PRISÃO PREVENTIVA: GRAVIDADE DO CRIME EM ABSTRATO COMO FUNDAMENTO PARA A PRISÃO PREVENTIVA

CARLOS NAGÉRIO COSTA[1]
JOÃO RICARDO HOLANDA DO NASCIMENTO[2]
ALEXANDRE PINTO MOREIRA[3]

Resumo: A pesquisa foi realizada através do método dedutivo. O presente trabalho tem como objeto analisar os fundamentos para prisão preventiva. Iniciando com a conceituação desta prisão cautelar. Podendo ser decretada sempre que houver extrema e comprovada necessidade, uma vez que se decretada ilegalmente lesa o exercício do direito de ir e vir de um acusado. Assim, comprovada a necessidade de se ater às hipóteses legais, e presentes os requisitos necessários para efetivação da prisão poderá o acusado ser recolhido ao cárcere. Será abordado também as jurisprudências dos Tribunais Superiores analisando seus posicionamentos quanto à periculosidade do crime em abstrato como fundamento para prisão, bem como dos requisitos elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Palavras-chave: *Prisão preventiva. Fundamentação. Artigo 312 do Código de Processo Penal. Constrangimento ilegal.*

INTRODUÇÃO

No presente estudo analisar-se-á a prisão preventiva e o fundamento para sua decretação. Este tema foi escolhido pelo fato de alguns magistrados estarem decretando a prisão preventiva, tão somente pela gravidade do delito, como também da repercussão ao meio social, esquecendo-se dos pressupostos indispensáveis para que possa antecipar a custódia cautelar.

O método utilizado foi o dedutivo. Quanto à técnica da pesquisa foi a documental indireta, realizando-se pesquisas em doutrinas referentes ao tema abordado, bem como o uso de entendimentos jurisprudências através de pesquisas nos Tribunais de Justiça, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

1 Acadêmico do 10º semestre do curso de Direito da *Faculdade Luciano Feijão*. Estagiário da Procuradoria do Município de Sobral/CE. E-mail: nagerio@hotmail.com
2 Acadêmico do 10º semestre do curso de Direito da *Faculdade Luciano Feijão*. Estagiário do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. E-mail: jricardo_direito@yahoo.com.br
3 Bacharel em Direito pela *Universidade Federal do Ceará* (UFC). Professor auxiliar da *Universidade Estadual Vale do Acaraú* (UVA).

O objetivo desse estudo é dar enfoque ao crime em abstrato como fundamento para prisão preventiva, esclarecendo que as medidas cautelares, em regra, são decretadas no intuito de garantir eficácia e utilidade da prestação jurisdicional. No processo penal, em se tratando de privação da liberdade em momento investigatório, serve especialmente para apurar prova contra o indivíduo objeto da constrição, e isso importa em um grave risco, posto que, no momento em que é decretada, ainda não se tem certeza da existência ou não da presença do direito acautelado. Dessa forma os magistrados ao decretar a prisão cautelar devem fundamentar suas decisões de um modo explicativo e não apenas colocar as proposições estabelecidas no Código de Processo Penal, ou seja, elencar claramente as razões que o levaram a decidir daquele modo.

Entretanto, por se tratar de medida excepcional, a prisão preventiva somente pode ser decretada em casos de extrema necessidade, quando presentes os pressupostos gerais e específicos, que devem ser abordados, e fundamentados pela decisão que a decretar.

Isto posto, o presente trabalho tratará especificamente do instituto da prisão preventiva no intuito de ser decretada injustamente, o que acaba acarretando gravíssima violação ao direito à liberdade do acusado.

Nessa linha, é necessário o estudo dessa modalidade, envolvendo seus limites dogmáticos frente ao poder punitivo estatal. Considerando que a prisão preventiva pode significar em alguns casos uma providência grave, infringindo os direitos fundamentais postos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é uma espécie de prisão cautelar, regrada na Constituição Federal. Pode ser decretada pelo juiz em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, não havendo qualquer obstáculo à sua decretação antes da conclusão do inquérito, assim como nos casos de ação pública, quanto de ação privada, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e motivos autorizadores.

