

NEREU JOSÉ GIACOMOLLI

PRISÃO, LIBERDADE
E AS CAUTELARES ALTERNATIVAS
AO CÁRCERE

Marcial Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

SUMÁRIO

PREFÁCIO	9
APRESENTAÇÃO	11
CAPÍTULO I	
PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS MEDIDAS CAUTELARES	13
1. Reserva jurisdicional	13
2. Fundamentação da decisão	15
3. Presunção de inocência.....	18
4. Reserva legal.....	24
5. Contraditório.....	29
6. Provisionalidade ou situacionalidade	32
7. Duração razoável da medida cautelar: provisoriedade	33
8. Proporcionalidade	37
9. A prisão como <i>extrema ratio</i>	40
CAPÍTULO II	
PRISÃO EM FLAGRANTE E LIBERDADE PROVISÓRIA	45
1. Considerações iniciais	45
2. Funcionalidade pré-cautelar	46
3. Situações de flagrância: « <i>espécies</i> »	47
4. Particularidades	49
4.1 Crimes permanentes e habituais	49
4.2 Código de Trânsito.....	50

4.3	Infrações de menor potencial ofensivo	50
4.4	Lei Antitóxicos	51
4.5	Imunidades	52
5.	Falsos flagrantes: «forjado» e «provocado».....	53
6.	Situações <i>sui generis</i> : vigilância e acompanhamento.....	54
7.	Formalidades e garantias constitucionais	55
8.	Opções da autoridade policial diante do flagrante.....	57
9.	Opções do juiz diante da prisão em flagrante	58
10.	Relaxamento da prisão em flagrante.....	61
11.	Liberdade provisória e fiança	61
11.1	Considerações iniciais	61
11.2	Liberdade provisória sem fiança.....	63
11.3	Liberdade provisória mediante fiança	64
11.3.1	Funcionalidade	64
11.3.2	Arbitramento e incidentes na fiança.....	65

CAPÍTULO III

PRISÃO PREVENTIVA	67
1. Considerações iniciais	67
2. Pressupostos.....	67
2.1 Prática de crime doloso.....	68
2.2 Cominação de prisão máxima superior a quatro anos	68
2.3 Ausência de cominação de multa.....	70
2.4 Afastamento da liberdade provisória (pressuposto negativo)...	71
2.5 Insuficiência das medidas cautelares menos gravosas.....	72
3. Requisitos	72
3.1 <i>Fumus commissi delicti</i>	73
3.1.1 Existência de um fato típico, ilícito e culpável	73
3.1.2 Indícios suficientes da autoria	73
3.2 <i>Periculum libertatis</i>	74
3.2.1 Garantia da ordem pública	75

3.2.2	Garantia da ordem econômica.....	78
3.2.3	Conveniência da instrução criminal.....	79
3.2.4	Assegurar a aplicação da lei penal.....	80
4.	Legitimidade postulatória e decreto <i>ex officio</i>	81
5.	Momentos da decretação da prisão preventiva.....	82
5.1	Antes da sentença penal.....	83
5.2	Ao ser pronunciado o réu.....	83
3.3	Condenação do réu e recurso em liberdade.....	83
6.	Situações especiais.....	85
6.1	Descumprimento de medida cautelar alternativa.....	85
6.2	Reincidência.....	86
6.3	Dúvida sobre a identidade civil.....	86
6.4	Lei Maria da Penha.....	88
6.5	Lei Antidrogas e Crimes Hediondos.....	90
7.	Tempo da prisão preventiva e revisão periódica.....	92
8.	Prisão domiciliar.....	93
9.	Relaxamento e revogação da prisão preventiva.....	95
10.	A lógica civilista e inquisitorial.....	96

CAPÍTULO IV

CAUTELARES ALTERNATIVAS AO CÁRCERE.....	99	
1.	Considerações iniciais.....	99
2.	Natureza jurídica e objetivos.....	101
3.	Pressupostos e requisitos.....	102
4.	Espécies e adequação.....	104
4.1	Comparecimento periódico em juízo.....	105
4.2	Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares.....	106
4.3	Vedação de manter contato com determinada pessoa.....	106
4.4	Permanência na Comarca.....	107
4.5	Recolhimento domiciliar.....	107
4.6	Suspensão do exercício da função pública ou de atividade.....	108

