

PRISÃO PREVENTIVA: MEDIDA CAUTELAR OU MEDIDA INCONSTITUCIONAL¹

ROSSI, Gizinês
gi_gizi@hotmail.com

FACULDADE MARECHAL RONDON/UNINOVE
NPI – NÚCLEO DE PESQUISA INTERDISCIPLINAR

INTRODUÇÃO

A constitucionalidade da prisão preventiva é muito discutida em vários aspectos, procuram esclarecer a importância de seu uso como medida cautelar e suas afrontas ao Princípio da Presunção da Inocência, Princípio da Razoabilidade, Princípio da Legalidade, Princípio do Contraditório, o Princípio da Ampla Defesa, e o Princípio da Proporcionalidade, bem como à Constituição Federal e o devido Processo Legal.

OBJETIVO

Este texto tem o escopo de colaborar na explicação sobre a aplicação da prisão preventiva, a qual pode ser decretada como medida cautelar constitucional, e através de que meios isso pode ocorrer.

DESENVOLVIMENTO

Segundo Moraes (2007) a aplicação da prisão preventiva tendo como base somente a ordem pública e a ordem econômica (art.312 do CPP) é insuficiente, isso se for levado em conta o Princípio da Presunção de Inocência “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal” (art. 5º, LVII CF), este princípio declara que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado; o Princípio do Devido Processo Legal “Ninguém deve ser processado senão por crime previamente previsto e definidos em lei, constituindo assim uma autentica

¹ ROSSI, Gizinês. Prisão preventiva: medida cautelar ou medida inconstitucional. **Rev. Npi/Fmr.** out. 2010. Disponível em <<http://www.fmr.edu.br/npi.html>>

garantia contra acusações infundadas do Estado (art.5º,LIV da CF); o Princípio da Legalidade “Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa que não seja em virtude de Lei (art.5º,XXXIX da CF), por isso é importante que seja analisado profundamente cada caso, fazendo uso dos pressupostos *fumus bonis iuris* (*aparência do bom direito ou fumaça do bom direito*) e *periculum in mora* (*perigo da demora*). Existem elementos garantidores dos princípios que são cláusulas pétreas, e aí está o direito de liberdade (art.5º§ 1º da CF) “tais direitos não podem ser restringidos, a não ser que a restrição seja oriunda da própria Carta Magna”. Destarte, a constituição impõe limites, o que torna muito importante que a interpretação e a aplicabilidade da lei processual penal pelo aplicador da norma busque equilíbrio, o que é indispensável e fundamental como prova de sua segurança jurídica do Estado/Juiz e da confiabilidade do sistema judiciário, permitindo adequá-lo o quanto possível aos ditames da Lei Maior.

As Leis 11.689/08 e 11.719/08 são dispositivos, dos quais o juiz faz uso para garantir a segurança do indivíduo e da sociedade e assim garante também a existência de um processo justo e adequado, quando a prisão cautelar decorre de sentença condenatória recorrível ou decisão de pronúncia, e esta é feita dentro de uma minuciosa análise do caso concreto, além de uma motivação esclarecedora e detalhada, por força do binômio necessidade-fundamentação, tudo isso resulta numa prisão cautelar sem ferir os princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção da inocência, da razoabilidade e da proporcionalidade e desta forma não há a caracterização da antecipação de pena (Pretel, 2008).

Para que se faça uso da medida cautelar é importante que se analise as circunstâncias e ressalte as razões justificadoras da medida extrema, ou seja não se pode decretar a prisão de um cidadão desrespeitando direitos fundamentais como a liberdade física da pessoa humana. Assim o combate concreto contra a impunidade, dá se pela aplicação correta da Lei (Oliveira, 2008).

Segundo Aguiar (2009) existe a possibilidade da prisão preventiva, sem ferir o princípio da não- culpabilidade, desde que se faça com o escopo cautelar, respeitando assim elementos concretos que indiquem a presença de requisitos

autorizadores da prisão preventiva, presentes nos Art. 311 e 312 do CPP, ou mesmo prisão temporária, que pode ser consultado na Lei nº 7.960/89.

Num Estado Democrático de Direito, deve se respeitar o princípio da inocência, a dignidade da pessoa humana, isonomia e liberdade, e não é aplicando a prisão preventiva, com fundamentos na segurança da ordem pública, que isto acontece. Deve assim a prisão cautelar conter os pressupostos de toda medida cautelar o *fumus boni iuris* (*aparência do bom direito ou fumaça do bom direito*) e *periculum in mora* (*perigo da demora*). Ausentes tais pressupostos, não se pode falar em prisão cautelar e toda e qualquer medida cautelar fora dessas hipóteses será inconstitucional, dessa forma estará fora do nosso ordenamento jurídico, pois esquecer o que garante a, Lei Maior, “a liberdade é a regra e a prisão é a exceção” é desrespeitá-la (Bento, 2009).