Sobre a prisão preventiva, define Capez:

> A prisão preventiva é uma espécie de prisão provisória, possuindo natureza tipicamente cautelar, pois visa garantir a eficácia de um futuro provimento jurisdicional, o qual poderá torna-se inútil em algumas hipóteses, se o acusado permanecer em liberdade até que haja um pronunciamento jurisdicional definitivo. Tratando-se de prisão cautelar reveste-se do caráter de excepcionalidade, na medida em que somente poderá ser decretada quando necessária, isto é, se ficar demonstrado o *periculm in mora.* (CAPEZ, 2002, p. 266).

Bonfim ressalta ao tema em estudo:

> A prisão preventiva é medida constritiva da liberdade do indiciado ou acusado. Mesmo assim, é compatível com o princípio da não culpabilidade, previsto na Constituição Federal. Em acepção ampla, o conceito engloba todas as prisões cautelares, isto é, todas aquelas que ocorrem independentemente da existência prévia de sentença transitada em julgado. (BONFIM, 2012, p. 385).

Faz-se mister citar, Mirabete, em relação às circunstâncias autorizadoras para admissibilidade da decretação da prisão preventiva:

> [...] permite-se a prisão preventiva em todos os crimes dolosos punidos com reclusão; nos crimes punidos com detenção nas hipóteses do réu vadio ou que frustra a sua identificação; e nos crimes punidos com qualquer pena privativa de liberdade quando se tratar de criminosos que será considerado reincidente em crime doloso se condenado. Não se impede, inclusive, a decretação da prisão preventiva no caso de crime afiançável. (MIRABETE, 2001, p. 393).

Necessário salientar que com o advento da Lei 11.340 de 2006, foi incluído o inciso IV, no artigo 313 do Código de Processo Penal com a seguinte redação “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”.

A prisão preventiva tem por fundamento garantir a correta aplicação jurisdicional. Imprescindível lembrar que esta medida só deve ser aplicada em caso de extrema necessidade.

Desta feita, a fundamentação do decreto da prisão preventiva é de caráter excepcional, uma vez não realizada restam violados os direitos fundamentais do acusado.

Pressupostos para a decretação da prisão preventiva

Para sua correta aplicação é necessário que seja por meio de decisão jurisdicional devidamente fundamentada, em elementos objetivos e verdadeiros existentes no caso concreto, além do que deverá ficar demonstrada a presença de dois pressupostos lógicos, ***fumus commissi delicti*** (fumaça de que foi cometido delito) e o do ***peruculum lum libertatis*** (risco de liberdade do investigado ou acusado).

Dessa forma, o direito processual penal traz como pressuposto para a decretação da prisão cautelar o *periculum lum libertatis*, ou seja, é necessário que haja um perigo na liberdade do acusado a justificar sua prisão e não perigo na demora da prestação jurisdicional. Neste caso, deve restar provado que há perigo social se o acusado permanecer em liberdade, bem como para o curso do processo, e ainda, que há provas do cometimento do delito.

Demais disso, será necessária a presença do *fumus comissi delicti*, traduzido na fumaça do cometimento de delito e não do bom direito, pois bom direito pode ser para condenar e absolver o acusado, ou ainda para declarar extinta a punibilidade. A fumaça é da prática do crime e não do bom direito.

Em outras palavras, Mirabete (Mirabete, 2001) destaca que para que a prisão cautelar possa ser aplicada, o magistrado deverá verificar, concretamente, a ocorrência do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, ou seja, se a prova indicar ter o acusado cometido o delito, cuja materialidade deve restar comprovada, bem como se a liberdade realmente representa ameaça ao tranqüilo desenvolvimento e julgamento do caso penal, que lhe é movido, ou à futura e eventual execução penal.

Tratando-se da prisão cautelar Fernando Capez, assim se expressa:

> No entanto, a prisão provisória somente se justifica, e se acomoda dentro do ordenamento pátrio, quando decretada com base no poder geral de cautela do juiz, ou seja, desde que necessária para uma eficiente prestação jurisdicional. Sem preencher os requisitos gerais da tutela cautelar (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), sem necessidade para o processo, sem caráter instrumental, a prisão provisória, da qual a prisão preventiva é espécie, não seria nada mais do que uma execução da pena privativa de liberdade antes da condenação transitada em julgado, e, isto sim, violaria o princípio da presunção da inocência. Sim, porque se o sujeito está preso sem que haja necessidade cautelar, na verdade estará apenas cumprindo

> antecipadamente a futura e possível pena privativa de liberdade [...].(CAPEZ, 2007, p. 266).