4.7 Internação provisória	110
4.8 Fiança.....	111
4.9 Monitoramento eletrônico.....	112
5. Duração da cautelar	113
6. Descumprimento da cautelar	115
7. Revogação, substituição e cumulatividade das medidas	116
8. Críticas.....	116
CAPÍTULO V	
REMÉDIOS JURÍDICOS IMPUGNATIVOS	119
CAPÍTULO VI	
PARTICULARIDADES.....	123
1. Uso de algemas.....	123
2. Formalidades do mandado de prisão e seu cumprimento.....	124
3. Prisão especial, em quartéis e separação de presos	126
4. A insubsistência da prisão temporária	128
5. Detração.....	131
BIBLIOGRAFIA	133
ÍNDICE ANALÍTICO	137
ÍNDICE DE ARTIGOS DE LEI CITADOS	141
ÍNDICE DE LEIS CITADAS.....	145
ANEXO (LEI 12.403/2011).....	147

PREFÁCIO

O Professor e Desembargador Nereu José Giacomolli nos brinda com mais uma obra, analisando e interpretando a nova Lei 12.403/2011, que, alterando o Código de Processo Penal, instituiu profundas modificações no tocante à prisão processual e à liberdade provisória, além de outras medidas cautelares criminais. As modificações legislativas eram necessárias na busca da solução de um grave problema brasileiro, pois a situação dos presos provisórios nos nossos presídios tornou-se calamitosa, na medida em que dois terços dos detentos estão com sua liberdade coarctada sem uma sentença definitiva.

Com efeito, a Lei 12.403/2011, estatuiu um novo rol de medidas cautelares criminais, aportou grandes modificações no panorama geral da prisão que, até então, vinculava o julgador a limites incompatíveis com o atual direito adjetivo, pois, apresentavam-se apenas como alternativas ao juízo penal a prisão preventiva ou a liberdade provisória, com comparecimento aos atos processuais

O novo diploma legal ampliou o arsenal de medidas cautelares, estatuiu nove diretivas, diversas da prisão e como alternativa a esta. Tornou a prisão preventiva medida excepcional e subsidiária, cedendo passo às novas cautelares; pontificou que as prisões cautelares só consistirão em preventiva, arts. 312 e 313 do CPP e temporária da Lei 7.960/1989; ordenou a separação dos presos provisórios dos condenados definitivos; afastou a cautelariedade da prisão em flagrante, que se transmuda em preventiva, cautelar ou liberdade provisória; assinalou que o descumprimento de medidas cautelares pode gerar prisão preventiva; estatuiu que a preventiva, sendo o réu primário, não poderá ser decretada para delito com pena igual ou inferior a 4 anos; inovou quanto à prisão domiciliar; previu que a liberdade provisória pode ser acoplada a medidas cautelares; ampliou a fiança, com hipóteses de vedação; criou um banco de dados de mandados de prisão, a cargo do CNJ.

No presente livro o festejado autor traça um panorama altamente didático acerca da nova normatização, explicitando, de forma clara, lógica

e sequencial, toda a modificação operada, fazendo, inclusive, um confronto, com os cânones vigentes até então.

Um dos aspectos salientes da obra, é a visualização do autor, quanto à necessidade de fundamentação das decisões, erigida em dogma constitucional: «fundamentar uma decisão é explicar e justificar, racionalmente, a motivação fática e jurídica do convencimento, em determinado sentido. Não é suficiente uma mera declaração de conhecimento acerca do conteúdo dos autos, e nem uma simples emissão volitiva, mas a demonstração argumentativa (*ratio dicendi*) dos pressupostos fáticos e jurídicos da prisão. A fundamentação permite o controle interno da decisão».

Com efeito, nos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça – STJ, o que, em grande escala, tem dado margem a reforma nas decisões judiciais, é justamente a ausência de correta e adequada fundamentação, presente, não raras vezes, apenas uma fundamentação genérica, com as palavras da lei, não se indicando, de que modo, concretamente, a liberdade de um paciente coloca em risco a ordem pública, ou qual a necessidade de sua prisão.