A necessidade de prazo máximo para a prisão preventiva é muito importante, pois a reforma do CPP silenciou-se em relação ao prazo, permanecendo a ausência de previsão legal. É possível a decretação das prisões instrumentais com o objetivo cautelar, desde que existam requisitos autorizadores da prisão preventiva ou temporária, dentro da nova previsão legal (Pereira *et al* 2009).

Segundo Sanches (2009) são vários os perigos que a prisão preventiva pode causar a um indivíduo inocente, isto quando não são respeitados todos os aparatos de dispositivos legais, ou seja, decretar medida cautelar por comoção pública, sem elementos essenciais para sua decretação, esquecendo também a presunção da inocência, o que torna o acusado culpado, e com isso o devido Processo Legal, o qual resulta trânsito em julgado, neste caso se for considerado inocente, nada poderá reverter o estrago psicológico e físico do acusado. Assim é importante que o Estado faça uso de dispositivos que possibilitem uma aplicação efetiva do Direito Processual Penal.

A prisão preventiva e prisão temporária afrontam a Constituição da Federal de 1988, pois não respeitam o Art. 5º Incisos LVI, que diz “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, o inciso LVII “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” e o inciso LXVI “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir

a liberdade provisória, com ou sem fiança”, e desta forma viola-se o princípio da presunção da inocência ou *in dúbio pro reo*.

Percebe-se assim que apesar das mudanças no Processo Penal, seus institutos das prisões cautelares, são baseados principalmente em presunções e não em um juízo de certeza, quebrando e maculando algumas máximas da nossa carta magna (Silva, 2009)

Pode-se observar que é importante a medida cautelar, desde que sejam respeitados os elementos essenciais, pois a não observação destes elementos, podem causar danos ao investigado, uma vez que este seja considerado inocente no final do processo, danos esses, muitas vezes irreparáveis. Portanto é muito importante que se faça uma análise criteriosa do caso concreto, para que seus efeitos não afetam diretamente a liberdade e a dignidade do acusado (Teixeira, 2009).

Segundo Gomes (2010) é muito importante que a teoria e a prática, todos os elementos necessários para a decretação da prisão preventiva, caminhem de mãos dadas, ou seja, assegurar questões que a Constituição Federal consagra, respeitando assim o princípio da presunção da inocência, dispondo em seu artigo 5º que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Por conseguinte, enquanto não transitar em julgado a sentença que condenou o réu, será presumido inocente.

Busca-se no princípio da ordem pública e no princípio da economia, justificar a aplicação da prisão preventiva de forma constitucional, no entanto, percebe-se que vários doutrinadores do Direito entendem pela inconstitucionalidade, uma vez que afronta o princípio da presunção de inocência, da legalidade, do contraditório e ampla defesa, e do devido processo legal (Cazabonnet, 2010).

Segundo Santos (2010) a regra geral que é a liberdade do cidadão, e também o transito em julgado, devido o Processo legal, onde estão garantidos com plenitude o Princípio da Ampla defesa e do contraditório, mas não deixa de mostrar a importância da custódia cautelar, e que dependendo do grau de necessidade não se torna incompatível com o princípio presunção da inocência e do direito da liberdade, uma vez que nenhum direito subjetivo individual é absoluto, quando confrontado com o direito de toda sociedade. Desta forma se a fundamentação que determina a

custódia cautelar está baseada em fatos concretos, que não deixem dúvidas, assim respeitados esses princípios, as prisões cautelares tornam-se um valioso instrumento de combate à criminalidade (Santos, 2010).

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

A prisão preventiva, como pode ser observada, é necessária e constitucional, desde que, tudo que envolva um processo, ocorra dentro de suas disposições legais, respeitando assim todos os fundamentos e elementos necessários, como os pressupostos *fumus bonis iuris* (*aparência do bom direito ou fumaça do bom direito*) e *periculum in mora* (*perigo da demora*), destarte, pode ser decretada a prisão preventiva, pois assim, em nenhum momento será desrespeitada as garantias fundamentais da Constituição Federal, em suas cláusulas pétreas (art. 5º§ 1º) nem tão pouco os Princípios da Presunção da Inocência, da Razoabilidade, da Legalidade, do Contraditório e da Ampla Defesa, da Proporcionalidade, bem como o Princípio do Devido Processo Legal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AGUIAR, Paulo Henrique da Silva Aguiar Pendência de recurso sem efeito suspensivo e prisão provisória. **lawyer48.wordpress.com**. 2009 disponível em <<http://lawyer48.wordpress.com/2009/09/23/pendencia-de-recurso-sem-efeito-suspensivo-e-prisao-provisoria/>> acesso em :03Set2010.

