem como ao princípio da proporcionalidade, sob a perspectiva da proteção deficiente. Observa que a MP 497 *“violou a limitação à edição de medida provisórias, contemplada no artigo 62, parágrafo 1º, inciso I, letra “b”, da CF, ao tratar de matéria penal e processual penal, vedada por tal dispositivo. A PGR lembra que a alteração do artigo 83 da Lei 9.430/1996 originou-se, segundo a exposição de motivos que acompanhou a MP, da necessidade de ajustar a legislação previdenciária ao tratamento normativo conferido aos demais tributos. Serviria para corrigir uma omissão surgida por ocasião da criação da Secretaria da Receita Federal do Brasil ou Super-Receita, em 2007, no sentido de uniformizar o procedimento adotado para os crimes previdenciários com aquele adotado para os crimes tributários. No entanto, segundo a Procuradoria, de 2007 a 2010 passaram-se três anos, o que não sustenta o argumento da inexistência de tempo hábil, a título de urgência, para regulamentar a matéria por lei ordinária. “Em verdade, aproveitou-se a edição da medida provisória que versa sobre questão verdadeiramente urgente e relevante – a realização da Copa do Mundo e da Copa das Confederações, no Brasil – para inserir dispositivo absolutamente estranho à matéria”, afirma a autora. Presentes os pressupostos – fumaça do bom direito e perigo na demora de uma decisão –, a PGR pede a concessão de liminar para suspender a eficácia do artigo 83 da Lei 9.430/1996, com a alteração promovida pela Lei 12.350/2010, no que se refere aos crimes formais, especialmente o de apropriação indébita previdenciária. No mérito, pede a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo. Subsidiariamente, requer seja dada interpretação conforme a Constituição ao texto impugnado para declarar que os delitos formais, sobretudo o de apropriação indébita previdenciária, consumam-se independentemente do exaurimento da esfera administrativa. O relator da ação, Ministro Celso de Mello, adotou ao caso o rito abreviado previsto no artigo 12 da Lei 9.868/1999 (Lei das ADIs). Desse modo, o processo será apreciado pelo Plenário do STF diretamente no mérito, sem prévia análise do pedido de liminar. O Ministro determinou também que a Presidência da República, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal prestem informações sobre a norma questionada, no prazo de dez dias.*

---

<sup>12</sup> Crimes Hediondos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª. ed., 2000, p. 357.

**Portanto, é direito do réu aguardar em liberdade o seu recurso interposto, inclusive os recursos constitucionais, nada obstante o disposto no art. 27 da Lei n.º 8.038/90, não aplicável nos processos criminais, não impedindo que, excepcionalmente, aguarde-se preso o julgamento, caso no acórdão condenatório mantenha-se ou se decrete fundamentadamente a prisão provisória; neste último caso, terá o acusado direito à fruição dos benefícios da Lei de Execução Penal, à vista do disposto no seu art. 2.º, bem como no Enunciado 716 da súmula do Supremo Tribunal Federal e na Resolução n.º 19/2006 do Conselho Nacional de Justiça**<sup>13</sup>.

Pois bem.

Feitos tais prolegômenos, passemos a analisar as novas (?) disposições sobre a prisão preventiva. Aqui, foram modificados os arts. 311 a 315, restando incólume apenas o art. 316 que continua a estabelecer a cláusula **rebus sic stantibus** em relação à prisão preventiva.

O primeiro dos artigos deste Capítulo estabelece que em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. Observa-se que a prisão preventiva só poderá ser decretada de ofício pelo Juiz durante a fase processual; antes, ou seja, no curso de uma investigação criminal, apenas quando instado a fazê-lo, seja pelo Ministério Público, seja pela Polícia (como se sabe, na fase inquisitorial não há querelante nem assistente).

**Relembre-se, por fim, “que a custódia cautelar constitui exceção, por afetar o direito de ir e vir, sendo impossível admitir a execução antecipada da pena. Com efeito, determinou que Tribunal Estadual apreciasse a possibilidade de aplicação das medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP, em substituição à prisão preventiva de acusado de peculato, fraude em licitação e formação de quadrilha. A decisão foi proferida em processo cujo acusado teve sua prisão temporária decretada pelo prazo de cinco dias, em razão do inciso I e III da Lei 7.960/89, mas como fugiu o TJ converteu a temporária em preventiva, nos termos do Art. 312 do CPP. Inconformado recorreu ao STJ fundamentando seu pedido na falta de justa causa para a custódia cautelar, obtendo êxito.” (Fonte: BRASIL. STJ, 5ª Turma, HC 229194/RN, rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), julgado em 15 de mai. 2012. Disponível em: <http://migre.me/9bWak>. Acesso em 23 de mai. 2012).**

<sup>13</sup> Sobre o direito de apelar em liberdade, inclusive quando se interpõe recurso especial e extraordinário, veja o que escrevemos em nosso Curso Temático de Direito Processual Penal, Curitiba: Juruá, 2010, págs. 809 e segs. Neste sentido, atentemos para a lição de Ada Pellegrini Grinover, segundo a qual esta norma “visa a regulamentar os recursos de forma genérica, não sendo aplicável, quanto aos efeitos prisionais, à esfera penal.” (apud Roberto Delmanto Junior, in As modalidades de prisão provisória e o seu prazo de duração, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 206). Também Paganella Boschi, para quem este parágrafo “endereça-se unicamente aos processos cíveis, porque nestes a execução provisória da sentença, mediante caução pelo autor, é perfeitamente admissível. Jamais as sentenças proferidas nos processos criminais, por implicar ofensa aberta, direta e frontal à garantia da presunção de inocência, antes citada.” (Revista de Estudos Criminais n.º. 05, Porto Alegre: Editora NotaDez, 2002).