A exposição do autor segue uma sistemática progressiva, abordando com maestria os princípios aplicáveis às medidas cautelares, passando por análise aprofundada da prisão em flagrante, liberdade provisória, prisão preventiva, cautelares alternativas e culminando por discorrer sobre os remédios jurídicos impugnativos.

A narrativa é fluente, objetiva, prática, recheada com observações e comentários pertinentes, oriundos de quem milita habitualmente em processos criminais, quer como magistrado, quer como docente, mesclando teoria e prática, o que lhe permite traçar os aspectos mais relevantes do arcabouço jurídico processual em sua experiência concreta.

O sistema penitenciário brasileiro defronta-se com uma nova realidade em que o *status libertatis* vem erigido a um patamar, onde anteriormente nunca esteve. As prisões estão abarrotadas. O cárcere é criminógeno. A nova legislação busca compatibilizar a liberdade do cidadão com o encarceramento. O livro é de inestimável valia para todos os que lidam com o Direito, onde se inscrevem Magistrados, membros do Ministério Público, Procuradores, Advogados, Defensores, Delegados, Professores, acadêmicos e lidadores em geral do Direito. Está de parabéns o mundo jurídico com a contribuição do eminente mestre e magistrado Nereu Giacomolli.

Pela importância e atualidade de seu conteúdo e por seu caráter pioneiro, a publicação se torna imprescindível no trato do Direito Penal e Processual Penal.

Brasília, final de 2011.

Ministros PAULO DE TARSO SANSEVERINO e VASCO DELLA GIUSTINA

APRESENTAÇÃO

Liberdade e prisão. Prisão e liberdade. Aguardando o julgamento do recurso no cárcere. Limitação da liberdade através de outras medidas cautelares. Coerção antes da declaração definitiva de que o sujeito é culpado. Exigências processuais de limitação total ou parcial do ir e vir, em razão do comprometimento de interesses vitais da convivência social e da própria liberdade e incolumidade das demais pessoas. Altos índices de encarceramento preventivo, em situações desintegradoras do recluso, em sua totalidade: física, mental, familiar, social. Tudo isso atinge o núcleo essencial do complexo de liberdade física e moral, ou seja, a liberdade pessoal, pressuposto do desenvolvimento da personalidade de cada ser humano.¹

Direito de o preso saber o motivo de seu encarceramento (motivação), razoabilidade do tempo de duração do processo de réu preso (temporalidade), reexame periódico da justificação da cautelar (provisionalidade), incidência da medida que menos sacrifício cause ao direito fundamental da liberdade (proporcionalidade), respeito da dignidade da pessoa detida, separação dos presos provisórios dos condenados definitivamente, recolhimento ao cárcere como medida de *extrema ratio*, controle dos cárceres pelo Estado, análise dos problemas internos dos cárceres, reconhecimento do abandono cruel e desumano do sistema penitenciário, restabelecimento do direito à vida e à dignidade nas prisões, juiz independente, imparcial e inserido no círculo vital de sua comunidade, alheio aos interesses das partes e de certos setores dominantes da sociedade. Essas são algumas exigências de civilidade e de democracia republicana. Faz-se mister tornar legível essa fratura na evolução democrática e humana. Alguns avanços foram dados, nesse sentido, pela Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. Outros já haviam sido enunciados pelos diplomas

¹ Em CHIAVARIO, Mario, 1985: *Problemi attuali della libertà personale, tra «emergenze» e «quotidiano» della giustizia penale*. Milão: Giuffrè, p. 7.

internacionais firmados pelo Brasil, mormente na Convenção Americana dos Direitos do Homem, e na Constituição Federal de 1988. Porém, a nossa cultura jurídica ainda requer leis ordinárias para dar eficácia a regras convencionais e constitucionais.