Dessa forma, comprovada a existência do ilícito e havendo indícios satisfatórios de autoria, deverá o juiz adentrar nos requisitos, ou seja, na fundamentação da cautelaridade da medida de prisão preventiva, que se encontram nos dispostos do artigo 312 do Código de Processo Penal brasileiro, que serão analisados abaixo.

Fundamentos para decretação da prisão preventiva

Para que a prisão preventiva possa ser decretada é necessário que o magistrado analise além dos pressupostos acima expostos, os fundamentos que o levaram para sua decretação, quais sejam, garantia da ordem pública e econômica, conveniência da instrução criminal e garantia de aplicação da lei penal.

Garantia da ordem pública

A expressão "garantia da ordem pública" é genérica, prestando-se a diversas interpretações, razão pela qual permite ao Estado decretar a prisão preventiva nos mais variados casos. O que por sua vez, afronta em muito os direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido é necessário analisar o requisito da garantia da ordem pública que fundamenta o decreto da prisão preventiva.

A doutrina e os operadores do direito muito debatem acerca de estar ou não presente em um caso concreto uma lesão à ordem pública que justifique a custódia preventiva. Alguns procuram estender a abrangência do conceito de ordem pública, enquanto outros restringi-lo, conforme a posição que ocupem no processo, sejam acusadores, sejam defensores.

Dessa forma, a expressão “ordem pública” sofre uma interpretação extensiva, todos os casos de prisão preventiva vão estar fundamentados com base empírica na garantia da ordem pública, pois, qualquer delito, menor que seja a gravidade, vai atingir a tal “ordem pública”.

Segundo Tourinho a interpretação extensiva não pode prosperar:

> Em princípio rejeitamos a "interpretação extensiva", se por ela se entende a inclusão de hipóteses punitivas que não são toleradas pelo

> limite máximo de resistência semântica da letra da lei, porque seria analogia. (TOURINHO FILHO, 2004, p. 176).

Seguindo o mesmo entendimento, Mirabete ensina:

> Refere-se a lei, em primeiro lugar, às providências de segurança necessárias para evitar que o delinqüente pratique novos crimes contra a vítima e seus familiares ou qualquer outra pessoa, quer porque é acentuadamente propenso às práticas delituosas, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. Embora não se tenha firmado na jurisprudência um conceito estratificado para a expressão "garantia da ordem pública", a periculosidade do réu tem sido apontada como fator preponderante para a custódia cautelar. Por isso, aberrante a interpretação do dispositivo que possibilita a prisão sob o argumento de proteger o agente de represálias da vítima ou da família desta. Mas o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida, como já se decidiu no STF, deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa. Embora seja certo que a gravidade do delito, por si só, não basta à decretação da custódia provisória a simples repercussão do fato, sem outras conseqüências, não constitui circunstância suficiente para a decretação da custódia preventiva. Não se pode confundir "ordem pública" com o "estardalhaço causado pela imprensa pelo inusitado do crime". Nem mesmo a prática de crime definido como hediondo justifica a prisão preventiva se não estão presentes os pressupostos previstos no art. 312 do CPP. (MIRABETE, 2001, p. 385).

Todavia, a garantia da ordem pública, como fundamento da prisão preventiva, vem sofrendo, uma interpretação extensiva. O que está acontecendo é que os decretos de custódia preventiva com a finalidade de garantir a ordem pública estão relacionados com os mais diversos motivos, tais como, gravidade do delito e clamor público.

Assim, diante dessa interpretação extensiva é necessário analisar alguns desses motivos utilizados para decretação da prisão preventiva, com fundamento de ordem pública frente aos entendimentos jurisprudenciais.

a) Gravidade do delito em abstrato

Há de se enfatizar que a gravidade em abstrato do delito não é apto para decretação da prisão preventiva, a decisão deve ser basear em elementos concretos,

assim o Supremo Tribunal Federal, já decidiu pelo entendimento de que a gravidade do delito não configura fundamento para decretação da ordem pública:

> PRISÃO PREVENTIVA. Medida cautelar. Natureza instrumental. Sacrifício da liberdade individual. Excepcionalidade. Necessidade de se ater às hipóteses legais. Sentido do art. 312 do CPP. Medida extrema que implica sacrifício à liberdade individual, a prisão preventiva deve ordenar-se com redobrada cautela, à vista, sobretudo, da sua função meramente instrumental, enquanto tende a garantir a eficácia de eventual provimento definitivo de caráter condenatório, bem como perante a garantia constitucional da proibição de juízo precário de culpabilidade, devendo fundar-se em razões objetivas e concretas, capazes de corresponder às hipóteses legais (*fattispecie* abstratas) que a autorizem. **2. AÇÃO PENAL. Prisão** preventiva**. Decreto fundado na gravidade do delito, a título de garantia da ordem pública. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Constrangimento ilegal caracterizado. Precedentes. É ilegal o decreto de prisão** preventiva **que, a título de necessidade de garantir a ordem pública, se funda na gravidade do delito.** 3. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na necessidade de restabelecimento da ordem pública, abalada pela gravidade do crime. Exigência do clamor público. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Precedentes. É ilegal o decreto de prisão preventiva baseado no clamor público para restabelecimento da ordem social abalada pela gravidade do fato. 4. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado no perigo de fuga do réu. Garantia de aplicação da lei penal. Ilegalidade. Decisão de caráter genérico e vago. HC concedido. Precedentes. Fuga do réu e garantia de aplicação da lei penal, sobretudo quando invocadas em decisão genérica, sem alusão a dados específicos da causa, não constituem causas legais para decreto de prisão preventiva. (STF HC 87343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, da Segunda Turma, julgado em 24.4.2007). (destaque nosso).

No presente caso, a custódia do acusado foi fundamentada na gravidade do delito a título de garantia da ordem pública, julgando inadmissível O Supremo Tribunal federal a fundamentação utilizada.

Assim, na sentença do juiz a *quo*, deverá ser demonstrada uma fundamentação concreta, para que fique justificada alguma das hipóteses do artigo 312 do Código de Processo Penal, não podendo apenas mencionar como fundamento para decretação "à garantia da ordem pública, a qual foi abalada com a conduta do pronunciado, impõe a manutenção da sua prisão, ao passo que o delito praticado pelo mesmo trata-se de crime grave e gerador de intranqüilidade social",

Dessa forma, fica-se evidenciado que a simples reprodução das expressões ou dos termos legais expostos na norma de regência, divorciada dos fatos concretos ou baseada em meras suposições ou pressentimentos, não é suficiente para atrair a incidência do art. 312 do Código de Processo Penal, tendo em vista que o referido dispositivo legal não admite conjecturas, bem como a gravidade do delito não pode configurar a medida cautelar.

b) Clamor público;

A garantia da ordem pública tem como finalidade a decretação da cautelar com o fundamento de que o agente solto não mais voltará a delinqüir, ou seja, tem que haver um perigo social da demora até o trânsito em julgado da decisão. Nesse sentido, se estão presentes os maus antecedentes e a reincidência do agente, existem circunstâncias que corroboram para que o mesmo venha praticar um novo delito. Outra hipótese ventilada por parte da doutrina conservadora aponta no sentido de que há fundamento para prisão preventiva no clamor público.

Nesse sentido a doutrina garantista diverge da opinião de que o clamor público não seria requisito para decretação desse tipo de prisão cautelar. A divergência existente nesta última hipótese mencionada seria no sentido de não se enxerga *periculum im mora*, sendo que a prisão vai ser decretada em face da importância do delito e não em virtude de necessidade do processo, não sendo justificativa legal para aplicação da prisão preventiva.

Para Bonfim (Bonfim, 2012), "quanto ao clamor público, predomina o entendimento segundo o qual, sozinho, não autoriza o decreto da prisão preventiva".

Deste modo, extrai-se que o estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, por si só, a decretação da prisão cautelar do suposto autor.

Dessa forma, visando a garantir a ordem pública, não se pode transformar a prisão processual em cumprimento antecipado de possível sentença penal condenatória para dar resposta ao suposto clamor público.

Vale mencionar o caso Nardoni, onde os acusados ficaram presos preventivamente. O juiz do caso determinou a custódia cautelar, tendo como principal fundamento a garantia da ordem pública, objetivando assegurar a credibilidade da justiça em face da imensa repercussão do crime.

Contudo, tal decisão não possui efetiva base legal conforme entendimentos asseverados acima, pois de acordo com a Constituição, todos, são tidos inocentes, até o término do processo, ou seja, todos têm direito ao justo julgamento, assim, cercear a liberdade de presumidos inocentes em razão da ampla repercussão de um delito, afigura-se irracional.