Também a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu parcialmente Habeas Corpus (HC) 110008, para que C.R.C. responda em liberdade a ação penal a que responde na Justiça de Minas Gerais, onde foi denunciado pela suposta prática de crimes no âmbito de um grupo dedicado à exploração e comercialização ilegal de carvão vegetal, denominado “máfia do carvão”. Contudo, a Turma determinou ao juiz de primeiro grau responsável pela condução do processo na comarca de Monte Azul (MG) que adote as medidas necessárias de forma a impedir que o acusado continue atuando dentro do mencionado grupo. O ministro Gilmar Mendes, relator do caso, deferiu liminar em agosto de 2011 para suspender a prisão preventiva do acusado, sem prejuízo de que o juízo de origem analisasse a aplicação de medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP). Ao votar hoje pela confirmação da liminar, o ministro negou seguimento (julgou inviável) a algumas alegações da defesa, entre elas a de usurpação da competência da polícia judiciária e da autoridade judiciária pelo Ministério Público. O ministro afastou a prisão cautelar, entretanto, tendo em vista a fundamentação genérica do juiz de primeiro grau, baseada principalmente na gravidade abstrata de crimes imputados a C.R.C. Quanto à determinação ao juiz de origem para que adote medidas concretas para evitar a reiteração delituosa, a Turma acolheu proposta da ministra Cármen Lúcia. Ela chamou atenção para a gravidade da situação na região Norte de Minas Gerais, onde atua a chamada “máfia do carvão”. A ministra disse que a região já está devastada e, além disso, não há policiamento suficiente para coibir a prática criminosa. Assim, a Turma converteu em determinação uma faculdade anteriormente dada ao juiz de primeiro grau, no sentido de que adote, em relação a C.R.C., medidas cautelares diversas da prisão. A decisão foi unânime.

Bem a propósito, o Ministro Teori Zavascki concedeu liminar no Habeas Corpus nº. 120722, impetrado por G.D.C. e J.C.T.S., presos preventivamente sob a acusação da prática de crime de tráfico internacional de animais silvestres. Na avaliação do Ministro, embora os fundamentos do decreto de prisão preventiva estejam, genericamente, apoiados em elementos idôneos, pois a restrição da liberdade dos acusados busca evitar a reiteração criminosa e a destruição de provas, tal medida se mostra desnecessária e inadequada ao caso, consideradas as suas peculiaridades. *“Com relação ao receio de reiteração delitiva, verifica-se que os fatos imputados na denúncia e no decreto de prisão preventiva teriam ocorrido em 2009. Não há, desse modo, a necessária atualidade a justificar uma medida constritiva desta natureza, ainda mais se considerado o fato de a restrição da liberdade constituir a última opção extrema em termos de medida cautelar”*, observou. O Ministro lembrou ainda que o artigo 319 do CPP coloca à disposição do juiz outras medidas, diversas da prisão, visando aos mesmos objetivos. *“Impõe-se ao julgador, assim, não perder de vista a proporcionalidade da medida cautelar a ser aplicada no caso”*, afirmou. Citando decisão no Habeas Corpus nº. 95009, relatado pelo Ministro Eros Grau, o Ministro Teori Zavascki apontou que, *“tendo o juiz da causa autorizado a quebra de sigilos telefônicos e determinado a realização de inúmeras buscas e apreensões, com o intuito de viabilizar a eventual instrução da ação penal, torna-se desnecessária a prisão preventiva do paciente por conveniência da instrução penal”*.

No mesmo sentido, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, rejeitou os embargos de declaração do Ministério Público em que alegava que a Corte teria

extrapolado os limites das deliberações admitidas em sede de Habeas Corpus, além de ter suprido instância ao aplicar medidas cautelares sobre as quais o juiz singular não havia se manifestado. A relatora dos embargos, Juíza de Direito Substituta em Segundo Grau, Lilian Romero, sustentou em sua decisão que: "*O Código de Processo Penal, após as alterações promovidas pela Lei 12.403/2011, passou a prever, além da prisão preventiva, também outras medidas cautelares em meio aberto, diversas da prisão, elencadas no seu art. 319.*" E acrescentou: "*Frequentemente, a adoção de outras providências basta para restabelecer ou garantir a ordem pública, ou para assegurar a higidez da instrução criminal e evitar a não aplicação da lei penal.*" A magistrada ressaltou ainda que: "*Com a máxima vênia, se a Corte concluir que uma das medidas do art. 319 do CPP for necessária, adequada e suficiente para acautelar o direito tutelado, tornando despicienda a prisão provisória, deve ela reconhecer o constrangimento ilegal e, concomitantemente ao afastamento da custódia aplicar a medida diversa cautelar de meio aberto.*" (Embargos de Declaração nº 963.939-4/01 – Fonte: Tribunal de Justiça do Paraná).

Continuam sendo requisitos para a prisão preventiva: a) garantia da ordem pública (desgraçadamente); b) garantia da ordem econômica (idem, mas menos mal); c) por conveniência da instrução criminal; d) para assegurar a aplicação da lei penal. Além destes, podem ser também indicados como requisitos legais para a decretação da prisão preventiva, nos termos da nova lei, os seguintes: a) o descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (tal como já previsto no art. 282, § 4º); b) a garantia para a execução de medidas protetivas de urgência estabelecidas em relação a determinadas vítimas (mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência).