A nossa estrutura processual, entretanto, é da década de quarenta, e os atores jurídicos, nutridos por essas fontes, transpiram o processo que vemos na *law in action*. A existência de aproximadamente meio milhão de presos no Brasil e, destes, mais de uma centena sem condenação, é apenas uma demonstração da compreensão (ou ausência de compreensão) da realidade. Como já advertia Chiavario, não existe somente a Constituição; também existem leis ordinárias e algumas remontam ao período fascista, mas também existe uma práxis aplicativa.² As reformas parciais de 2008 (provas, procedimentos, júri, e seus reflexos na sentença penal, na prisão e liberdade para recorrer da pronúncia e da sentença condenatória, dentre outros) e a Lei 12.403/2011 abriram alguns sulcos no sistema. Todavia estão longe de inverter a lógica inquisitorial que permeia as regras processuais e a práxis forense, salpicadas por leis de emergência. Por outro lado, a perspectiva de reforma global do Código de Processo Penal, aprovada no Senado da República, mas com trâmite imprevisível na Câmara dos Deputados, é incerta, além de não se constituir em panaceia para sanar todos os males.

A busca do difícil equilíbrio entre as exigências de eficiência e as de garantia, por outro lado, as quais permeiam as medidas cautelares, é um dos objetivos desta investigação.

A presente obra parte de uma ancoragem constitucional e convencional dos princípios aplicáveis às medidas cautelares, mormente à prisão preventiva. Após abordar a prisão em flagrante e a liberdade provisória, o trabalho enfrenta o tema da prisão preventiva, com todas as suas especificidades, para, então, analisar as medidas cautelares alternativas ao cárcere.

Porto Alegre, verão de 2012.

² Em CHIAVARIO, Mario, 1985: 11.

CAPÍTULO I

PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS MEDIDAS CAUTELARES

1. RESERVA JURISDICIONAL

A prisão no Brasil somente terá aderência constitucional quando resultar de flagrante delito ou de ordem escrita e fundamentada de uma autoridade judicial competente. É o que se infere do art. 5.º, LXI, da Constituição Federal, o qual também excepciona, dessa normativa, os casos de transgressão militar e os crimes militares definidos na legislação (não mais se admite a prisão «*para averiguações*»). A nova lei, em seu art. 282, § 2.º, se estrutura na perspectiva constitucional, ao preconizar que as medidas cautelares serão decretadas por um Juiz. A prisão pode decorrer do flagrante, mas este não possui potencialidade suficiente para manter a prisão, depois de cumprida a sua finalidade. Portanto, a prisão em flagrante poderá deter, prender, mas não manter o sujeito preso além das vinte e quatro horas (art. 306, parágrafo único, do CPP). Sua potencialidade eficaz é limitada e restrita. Por isso, se faz necessária a intervenção judicial, não só para controlar a legalidade do flagrante, do auto de prisão em flagrante, mas também para preservar os direitos fundamentais do flagrado, mormente o de ir e vir. Trata-se de uma medida pré-cautelar, antecedente não necessário da prisão preventiva. Portanto, a intervenção judicial, na hipótese do flagrante, direciona-se ao controle da legalidade da prisão e também dos direitos fundamentais do flagrado. Por isso, ao magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante, se apresenta uma série de atividades jurisdicionais direcionadas à preservação do *status libertatis*, antes de optar pela manutenção da prisão. Assim, o flagrante, por si só, não mantém a pessoa presa legal e constitucionalmente, por mais de vinte e quatro horas.

O próprio art. 283 do CPP alinha o sistema legal ao princípio constitucional da jurisdicionalidade. Qualquer do povo poderá e as autoridades poli-

ciais e seus agentes deverão prender quem se encontre em flagrante delito, mas os efeitos dessa prisão, por carecer de jurisdicionalidade, circunscrevem-se à detenção, não subsistindo sem o controle jurisdicional da constitucionalidade, convencionalidade e legalidade da prisão, bem como da necessidade desta continuar (conversão ou não em prisão preventiva).

Ademais, o art. 283 do CPP também limita a intervenção jurisdicional sobre o direito de liberdade, ao estabelecer que a ordem judicial para prender alguém somente poderá ocorrer nas hipóteses de prisão temporária, prisão preventiva e de sentença penal condenatória transitada em julgado. Não mais se justifica a prisão *ex lege* ou com efeitos automáticos após a prática de determinado delito.