Portanto, não parece ser adequada a decisão que se fundamenta genericamente na garantia da ordem pública, pois, se assim o for, quem determinará a prisão de um acusado não será o Judiciário, e sim, a repercussão do delito na população, ou mais precisamente, a própria sociedade. De outro vértice, sabe-se que o casal tem residência e emprego definidos, são primários, apresentaram-se à Polícia todas as vezes que foram intimados, não empreenderam fuga etc. Ressalte-se que, juridicamente, a gravidade ou a hediondez do delito não são requisitos hábeis a ensejar a prisão provisória de quem quer que seja.

c) Crimes hediondos;

Em decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça, ficou assentado que a alegação de que o crime supostamente cometido é hediondo não é justificativa suficiente para a decretação de prisão preventiva. Devendo a autoridade judicial fundamentar o decreto com a apresentação dos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Com essas conclusões, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça concedeu, por maioria de votos, habeas corpus em favor da acusada.

A decisão da Turma revoga a prisão preventiva contra a acusada, se ela não estiver presa por outro motivo. Ela é acusada da suposta prática de tráfico ilícito de entorpecentes. Os fatos que deram origem ao inquérito policial que investiga a acusação foram baseados em interceptação telefônica judicial. No julgamento, os ministros

destacaram que a concessão do habeas corpus não impede que seja decretada nova prisão preventiva contra a acusada, devidamente fundamentada.

A defesa entrou com pedido de habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça, após ter o mesmo pedido negado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. O Tribunal de Justiça manteve a prisão preventiva decretada contra a acusada pelo juízo de 1º grau. A prisão foi decretada com base em pedido de autoridade policial nos autos do inquérito que investiga a suposta prática do crime de tráfico de drogas.

No habeas corpus encaminhado ao Superior Tribunal de Justiça, a defesa da acusada afirmou não haver fundamentação legal para o decreto de prisão, pois a ordem judicial não teria demonstrado os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Segundo o advogado da acusada, a preventiva estaria fundamentada apenas na gravidade dos delitos investigados. A decisão não teria levado em consideração que a ré é primária e tem residência fixa, além de ter direito à prisão especial por ser formada em curso superior.

Ao analisar o mérito do pedido, a relatora, ministra Laurita Vaz concluiu pela concessão. O voto foi seguido pelos ministros Felix Fischer, Arnaldo Esteves Lima e Jorge Mussi. O ministro Napoleão Nunes Maia Filho divergiu da relatora. Salientou a relatora o fundamento de que:

> De início, cumpre ressaltar que a garantia da ordem pública diante da gravidade genérica do delito de tráfico, sem qualquer demonstração individualizada do *periculum libertatis* (perigo de libertar o acusado), não é fundamento idôneo para justificar a segregação da paciente (M.)", salientou a relatora. "ainda que o crime ora examinado seja classificado como hediondo pela Lei n. 8.072/90, reiterada jurisprudência do STJ tem afirmado que a simples alegação dessa natureza do crime cometido não é, de *per si* [por si só], justificadora do deferimento do decreto de segregação cautelar, devendo, também, a autoridade judicial devidamente fundamentar e discorrer sobre os requisitos previstos no artigo 312 do CPP.

A decisão da Turma determinou a revogação da ordem prisional contra a acusada, se, por outro motivo, ela não estiver presa e sem prejuízo de eventual decretação de preventiva devidamente fundamentada.

Dessa forma, por se tratar de crime hediondo existe entendimento do Superior Tribunal de Justiça que não é fundamento para decretação da prisão preventiva.

Garantia da ordem econômica

A garantia da ordem econômica esta cláusula ao artigo 312 do Código de Processo Penal. Segundo Delmanto Junior (DELMANTO, 2010) "a expressão garantia da ordem econômica já se acha embutida no termo ordem pública, daí porque absolutamente desnecessária sua inclusão com nome próprio".

Tourinho Filho (Tourinho, 2004) pondera que a medida introduzida pela Lei 8884/94 seria sem nexo e inútil. Defende que a punição nesses casos deveria ser em relação à pessoa jurídica e sugere medida, tais como: "fechamento por determinado prazo, aumento desse prazo nas recidivas, impossibilidade de, durante certo tempo, fazer empréstimos em quaisquer estabelecimentos de crédito, etc".