Aqui está consubstanciada a necessidade indispensável para a decretação da prisão preventiva, o chamado **periculum libertatis**.

Lamentavelmente continuamos a ter como um dos requisitos para a decretação da prisão preventiva a “*garantia da ordem pública*”, conceito por demais genérico e, exatamente por isso, impróprio para autorizar uma custódia provisória que, como se sabe, somente se justifica no processo penal como um provimento de natureza cautelar (presentes o **fumus commissi delicti** e o **periculum libertatis**). Há mais de dois séculos Beccaria já preconizava que “*o réu não deve ficar encarcerado senão na medida em que se considere necessário para o impedir de escapar-se ou de esconder as provas do crime*”<sup>14</sup>, o que coincide com dois outros requisitos da prisão preventiva em nosso País (*conveniência da instrução criminal e asseguaração da aplicação da lei penal*).

Decreta-se a prisão preventiva no Brasil, muitas vezes, sob o argumento de se estar resguardando a ordem pública, quando, por exemplo, quer-se evitar a prática de novos delitos pelo imputado ou aplacar o clamor público. Não raras vezes vê-se prisão preventiva decretada utilizando-se expressões como “*alarmas social causado pelo crime*” ou para “*aplacar a indignação da população*”, e tantas outras frases (só) de efeito.

<sup>14</sup> Dos Delitos e das Penas, São Paulo: Hemus, 1983, p. 55 (tradução de Torrieri Guimarães).

A respeito, veja-se a preocupação dos juristas espanhóis Gimeno Sendra, Moreno Catena e Cortés Domínguez:

*“Tampoco puede atribuirse a la prisión provisional un fin de prevención especial: evitar la comisión de delitos por la persona a la que se priva de libertad. La propia terminología más frecuentemente empleada para expresar tal idea – probable comisión de ‘otros’ o ‘ulteriores’ delitos – deja entrever que esta concepción se asienta en una presunción de culpabilidad. (...) Por las mismas razones no es defendible que la prisión provisional deba cumplir la función de calmar la alarma social que haya podido producir el hecho delictivo, cuando aún no se ha determinado quién sea el responsable. Sólo razonando dentro del esquema lógico de la presunción de culpabilidad podría concebirse la privación en un establecimiento penitenciario, el encarcelamiento del imputado, como instrumento apaciguador de las ansias y temores suscitados por el delito. (...) La vía legítima para calmar la alarma social – esa especie de ‘sed de venganza’ colectiva que algunos parecen alentar y por desgracia en ciertos casos aflora – no puede ser la prisión provisional, encarcelando sin más y al mayor número posible de los que **prima facie** aparezcan como autores de hechos delictivos, sino una rápida sentencia sobre el fondo, condenando o absolviendo, porque sólo la resolución judicial dictada en un proceso puede determinar la culpabilidad y la sanción penal.”<sup>15</sup>*

Ressaltamos que o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Nelson Jobim, deferiu em parte a liminar pedida no **Habeas Corpus** nº. 84548, pois considerou que o decreto de prisão preventiva do acusado teria se desviado dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, por lhe faltar as indicações do que consiste a periculosidade do paciente e a quais riscos a ordem pública estaria exposta se ele respondesse à ação penal em liberdade, salientando, outrossim, que o entendimento do STF não permite que clamor público sirva como fundamento para a prisão preventiva. Ele observou que o acusado sempre colaborou com a instrução criminal e as investigações. Assim, o Ministro deferiu a liminar para revogar a prisão preventiva, se por outro motivo o acusado não estiver preso.

Na Itália, o Juiz de Instrução Criminal do Tribunal de Pádua, Palombarini, assim decidiu acerca da prisão preventiva:

*“Pena e prisão preventiva têm diversa natureza jurídica, diferentes objetivos, diversa função... Para decidir se uma certa garantia individual deve aplicar-se a um determinado instituto, é necessário atender, em primeiro lugar, à incidência do mesmo instituto sobre a esfera do indivíduo. Ora a prisão preventiva – embora diversa, como se disse, da pena – traduz-se para o indivíduo numa restrição total de sua liberdade. Diferentes os institutos, idênticos os valores em jogo e o perigo de lesão do fundamental direito da liberdade.”<sup>16</sup>*

Em outra oportunidade, a 1ª. Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu **habeas corpus** (Processo nº. 84778) a um servidor público que responde a processo pela prática de três crimes de concussão (art. 316 do Código Penal). O Ministro Sepúlveda Pertence, relator do processo, concedeu a ordem para

<sup>15</sup> Derecho Procesal Penal, Madrid: Colex, 3ª. ed., 1999, pp. 522/523.

<sup>16</sup> **Apud** Américo Taipa de Carvalho, Sucessão de Leis Penais, Coimbra Editora, 1990, p. 251.

revogar o decreto de prisão preventiva e permitir que o réu aguarde o julgamento da apelação em liberdade. Consoante Pertence, não há como falar em conveniência da instrução criminal se esta já terminou, nem invocar a garantia da ordem pública para não comprometer a imagem do Poder Judiciário. "*Já repisei minha convicção acerca da ilegitimidade constitucional da prisão preventiva fundada na necessidade de satisfazer a ânsias populares de repressão imediata em nome da credibilidade das instituições públicas, dentre elas o Poder Judiciário*", afirmou. Para o Ministro, tais considerações "*desvelam o abuso da prisão processual para fins não cautelares, seja o de antecipação da pena, que aborrece a presunção da não-culpabilidade, seja a instrumentalização do encarceramento do acusado para a popularização do Judiciário, que repugna o princípio fundamental da dignidade humana*". Por fim, sustentou o relator não ser motivo idôneo para a prisão preventiva a invocação da gravidade do crime ou o prestígio e a credibilidade do Judiciário. O voto do ministro-relator foi acompanhado pelos demais integrantes da Primeira Turma.