A determinação judicial, diferentemente da ordem de prisão em flagrante (verbal), há de ser por escrito. Essa formalização escritural garante a aderência da prisão aos diplomas internacionais subscritos pelo Brasil (convencionalidade), à Constituição Federal e aos ditames legais.

Além de escrita, a ordem há de ser fundamentada, isto é, justificada na motivação fática e jurídica, devidamente racionalizada, vinculativa do suporte fático ao motivo legal (conveniência da instrução criminal, por exemplo). Nessa modalidade exemplificada, a decisão há de dizer quais os fatos e quais as circunstâncias congruentes com a conveniência da instrução criminal. As expressões padronizadas, desvinculadas do caso e do substrato fático, constantes nos autos, não oferecem uma base fática legítima (convencional, constitucional e legal) à prisão.¹ Ademais, as meras referências à espécie do delito praticado, às consequências típicas deste e ao dispositivo legal, desvirtuam a garantia da fundamentação da prisão.

A autoridade judicial exerce a sua função dentro de certos limites territoriais, segundo as regras da distribuição da competência, determinadas pela Constituição Federal, Código de Processo Penal, legislação específica (Código de Organização Judiciária, por exemplo) e pelos regimentos internos dos Tribunais. Em se tratando de um crime militar, o juízo comum não possui competência para decretar a prisão preventiva ou outras medidas cautelares, pois não é a autoridade competente. Caso tenha sido firmada a prisão preventiva por um magistrado da Justiça Comum Estadual, por exemplo, com processamento na respectiva Justiça, o deslocamento da competência fulminará o *decisum*, em razão da incompetência da autoridade.

¹ Na práxis forense se observa a utilização das seguintes expressões: «*zelar pela credibilidade das Instituições*»; ou do «*Poder Judiciário*»; «*o crime é grave*»; «*evitar a sensação de impunidade*»; «*insegurança do meio social*» etc.

2. FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO

Dos arts. 5.º, LXI, e 93, IX, da CF infere-se que todas as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Portanto, a falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva ou definitiva, após o trânsito em julgado de uma decisão penal condenatória, torna defeituosa ou viciada a prisão, cuja consequência é a nulidade da decisão e a soltura do sujeito pela prisão decretada nos respectivos autos. A própria Constituição Federal, em seu inciso X, exige a motivação das decisões administrativas. A restrição da liberdade ocupa uma hierarquia bem superior à restrição de cunho administrativo. Ademais, o próprio legislador ordinário exigiu a motivação da decisão definidora da prisão preventiva (decreto, substituição, denegação) nos termos do art. 315 do CPP.

Fundamentar uma decisão é explicar e justificar, racionalmente, a motivação fática e jurídica do convencimento, em determinado sentido. Não só a exteriorização escritural e pública do convencimento do magistrado possui relevância constitucional, mas também o grau de aceitabilidade produzido nos agentes envolvidos no caso penal, bem como na comunidade jurídica. Isso possibilita o entendimento do *decisum* pelos sujeitos e pelas partes, propiciando a impugnação adequada e plena. Não é suficiente uma mera declaração de conhecimento acerca do conteúdo dos autos, e nem uma simples emissão volitiva, mas a demonstração argumentativa (*ratio dicendi*) dos pressupostos fáticos e jurídicos da prisão.

A fundamentação permite o controle interno da decisão (material e formal), o qual se dá pela impugnação através dos remédios jurídicos, bem como o controle externo, por meio da possibilidade de os cidadãos fiscalizarem a decisão. Com isso resta diminuído o caráter voluntário e subjetivo da prestação jurisdicional.² Os controles legitimam, constitucionalmente, o saber-poder do magistrado,³ submetendo-o à via impugnativa pré-determinada.