Conveniência da instrução criminal

Em relação à conveniência da instrução criminal, ocorre naqueles casos em que o acusado ameaça testemunhas, tenta apagar vestígios de provas, impedindo a sua produção, desta forma evidenciando o *periculum im mora*, não existindo a possibilidade de se chegar à verdade real dos fatos se o acusado permanecer solto.

Em linhas gerais, complementa-se com as palavras de Tourinho:

> [...] se o indiciado ou réu estiver afugentando testemunhas que possam depor contra ele, se estiver subordinado quaisquer pessoa que possam levar ao conhecimento do Juiz elementos úteis ao esclarecimento do fato, peitando peritos, aliciando testemunhas falsas, ameaçando vítima ou testemunha, é evidente que a medida será necessária, uma vez que, se tal não se fizer, a instrução criminal ficará deturpada, e o Juiz não poderá colher, com seguridade, os elementos de convicção de que necessitará para o desate do litígio penal. (TOURINHO FILHO, 2004, p. 479).

Acerca do assunto, Nucci, leciona que a conveniência da instrução criminal é o motivo resultante da garantia de existência do devido processo legal, veja-se:

> A conveniência de todo o processo é que a instrução criminal seja realizada de maneira verdadeira, em busca da verdade real. Diante disso, os abalos provocados pela acusado, visando à excitação da instrução criminal, que compreende a colheita de provas de um modo geral, é motivo a ensejar a prisão preventiva, configurando condutas inaceitáveis a ameaça de testemunhas, a investida contra provas buscando desaparecer com evidências, ameaças dirigidas ao órgão acusatório, à vítima ou ao juiz do feito, dentre outras. (NUCCI, 2007, p. 561-562).

No entanto, a necessidade da segregação do acusado nesse fundamento é por restar configurando condutas inaceitáveis, como à ameaças as partes processuais, buscando desaparecer com evidencias, investida contra provas, entre outras.

Garantia de aplicação da lei penal

No que tange à garantia de aplicação da lei penal, refere-se ao não comparecimento do acusado, retardando e tornando precária a aplicação da lei penal, com intuito de se livrar dos efeitos penais de futura condenação.

Dessa forma, a prisão preventiva só pode ser decretada para assegurar a aplicação da lei penal, modo em que todos esses fundamentos supracitados compõem *periculum im mora*, ou seja, *periculum libertatis* conjuntamente com o *fumus boni iuris*, compõem o fundamento de toda medida cautelar.

Da necessidade de fundamentação e motivação da prisão preventiva

A importância da fundamentação transcende o enfoque da literalidade da lei que a garante, refletindo um dos bens mais sagrados que o homem pode desfrutar, qual seja, o da liberdade, sendo que o julgador ao decretar a prisão deverá expor os motivos do seu convencimento, deixarão esclarecida as razões conducentes a decisão, restando esclarecida sua lógica.

Partindo-se do conceito dos fundamentos da prisão preventiva elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal, bem como da característica excepcionalidade de que se reveste tal prisão, uma vez que implica na privação da liberdade do indivíduo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mostra-se essencial o estudo da motivação do decreto prisional.

A importância desse estudo é demonstrada pelo fato da decretação da prisão preventiva ocorrer sem a menor fundamentação. Também nesse contexto, dos abusos da arbitrariedade, calcados na falta de justificação da medida e necessidade da mesma, têm se tornado muito constante.

A necessidade de motivação das decisões judiciais é prevista no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. O mencionado dispositivo, além do dever de motivar, estabelece ainda o dever de publicidade dos julgamentos, que constitui direito fundamental do cidadão, estando expresso no artigo 5º, LX, da Constituição Federativa da República do Brasil, o qual dispõe que "a lei só poderá restringir a liberdade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem".

Essa questão da publicidade, entretanto, não comporta aprofundamento, tendo em vista o objeto do estudo que ora se desenvolve.

A partir disso, a motivação deve conter de forma clara as escolhas feitas pelo Magistrado, devendo este justificar a escolha de determinada regra jurídica e dizer, de forma adequada, por que fez determinada opção.

Vale destacar, que a simples reprodução das expressões ou termos legais do artigo, divorciado dos fatos concretos ou baseado em meras suposições não é fundamento para decretação da prisão preventiva.