Em um outro caso, um advogado acusado de participar da organização que operava fraudes fiscais no ramo do comércio de combustíveis respondeu às acusações em liberdade. A decisão foi tomada pela 1ª. Turma do Supremo Tribunal Federal. Nesta oportunidade, todos os Ministros da Turma seguiram o voto do relator, Ministro Sepúlveda Pertence, salientando "*que o Supremo tem negado a manutenção de prisão preventiva quando o motivo é a invocação da gravidade do crime imputado*." O Ministro Marco Aurélio sustentou que "*há de se aguardar a comprovação do fato criminoso a cargo do Ministério Público para posteriormente ter-se as conseqüências*." (HC nº. 85068).

Em outra decisão recente, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, concedeu duas liminares, em **habeas corpus**, a dois condenados por seqüestro, emasculação e assassinato de menores em Altamira, no Pará, entre 1989 e 1992. Nas decisões monocráticas, o Ministro Marco Aurélio destacou que os condenados são réus primários, têm bons antecedentes e estão presos há mais de um ano. Afirmou que a circunstância de os condenados viverem em unidades da Federação diversas daquela em que foram julgados não é motivo para ensejar, por si só, a custódia, "*afigurando-se o recolhimento como execução precoce, açodada, temporã do título judicial, sujeito ainda a modificação, em face da recorribilidade ordinária*", observando, ainda, que "*o barulho da turba, a repercussão dos acontecimentos na sociedade, na mídia, não podem servir à execução precoce da pena*". (HC-85223).

Também a 1ª. Turma do Supremo Tribunal Federal confirmou liminar do Ministro Eros Grau que concedeu liberdade provisória para um policial acusado de assassinar um Delegado da Polícia Civil em Minas Gerais. O Ministro Eros Grau, ao deferir o pedido de **habeas corpus** e libertar o acusado, afirmou que os fundamentos no clamor público e na repercussão do caso não são "idôneos" para a manutenção da prisão preventiva. Na decisão, ele relacionou julgamentos do Supremo nesse sentido. (HC-85046).

Ainda sobre este requisito da "ordem pública", anota Bruno César Gonçalves da Silva (no artigo intitulado: "*Uma vez mais: da 'Garantia da ordem pública' como fundamento de decretação da prisão preventiva*"):

*"Entre os juristas brasileiros que se insurgiram contra a prisão preventiva com fundamento na "garantia da ordem pública", destaca-se*

*Gomes Filho (1991), que demonstrou-nos não possuir a idéia de "ordem pública" caráter instrumental relacionado com os meios e fins do processo, veja-se: À ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação da liberdade adotadas como medidas de defesa social; fala-se, então, em "exemplaridade", no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade; ou, ainda, em prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitar novos crimes; uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuadamente propenso a práticas delituosas ou, ainda, indicar a possível ocorrência de outras, relacionadas à supressão de provas ou dirigidas contra a própria pessoa do acusado. (GOMES FILHO, 1991, p. 67-68). Delmanto Júnior (1998), comentando a decretação da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, considera ser indisfarçável que nesses termos a prisão preventiva se distancia de seu caráter instrumental - de tutela do bom andamento do processo e da eficácia de seu resultado - ínsito a toda e qualquer medida cautelar, servindo de instrumento de justiça sumária, vingança social etc. (DELMANTO JUNIOR, 1998, p.156). sim, dúvida não resta que falta à prisão preventiva decretada com base na "garantia da ordem pública" caráter instrumental inerente a toda medida cautelar, pois, esta visa assegurar os meios e os fins do processo, ao passo que na "ordem pública" não se vislumbra este caráter, não possuindo tal expressão limites rígidos para a sua definição, dando azo ao arbítrio e a casuísmos na restrição da liberdade. O apelo à forma genérica e retórica da "garantia da ordem pública" representa a possibilidade de superação dos limites impostos pelo princípio da legalidade estrita, propiciando um amplo poder discricionário ao juiz com "uma destinação bastante clara: a de fazer prevalecer o interesse da repressão em detrimento dos direitos e garantias individuais". (GOMES FILHO, 1991, p. 66)."*

E conclui este autor:

*“A garantia da ordem pública não possui caráter cautelar propriamente dito, tendo na verdade finalidades que ora são meta-processuais, ora são exclusivas das penas. As interpretações dadas à expressão "garantia da ordem pública" são violadoras do princípio da presunção de inocência, pois, ou desconsideram a avaliação da necessidade da medida, ou se fundam em presunções e antecipações do juízo de culpabilidade. Devemos na interpretação e aplicação das medidas cautelares, nos libertarmos dos resquícios do autoritarismo e assimilarmos a nova orientação constitucional, lembrando-nos sempre que, dentro deste novo paradigma, os fins nunca podem justificar os meios.”*

Não esqueçamos, igualmente, que o art. 30 da Lei nº. 7.492/86, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, estabelece estupidamente mais uma possibilidade de se decretar a prisão preventiva: a “*magnitude da lesão causada*”, termo que, assim como “ordem pública”, é por demais genérico e, por conseguinte, desaconselhável em se tratando de norma privativa da liberdade.