BENTO, Cristina Onorato Miguel A Inconstitucionalidade da prisão preventiva motivada na ordem pública. **emerj.tjrj.jus.br** 2009 Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/CristianaOnoratoMiguelBento.pdf> acesso em 09Set2010.

BRASIL, Lei nº 7.960, de 21 de Dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil** Brasília, 21 de dezembro de 1989; 168º da Independência e 101º da República. Disponível em http://assisnaweb.com.br/documentos/leis/lei7960_prisaotemp.htm acesso em 10set2010.

BRASIL, Lei nº 5.349, de 3 de Novembro de 1967. Dá nova redação ao Capítulo III do Título IX do Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil** Brasília, 3 de novembro de 1967; 146º da Independência e 79º da República. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/1950-1969/L5349.htm#art1>> acesso em 10Set2010.

BRASIL, Lei nº 11.689, de 09 de Junho de 2008. Altera dispositivo do Decreto- Lei 3689, de 03 de Outubro de 1941, do Código Processual Penal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil** Brasília, 9 de Junho de 2008; 187º da Independência e 120º da República. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/1950-1969/L5349.htm#art1>> acesso em 12Set2010.

BRASIL, Lei nº 11.719, de 20 de Junho de 2008. Altera dispositivo do Decreto- Lei 3689, de 03 de Outubro de 1941, relativo a suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil** Brasília, 20 de Junho de 2008; 187º da Independência e 120º da República. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/1950-1969/L5349>> acesso em 12Set2010.

CAZABONNET, Bruna Laporte Prisão Preventiva: Uma Releitura da Ordem Pública sob a ótica da Constituição Federal de 1988. **3.pucrs.br**. 2010 < <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2> > acesso em 20Agosto2010.

GOMES, Paulo Ricardo da Silva Discussão em torno do cabimento da liberdade provisória em crimes de tráfico ilícito de entorpecentes. **jus.uo.com** 2010 Disponível em < <http://www.jus.uol.com.br>> acesso em 09Set2010.

MORAES, Vanessa A Interpretação da Prisão Preventiva à luz da Constituição Federal. **siaibib01.unival** 2007 Disponível em < <http://siaibib01.univali.br/>> acesso em 13Set2010.

OLIVEIRA, José Anselmo de A prisão cautelar como exceção ao princípio do estado da inocência. **estudosdedireito.blogspot.com** 2008 Disponível em < <http://www.estudosdedireito.blogspot.com/2008/03/priso-cautelar-como-exceo-ao-prncipio.html> > acesso em 10Set2010.

PEREIRA, Viviane de Freitas, MEZZALIRA, Ana Carolina A prisão preventiva a partir da reforma do Código de Processo Penal. **jus2.uol.com.br**. 2009 Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=12553>> acesso em 20Agosto2010.

PRETEL, Mariana Pretel O Cenário das Prisões decorrentes de Pronúncia e de Sentença Penal Condenatória Recorrível com o Advento das Leis 11.689/08 e 11.719/08. **clubjus.com.br** 2008 < <http://www.clubjus.com.br>> acesso em 10Set2010.

SANCHES, Giovanna Barletta A prisão preventiva e o clamor público. **webartigos.com**. 2009 < <http://www.webartigos.com/articles/28714/1/prisao-preventiva-e-o-clamor-publico/pagina1.html> > acesso em 20Agosto2010.

SANTOS, Alexandre Alves dos Santos A Prisão Processual Frente ao Princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.. **intertemas.unitoledo.br** 2010 < <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php> > acesso em 20 Agosto 2010.

SILVA, Marcelo Tavares Gummy Prisão Temporária e Prisão Preventiva. **unibrasil.com.br**. 2009 < <http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/marcelo-tavares-gummy-silva.pdf> > acesso em 20 Agosto 2010.

TEIXEIRA, Guilherme Ribeiro A (In) constitucionalidade das medidas cautelares no Direito Processual Penal. **webartigos.com**. 2009 < www.webartigos.com/articles/23925/1/A > acesso em 20 Agosto 2010.