Por motivo se entende a causa ou a condição de uma escolha, a qual direciona a atividade para um fim específico, orientando a conduta humana. Todavia, não fornecem uma explicação ou uma justificação. Contudo, o fundamento é a explicação ou a justificação racional da coisa da qual é causa; a razão de ser. O fundamento permite compreender porque determinada decisão

² V. CANOTILHO, J. J. Gomes, 1998 (*Direito constitucional e teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, p. 621), quando enuncia três razões à motivação: controle da administração da justiça; exclusão do caráter voluntário e subjetivo do exercício jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes; e a melhor estruturação dos recursos.

³ Segundo FERRAJOLI, Luigi, 1997 (*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madri: Trotta, p. 22), a relação entre saber e poder do magistrado, cuja opção constitucional é pela maximização do saber e limitação do poder.

foi ditada num sentido e não em outro; porque o sujeito deve ser preso, permanecer em liberdade ou serem aplicadas outras medidas restritivas, alternativas da custódia processual.

O magistrado, diante de um pedido de prisão processual, há de realizar uma escolha: liberdade plena, outras medidas constritivas previstas em lei ou o encarceramento. Entretanto, essa escolha se desvincula das preferências subjetivas e possui limites convencionais, constitucionais e legais. Pode-se dizer que uma decisão está bem fundamentada quando o seu conteúdo é explicável objetivamente.

Assim, o magistrado fundamenta uma decisão quando justifica, racionalmente, porque procede de certa maneira, porque faz com que a decisão produza este ou aquele efeito (recolher à prisão, conceder a liberdade plena ou limitada por medidas alternativas ao recolhimento ao cárcere). A motivação se constitui na ação determinante da razão de ser da decisão, nos instrumentos que orientam a explicação da decisão. É o motivo que direciona a ação num sentido ou em outro. Portanto, motivar não é sinônimo de fundamentar. Nas hipóteses da prisão preventiva, a fundamentação, constitucionalmente adequada, se dá com a racionalização dos motivos de fato e de direito.

As mesmas circunstâncias fáticas – motivos – podem embasar duas decisões diferentes, dependendo da compreensão e da justificação racional do juiz. Da mesma forma, a mesma matéria de direito – motivo – poderá levar a duas decisões diferentes. Por isso, a motivação orienta o raciocínio do magistrado, mas a fundamentação depende da exteriorização racional, de sua justificação. A racionalização de um juiz poderá ser diferente da explicação dada por outro decisor, embora os dois utilizem os mesmos substratos de fato e de direito. Porém, é a fundamentação que permite às partes e aos interessados saber o porquê da conclusão num sentido ou em outro; permite desvendar o aspecto positivo (o explicitado) e o negativo (o porquê da conclusão diferente). A dualidade e o oposto são possíveis, motivo por que a decisão comporta impugnação e modificação, via remédios jurídicos impugnativos. Os fragmentos do ocorrido se incorporam ao processo e nele criam outra realidade fática, muito além do original, cuja compreensão difere de sujeito a sujeito. Isso significa que pode ser emitida uma solução oposta a que foi exteriorizada nos autos do processo, mas também justificável, fundamentada, inclusive sobre o mesmo substrato.

Reproduzir tão-somente os termos da lei (prisão para garantir a aplicação da lei penal, por exemplo), transcrever o parecer do Ministério Público ou o relatório da autoridade policial, não é motivar e nem fundamentar a decisão. O substrato fático concretizado nos autos e não o abstrato, posto na tela do ordenamento jurídico, é que fornecerá ao magistrado, no momento de fundamentar

(cria a normatividade ao caso concreto), a motivação constitucionalmente adequada e válida.⁴

A detenção em flagrante não mantém, validamente, a custódia cautelar do sujeito, em face do art. 93, IX, da Constituição Federal, referendados nos arts. 283 e 310 do CPP. Com isso, não estamos afirmando que alguém não pode ser detido em flagrante delito. Sim, pode. Entretanto, a prisão advinda da lavratura do auto de prisão em flagrante tem por suporte uma circunstância fática constatada e consubstanciada pela autoridade administrativa; portanto, necessita de um controle jurisdicional fundamentado. Assim, mesmo quando o auto de prisão em flagrante é homologado, a prisão ainda carece de motivação. Faz-se mister analisar os motivos de fato e de direito (cabimento da prisão preventiva) à sustentação validada da restrição da liberdade ou da aplicação das medidas alternativas ao recolhimento ao cárcere (art. 319 do CPP). Portanto, o magistrado, mesmo homologando o auto de prisão em flagrante, para manter o flagrado preso, validamente, deverá fundamentar a sua decisão; em suma, enunciar os motivos de fato e de direito pelos quais mantêm o sujeito preso ou aplica outras medidas cautelares.