Nada obstante esta observação, o certo é que a jurisprudência vem reiteradamente decretando a prisão preventiva com fulcro neste requisito, salvo raríssimas exceções, como essas:

*“TRF 4ª REGIÃO - HABEAS CORPUS Nº. 2004.04.01.017015-1/PR (DJU 09.06.2004, SEÇÃO 2, P. 634, J. 18.05.2004) -*

*RELATOR: Des. Federal JOSÉ LUIZ B. GERMANO DA SILVA - Não obstante o art. 30 da Lei nº 7492/86 determine que a prisão preventiva do acusado da prática de crime contra o sistema financeiro nacional poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada, sua legitimação depende da satisfação dos pressupostos insculpidos no art. 312 do CP.”.*

*“A elevada monta da sonegação fiscal não justifica a decretação da prisão preventiva do agente, tratando-se, sim, de elemento a ser considerado por ocasião da dosimetria da pena, em eventual condenação.” (TRF 3ª R. 2ª T. - RSE 2008.61.05.008828-2 – rel. Nelton dos Santos – j. 21.07.2009 – DJU 06.08.2009).*

A propósito, vejamos a lição de Ronald Dworkin:

*“O direito penal poderia ser mais eficiente se desconsiderasse essa distinção problemática e encarcerasse homens ou os forçasse a aceitar tratamento sempre que isso parecesse ter probabilidade de reduzir crimes no futuro. Mas isso, como sugere o princípio de Hart, significaria cruzar a linha que separa tratar alguém como ser humano e como nosso próximo e tratá-lo como um recurso para o benefício dos outros. Para as convenções e práticas de nossa comunidade, não pode haver insulto mais profundo que esse. O insulto é da mesma grandeza quando o processo recebe o nome de punição ou tratamento. É verdade que algumas vezes impomos restrições e submetemos a tratamento um homem apenas porque acreditamos que ele não tem controle sobre sua conduta. Fazemos isso com base em leis que regem a custódia de civis e, de modo geral, após um homem ter sido absolvido de um crime sério com base numa alegação de insanidade. Mas devemos reconhecer o compromisso de princípio que essa política implica. Deveríamos tratar um homem contra a sua vontade apenas quando o perigo que ele representa é real e não sempre que calculamos que o tratamento poderá reduzir a ocorrência de crimes, se for adotado.”<sup>17</sup>*

Também é importante salientar ser incabível a decretação da prisão preventiva quando a medida protetiva de urgência tiver um caráter eminentemente civil, como, por exemplo, as medidas previstas no art. 24 da Lei nº. 11.340/06 (Lei Maria da Penha). Tal afirmação decorre do fato que a prisão preventiva, em tais casos, decorreria de um inadimplemento de natureza cível, não passível de prisão (como se sabe, a prisão civil só é legítima constitucionalmente quando se trata de alimentante faltoso).<sup>18</sup>

Em relação ao **fumus commissi delicti**, a prisão preventiva, em regra, só poderá ser decretada em relação aos supostos autores de crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, a não ser se o indiciado ou acusado tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado (ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Código Penal), ou se o delito 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 (aqui está um requisito específico para esta última

<sup>17</sup> “Levando os Direitos a Sério”, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 18/19.

<sup>18</sup> Neste sentido, Rogério Sanches Cunha, “Prisão e Medidas Cautelares”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 151.

hipótese). 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 (neste aspecto, atente-se ao disposto nos arts. 2º. e 3º., da Lei nº. 12.037/2009<sup>19</sup>).

**Observa-se, portanto, que, excepcionalmente a prisão preventiva só será decretada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, nos termos do art. 282.**

**Obviamente, que deve ser observado o princípio da proporcionalidade<sup>20</sup>, perfeitamente exigível quando se trata de estabelecer requisitos e pressupostos para a prisão provisória; não se pode prender preventivamente quando, muito provavelmente, não haverá aplicação de uma pena privativa de liberdade quando da sentença condenatória.**

Como ensina Alberto Bovino, não é possível “*que a situação do indivíduo ainda inocente seja pior do que a da pessoa já condenada, é dizer, de proibir que a coerção meramente processual resulte mais gravosa que a própria pena. Em conseqüência, não se autoriza o encarceramento processual, quando, no caso concreto, não se espera a imposição de uma pena privativa de liberdade de cumprimento efetivo. Ademais, nos casos que admitem a privação antecipada da liberdade, esta não pode resultar mais prolongada que a pena eventualmente aplicável. Se não fosse assim, o inocente se acharia, claramente, em pior situação do que o condenado.*”<sup>21</sup>

Entendemos, pois, incabível a decretação da prisão preventiva naqueles casos, pois, “*não obstante o fato de ocorrer exclusivamente em sede parlamentar a atuação do princípio da proporcionalidade, isso não significa que as disposições normativas penais não possam ser submetidas a um eventual controle constitucional acerca da proporção nelas contidas. Não apenas isto é permitido, mas, acima de tudo, é recomendável quando alguma dúvida houver neste sentido.*”<sup>22</sup>

Com o mesmo entendimento, Gimeno Sendra, Moreno Catena e Cortés Domínguez, advertem que “*las medidas cautelares son homogéneas, aunque no idénticas, con las medidas ejecutivas a las que tienden a preordenar.*”<sup>23</sup>

Segundo Humberto Ávila, “*um meio é proporcional quando o valor da promoção do fim não for proporcional ao desvalor da*

<sup>19</sup> Em nosso Curso Temático de Direito Processual Penal (Curitiba: Juruá, 2010), analisamos esta lei.

<sup>20</sup> Como afirma Denilson Feitoza Pacheco, “*a importância da afetação negativa causada pela medida cautelar pessoal deve estar justificada pela importância da realização do fim perseguido por essa intervenção no direito fundamental.*” (O Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 261).

<sup>21</sup> **Apud** Rogerio Schiatti Machado Cruz, “Prisão Cautelar – Dramas, Princípios e Alternativas”, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 100.

<sup>22</sup> Mariângela Gama de Magalhães Gomes, “O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 213.

<sup>23</sup> Derecho Procesal Penal, Madri: Editorial Colex, 3ª. ed., 1999, p. 475.

*restrição dos direitos fundamentais. Para analisá-lo é preciso comparar o grau de intensidade da promoção do fim com o grau de intensidade da restrição dos direitos fundamentais. O meio será desproporcional se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais.”<sup>24</sup>*

Antonio Scarance Fernandes: “(...) Se o réu apenas pode ser considerado culpado após sentença condenatória transitada em julgado, a prisão, antes disso, não pode configurar simples antecipação de pena, somente se justificando quando tiver natureza cautelar. Em suma, qualquer prisão durante o processo, para não haver ofensa ao princípio da presunção de inocência, deve ter natureza cautelar e não pode significar antecipação de pena, pois esta, necessariamente, deve ocorrer de sentença condenatória transitada em julgado.”<sup>25</sup>

O entendimento esposado decorre da incidência do princípio da homogeneidade, tratado com bastante propriedade por Paulo Rangel<sup>26</sup>:

*“A homogeneidade da medida é exatamente a proporcionalidade que deve existir entre o que está sendo dado e o que será concedido. Exemplo: admite-se prisão preventiva em um crime de furto simples? A resposta é negativa. Tal crime, primeiro, permite a suspensão condicional do processo. Segundo, se houver condenação, não haverá pena privativa de liberdade face à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos. Nesse caso, não haveria homogeneidade entre a prisão preventiva a ser decretada e eventual condenação a ser proferida. O mal causado durante o curso do processo é bem maior do que aquele que, possivelmente, poderia ser infligido ao acusado quando do seu término. Entendemos, em uma visão sistemática do sistema penal como um todo, que, nos crimes de médio potencial ofensivo, ou seja, aqueles que admitem a suspensão condicional do processo (cf. art. 89 da Lei 9.099/95,) não mais se admite prisão cautelar.”*

Em sentido convergente, é o escólio de Roberto Delmanto Júnior<sup>27</sup>: “Aliás, a garantia constitucional de que o acusado não pode ser considerado culpado antes de passada em julgado a condenação jamais poderia admitir interpretação que acabasse por impor-lhe encarceramento com intensidade mais grave daquele que lhe seria infligido caso ele fosse realmente considerado culpado”.

Vejamos a doutrina estrangeira, a começar por Julian Lopez Masle e Maria Inês Horvitz: “(...) el principio de inocência no excluye, de plano, la posibilidad de decretar medidas cautelares de carácter personal durante el procedimiento. En este sentido, instituciones como la detención o la prisión preventiva resultan legitimadas, en principio, siempre que no tengan por consecuencia anticipar los efectos de la sentencia condenatória sino asegurar fines del procedimiento”<sup>28</sup>

<sup>24</sup> Teoria dos Princípios, São Paulo: Malheiros, 4ª. ed., 2004, p. 131.

<sup>25</sup> Processo Penal Constitucional. 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 315.

<sup>26</sup> Direito Processual Penal. 8ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 584 – grifou-se

<sup>27</sup> As Modalidades de Prisão Provisória e Seu Prazo de Duração. 2ª ed., São Paulo: Renovar, 2001, p. 218.

<sup>28</sup> Derecho Processual Penal Chileno, Tomo I, Santiago do Chile : Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 83.

Também Alberto M. Binder: *“Já vimos que todas as medidas de coerção penal são, em princípio, excepcionais. Dentro dessa excepcionalidade, a utilização da prisão preventiva deve ser muito mais restringida e, para assegurar essa restrição devem ser considerados dois tipos de suposição. Em primeiro lugar, não se pode aplicar a prisão preventiva se não existe um mínimo de informação que fundamente uma suspeita sobre limite essencial e absoluto: se não existe sequer uma suspeita racional e com fundamento de que uma pessoa possa ser autora de um fato punível, de maneira nenhuma é admissível uma prisão preventiva. Porém, este requisito não é suficiente. Por mais que se tenha uma suspeita com fundamentos, tampouco seria admitida constitucionalmente a prisão preventiva se não houverem outros requisitos, os chamados ‘requisitos processuais’. Estes se fundamentam em que a prisão preventiva seja direta e claramente necessária para assegurar a realização do julgamento ou assegurar a imposição da pena.”*<sup>29</sup>