A existência do crime e dos indícios suficientes de autoria (*fumus commissi delicti*), bem como o perigo ou o risco de o indiciado, flagrando ou imputado permanecer solto (*periculum libertatis*), exigem um suporte em motivos de fato, em circunstâncias atuais e concretas, capazes de atender aos requisitos autorizadores. Meras possibilidades afastam os requisitos legais, na medida em que são os fatos concretos que motivam as medidas cautelares.

Assim, a restrição da liberdade, seja pela prisão ou pela aplicação de outras medidas cautelares, encontram adequação constitucional quando tiverem por suporte circunstâncias fáticas congruentes com a motivação jurídica, emergentes dos autos, da situação procedimental ou processual e não de meras suposições ou conjecturas.⁵ Nessa mesma perspectiva, a revogação da

⁴ V. TARELO, Giovanni, 1980 (*L'interpretazione della legge*. Milão: Giuffrè, p. 67 a 75), a respeito do controle social da atividade jurisdicional. Nesse sentido, decidiu o STF, no HC 96.041/SP, rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 16.04.2010, ao conceder a liberdade porque a fundamentação da prisão em mera referência ao art. 44 da Lei 11.343/2006, sem justificação em uma das causas constantes no art. 312 do CPP.

⁵ V. a decisão do STF (HC 98.821, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 15.04.2010), quando acentua que «a mera suposição, fundada em simples conjecturas, não pode autorizar a decretação da prisão cautelar de qualquer pessoa. – A decisão que ordena a privação cautelar da liberdade não se legitima quando desacompanhada de fatos concretos que lhe justifiquem a necessidade, não podendo apoiar-se, por isso mesmo, na avaliação puramente subjetiva do magistrado de que a pessoa investigada ou processada, se em liberdade, poderá delinquir, ou interferir na instrução probatória, ou evadir-se do distrito da culpa, ou, então, prevalecer-se de sua particular condição social, funcional ou econômico-financeira. – Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal... Sem que se caracterize situação

liberdade provisória, a substituição da medida cautelar imposta ou a adição desta, bem como a substituição da cautelar alternativa pela prisão preventiva deverão estar justificadas.⁶

3. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

No direito romano, por influência do cristianismo, na verificação da situação de uma pessoa acusada, incidia a máxima do *in dubio pro reo*, como regra referente à valoração da prova.⁷ A Carta Magna de 1215 vedava a perda da liberdade e da propriedade em razão de uma prisão injusta, salvo nas hipóteses previstas em lei, após um justo julgamento pelos pares.⁸ Na *common law* não há nexos entre a presunção de inocência e a liberdade pessoal, mas sim com o encargo probatório, em razão do modelo acusatório de processo penal.⁹ Com a inquisição, na Idade Média (estrutura de processo penal inquisitório) não se partia da inocência do acusado, mas de sua culpabilidade. Nesse sistema, a inocência era declarada quando o acusado a demonstrasse (*purgatio* da acusação), bastando um simples indício à formação de um juízo condenatório. Por isso, na transição dos modelos históricos de processo penal, do inquisitório ao acusatório, a presunção de inocência assumiu uma relevante função em sua modificação estrutural, principalmente no que diz respeito à liberdade e à prova. No âmbito da Europa continental, a presunção de inocência passou a ganhar corpo a partir das críticas dos pensadores iluministas acerca dos sistemas penais. Isso se verificou, principalmente, em razão da discussão da

de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão cautelar».