No Brasil, Eugênio Pacelli de Oliveira afirma que *“se o efeito de prevenção positiva diz respeito ao estímulo e renovação da confiança no Direito (Roxin), bem como na preservação da identidade normativa da comunidade juridicamente organizada (Jakobs) – abstraído o respectivo conteúdo do Direito, mas pressuposta a sua legitimação -, a idéia da evitação urgente e acautelatória da permanência de atividades criminosas pode ser um referencial para a compreensão de semelhante modalidade de prisão. Obviamente, para impedir a prática de delitos, em tese, já existe a proibição da Lei penal. Mas, isso, como é óbvio, apenas no plano abstrato. Não evitada, porém, concretamente, há um lapso temporal absolutamente indispensável para a aplicação da sanção correspondente, até por exigência do citado devido processo penal, por meio do qual se buscará a comprovação da existência material do crime e de sua autoria. Nesse passo, empiricamente demonstrada e, por isso, considerada a possibilidade de reincidência delituosa, presente em todo o mundo ocidental e pelas mais variadas razões – aliás, a questionar todo o universo punitivo (eficácia preventiva da pena, a privação da liberdade e tudo o mais) -, a previsão de uma prisão anterior à condenação poderá se instituir como válida, para fins de garantia da ordem pública, desde que delimitada rigorosamente a sua extensão.”*<sup>30</sup>

Vejamos a jurisprudência:

*“Imperioso observar a possível desproporcionalidade de se atingir a liberdade pessoal do acusado, como custódia cautelar ante a bastante provável aplicação de condenação final apenas restritiva de direitos. Ordem de habeas corpus concedida”* (TRF 3ª R. - 5ª T. HC 2008.03.00.050617-2 – rel. Erik Gramstrup – j. 02.02.2009 – DJU 20.02.2009).

*“Mesmo em caso de condenação, ao paciente, será aplicado regime menos severo do que aquele em que se encontra, sendo, portanto, a manutenção de sua segregação cautelar afronta ao princípio da homogeneidade. Diante do deferimento de medidas protetivas em favor da vítima e da inexistência de qualquer dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, não há como manter a prisão preventiva do paciente que, todavia, poderá ser novamente decretada, nos*

<sup>29</sup> Introdução ao Direito Processual Penal, Tradução de Fernando Zani, Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2003, p. 150.

<sup>30</sup> Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória, Rio de Janeiro : Lumen Juris Editora, 2006, p. 65.

*termos do art. 316 do mesmo diploma legal, se sobrevierem motivos ensejadores da espécie. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida” (TJMT – 2ª C. – HC 115068/08 – rel. Paulo da Cunha – j. 26.11.2008 – DOE 10.11.2008).*

*“TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO - PRIMEIRA TURMA - 2006.03.00.073226-6 25097 HC-SP - RELATOR: DES. FED. LUIZ STEFANINI –Uma vez fixado o regime aberto é o caso de se aplicar o princípio da proporcionalidade quanto à prisão cautelar no caso dos autos. As pacientes foram condenadas a penas privativas de liberdade inferiores a 4 anos a serem cumpridas em regime inicial aberto, tendo, ainda, a nobre juíza a quo as substituído por penas restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 do CP. 2- A sentença transitou em julgado para o Ministério Público conforme informação contida nos autos. Considerando-se a proibição da reformatio in pejus, constante do artigo 617 do CPP e o trânsito em julgado da citada sentença para o Ministério Público, a pena máxima prevista para o crime das pacientes não poderá ser maior do que o já estipulado, nem o regime inicial de cumprimento outro que não o aberto, não sendo nem mesmo possível a revogação da substituição da penas por outras restritivas de direitos. 3- É de se aplicar na hipótese o princípio da proporcionalidade, não havendo que se falar em decretação da prisão preventiva.”*

Vejamos este trecho do voto:

*“(…) A Constituição Federal vigente, ao consagrar o princípio da presunção de inocência no inciso LVII de seu artigo 5º, determinou grande restrição interpretativa à chamada prisão cautelar, na medida em que tornou exceção a segregação de um acusado antes do trânsito em julgado de sentença condenatória. Este princípio deve também ser aplicado ao instituto da prisão preventiva, que só será admitida para fins processuais, jamais como forma de antecipação de pena, pelo que, para sua ocorrência, devem estar preenchidos os requisitos do artigo 312 do CPP. Na consagração do princípio da presunção de inocência, vemos a preocupação do legislador constituinte no resguardo de um direito dos mais importantes, fundamental a cada cidadão: a liberdade. Com efeito, deve o aplicador do direito ter em mente sempre o supremo valor dado pelo constituinte ao direito de liberdade do indivíduo ao interpretar as normas legais, só consentindo em restringi-la quando profundamente necessário. Ora. Em decorrência deste raciocínio, surge o princípio da proporcionalidade na aplicação da segregação cautelar. De acordo com este princípio, a prisão cautelar (como são a prisão preventiva, a prisão em flagrante, etc.), que é expediente lesivo à esfera jurídica do acusado ou investigado, na medida em que lhe restringe a liberdade, não deve ser aplicada quando impossível a privação da liberdade no caso de eventual condenação, ainda que presentes os requisitos autorizadores. É o que leciona, entre outros, Maurício Zanoide de Moraes (in Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, v. 3, ed. Revista dos Tribunais, São Pulo, 2004, pg. 208), a respeito da prisão em flagrante: “Em outras situações, caberá ao julgador fazer essa análise de necessidade e oportunidade em cada caso concreto: por exemplo, quando verificar que à infração imputada àquele agente haverá, mesmo em caso de condenação, a substituição da pena privativa de liberdade eventualmente aplicável por outra pena restritiva de direito e/ou multa.(…) Não poderá o juiz manter a prisão em flagrante (neste caso), sob pena de tornar o processo mais punitivo que a sanção penal abstratamente prevista para o crime. Em termos ilustrativos: tornará os efeitos colaterais do remédio (a prisão em flagrante)*

*pior do que os efeitos da própria doença (pena a ser imposta em eventual condenação futura)." Este entendimento, não há dúvida, deve ser aplicado à prisão preventiva, não obstante a ausência de disposição expressa neste sentido quanto a esta modalidade de prisão cautelar, como a que existe quanto ao flagrante em delitos de menor potencial ofensivo (parágrafo único do artigo 69 da Lei 9.099/95). É o caso de se aplicar o princípio da proporcionalidade quanto à prisão cautelar nestes autos. As pacientes foram condenadas a penas privativas de liberdade inferiores a 4 anos a serem cumpridas em regime inicial aberto, tendo, ainda, a nobre juíza a quo as substituído por penas restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 do CP (sentença às fls. 16/40). Além disso, transitou a sentença em julgado para o Ministério Público em 31 de julho de 2006, conforme informação de fl. 69. Pois bem. Considerando-se a proibição da reformatio in pejus, constante do artigo 617 do CPP e o trânsito em julgado da citada sentença para o Ministério Público, a pena máxima prevista para o crime das pacientes não poderá ser maior do que o já estipulado, nem o regime inicial de cumprimento outro que não o aberto, não sendo nem mesmo possível a revogação da substituição da penas por outras restritivas de direitos. Assim, pelo princípio da proporcionalidade, impossível de faz a decretação de prisão preventiva no caso em questão. Ante o exposto, meu voto é pela CONCESSÃO DA ORDEM."*

A 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região concedeu habeas corpus aos presos na Operação Big Brother da Polícia Federal. A defesa argumentou ainda que a pena para esses crimes seria provavelmente inferior a quatro anos, ou seja, os réus, ainda que condenados, teriam o benefício de prestarem pena alternativa, em regime aberto, sendo desproporcional a manutenção da prisão preventiva. Após analisar o recurso, o Desembargador Néfi Cordeiro decidiu submeter o pedido à 7ª. turma, que entendeu não haver mais necessidade da medida cautelar, decidindo, por unanimidade, conceder a ordem. (HC 2005.04.01.0011606-9/PR).

Por fim, tomou a lei o cuidado de lembrar aos Juízes que a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada, advertência, aliás, absolutamente desnecessária, à luz da exigência já constante no art. 93, IX da Constituição.

Não esqueçamos que o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello conheceu e negou provimento a Recurso Extraordinário (RE 385943) interposto pelo Estado de São Paulo contra acórdão que reconheceu a responsabilidade civil objetiva do Estado por decretação de prisão cautelar indevida e o dever de reparação à vítima. De acordo com ele, a pretensão recursal não tem o amparo da própria jurisprudência que o STF firmou em precedentes aplicáveis ao caso. O Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu pela indenização pleiteada em favor de pessoa indevidamente envolvida em inquérito policial arquivado e que teve a perda do emprego como consequência direta da prisão preventiva. Segundo o acórdão, apesar da ausência de erro judiciário (art. 5º, LXXV da CF), o Estado, no desempenho de suas funções, tem o dever de agir, com margem de segurança, sem a qual fica configurada sua responsabilidade objetiva, de modo a não ofender os direitos subjetivos outorgados aos cidadãos na Constituição. No recurso, o Estado de São Paulo alegou a inexistência do nexo de causalidade material entre o evento danoso e a ação do Poder Público. Para a Procuradoria Geral estadual, a demonstração de que a prisão provisória para fins de averiguação ocorreu nos estritos limites da lei, através da decisão judicial fundamentada e mantida pelo Tribunal em habeas corpus, afigura-se como causa excludente de

responsabilidade na medida em que rompe o nexo causal entre a ação do poder público e o evento danoso. O ministro do STF não deu razão ao Estado de São Paulo. De acordo com ele, "*a situação que gerou o gravíssimo evento da prisão cautelar de pessoa inocente põe em evidência a configuração, no caso, de todos os pressupostos primários que determinam o reconhecimento da responsabilidade civil objetiva da entidade estatal*". Além disso, Celso de Mello sustenta que a discussão da inexistência do nexo causal revela-se incabível em sede de RE, por depender do exame de matéria de fato, de todo inadmissível na via do apelo extremo. E que o Tribunal de Justiça, com apoio no exame de fatos e provas, interpretou, com absoluta fidelidade, a norma constitucional que consagra a responsabilidade civil objetiva do Poder Público. Segundo o ministro, o acórdão reconheceu, com inteiro acerto, a cumulativa ocorrência dos requisitos sobre a consumação do dano, a conduta dos agentes estatais, o vínculo causal entre o evento danoso e o comportamento dos agentes públicos e a ausência de qualquer causa excludente de que pudesse eventualmente decorrer a exoneração da responsabilidade civil do Estado de São Paulo.

**Concluindo, será preciso muito cuidado dos Juízes ao decretarem a prisão preventiva em crimes punidos com prisão (reclusão ou detenção) com pena máxima inferior ou igual a quatro anos, pois é preciso que se faça uma interpretação sistemática com o art. 282 do Código, sendo preferível optar-se por outra medida cautelar menos gravosa.**

**PONTO PARA O MINISTRO ROGÉRIO SCHIETTI MACHADO CRUZ, ORIUNDO DO QUINTO CONSTITUCIONAL, POIS ERA MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL.**