⁶ Segundo o STF, no HC 72.106/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 16.06.1995, a motivação dos atos jurisdicionais, enquanto garantia constitucional inderrogável, atua como condição de eficácia e requisito de validade dos pronunciamentos decisórios emanados dos magistrados e tribunais. A não observância do dever imposto aos órgãos do Poder Judiciário, pela CF, desqualifica a decisão, gerando a sanção de nulidade (art. 93, IX, CF). Isso porque o réu tem o insuprimível direito de conhecer, até mesmo para efeito de ulterior impugnação judicial, as razões que levaram o Estado a afetar-lhe ou a restringir-lhe o *status libertatis*.

⁷ Em MORAES, Maurício Zanoide de, 2010: *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, p. 1 e ss., pode-se ver uma análise profunda acerca da inexistência de presunção de inocência até sua inscrição na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

⁸ «Art. 39: Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus direitos (*disseisatur*), banido (*ulagetur*) ou exilado ou, de algum modo, prejudicado (*destruatur*), nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra (*nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*).»

⁹ Segundo DOMINIONI, Oreste, 1991 (*Commentario della Costituzione – Art. 27-28*. Bolonha: Zanichelli, p. 164), isso se deve ao âmbito de proteção da liberdade pessoal através do *habeas corpus* na *common law*. Também, GHIARA, Aldo, 1974 («Presunzione di innocenza, presunzione di “non colpevolezza” e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della corte costituzionale», em *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 74, evidencia considerações sobre a aplicabilidade da presunção de inocência no modelo inglês.

relação da potestade punitiva do Estado e da liberdade individual com o direito natural e inviolável da presunção de inocência dos cidadãos, culminando com a sua inserção na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Com o CPP francês de 1808, a presunção de inocência, na concretização garantística, restou comprometida, mormente no que tange à prova (imparcialidade do juiz e busca da verdade), em razão do novo paradigma processual.¹⁰ As estruturas e modificações processuais seguintes, de matriz acusatória ou inquisitorial, em dois pontos fundamentais – liberdade e prova –, revelam o grau de concretização da presunção da inocência.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, em seu art. 9.º, rompendo com o *Ancien Regime*, expressamente enunciou a presunção de inocência,¹¹ em atendimento às críticas dos pensadores da ilustração à estrutura inquisitorial do processo penal, a qual partia da presunção de culpabilidade do imputado, produzindo seus principais efeitos na prova e na prisão.¹² O art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (dezembro de 1948), em face das experiências da Segunda Guerra Mundial (violações aos direitos humanos), e da esperança de que as transgressões poderiam ser prevenidas por meio de um efetivo sistema de proteção internacional, acolheu a presunção de inocência como uma das garantias do justo processo.¹³ A Convenção Europeia para a Tutela dos Direitos do Homem e da Liberdade Fundamental (Roma, 04.11.1950) reconhece, em seu art. 6.2, na presunção de inocência, um princípio basilar de construção e de desenvolvimento das garantias processuais, além de dispor de um órgão para lhe dar efetividade (Corte Europeia dos Direitos do Homem).¹⁴ O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral da ONU, em 16 de dezembro de 1966, além de reiterar a presunção de inocência, no art. 14.2 especifica, de modo mais detalhado, as garantias processuais penais do acusado.¹⁵

¹⁰ Em DOMINIONI, Oreste, 1991: *Commentario della Costituzione – Art. 27-28*. Bolonha: Zanichelli, p. 170 a 174.

¹¹ «*Como todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado...*».

¹² V. VEGAS TORRES, Jaime, 1993: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: La Ley, p. 19.

¹³ «*Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada, de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.*»

¹⁴ «*Toda pessoa acusada de um delito é presumivelmente inocente até quando sua culpabilidade não seja legalmente apurada.*». Sobre a convenção, v. BARTOLE, Sérgio; CONFORTI, Benedetto e RAIMONDI, Guido, 2001: *Commentario alla Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*. Milão: Cedam, p. 216 a 222; CHIAVARIO, Mario, 2000: «*La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*», em *Studi in Ricordo di Giandomenico Pisapia*. Milão: Giuffrè, p. 80 e 81.

¹⁵ «*Toda pessoa acusada de um delito é presumivelmente inocente, até que sua culpabilidade não tenha sido legalmente estabelecida.*»