Portanto, é indispensável que no decreto da prisão preventiva, estejam devidamente de forma especifica e objetiva, as razões pelas quais se mostram necessária a medida cautelar. Conservando as garantias individuais e evitando se vir frustrada a aplicação da lei.

Caso não estejam presentes os fundamentos legais, de forma objetiva e especifica, resta caracterizado o constrangimento ilegal a decretação da prisão preventiva.

Com efeito, tem-se que a prisão preventiva não deve ser entendida como uma medida excepcional tão-somente por implicar na restrição antecipada da liberdade do indivíduo, mas também por ser um ato extremamente gravoso. Como se não bastassem os efeitos da restrição da liberdade no âmbito pessoal e social, essa onerosidade é acentuada diante da imprecisão dos termos utilizados no artigo 312 do Código de Processo Penal, essencialmente quanto aos fundamentos da prisão preventiva.

CONCLUSÃO

Este trabalho buscou expor as hipóteses de cabimento de decretação da prisão preventiva. Com isso, tem-se que a prisão preventiva tem por alicerce garantir a correta aplicação jurisdicional. Imprescindível lembrar que esta medida só deve ser aplicada em caso de extrema necessidade. Desta feita, a fundamentação do decreto da prisão preventiva é de caráter excepcional, uma vez não realizada restam violados os direitos fundamentais do acusado.

Ademais, para que a prisão preventiva possa ser decretada é necessário que o magistrado análise além dos pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal, os fundamentos que o levaram para sua decretação, quais sejam, garantia da ordem pública e econômica, conveniência da instrução criminal e garantia de aplicação da lei penal.

Assim, através de pesquisas realizadas junto aos Tribunais Superiores, a maior problemática encontrada se deu em virtude de alguns magistrados decretarem a prisão preventiva baseando-se exclusivamente na gravidade do delito, bem como no clamor público.

Nesse contexto, não há como negar o caráter de execução antecipada. Isso porque a ordem prisional não poderá vir sem estar embasada em fundamentos que demonstrem a necessidade da custódia cautelar, a teor justificada pelo artigo 312 do Código de Processo Penal. Tem-se como reprovável jurisprudencialmente o decreto dos juízes que se limitam a realizar de forma legal a decretação da prisão preventiva, sem sequer explicitar os motivos que o levaram a medida cautelar, utilizando-se de fundamentos abstratos como a gravidade do delito e o clamor público para sua decretação.

Dessa forma, fique evidenciado que a simples reprodução das expressões ou dos termos legais expostos na norma de regência, divorciada dos fatos concretos ou baseada em meras suposições ou pressentimentos, não é suficiente para atrair a incidência do artigo 312 do Código de Processo Penal, tendo em vista que o referido dispositivo legal não admite conjecturas.

ARREST: SEVERITY OF THE CRIME IN THE ABSTRACT AS A BASIS FOR THE ADJUDICATION OF PROBATION

Abstract: The search was performed using the deductive method. This paper aims at analyzing the foundations for remand. Starting with the concept of this prison injunction. May be ordered whenever extreme and proven need, once you ordered unlawfully injures the exercise of the right to come and go of an accused. Thus, demonstrating the need to stick to the legal hypotheses, and present the necessary requirements to execute the arrest the accused may be taken to jail. Will be addressed also the decisions of the Superior Courts analyzing their positions regarding the dangerousness of the crime in the abstract as grounds for arrest as well as the requirements listed in Article 312 of the Criminal Procedure Code.

Keywords: *Remand prison. Grounding. Art. 312 at Criminal Procedure Code. Illegal Constraint.*

REFERÊNCIAS

"Caso Nardoni". Disponível em <http://areadetrabalho.wordpress.com/2008/05/08/veja-a-decisao-judicial-que-determinou-a-prisao-de-alexandre-a-nardoni-e-anna-ct-p-jatoba>. Acesso em 16/08/ 2013.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal.* 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. "Acusação de crime Hediondo não é suficiente para decreto de prisão preventiva. 07/03/2008". Disponível em <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=86726&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=Acusação%20de%20crime%20hediondo%20não%20é%20suficiente%20para%20decreto%20de%20prisão%20preventiva>. Acesso em 16/08/ 2013.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal.* "Habeas Corpus 87343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, da Segunda Turma, julgado em 24.4.2007". Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=HC(91676.NUME.)&base=baseAcordaos>. Acesso em 17/07/ 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Portugal Coimbra: Livraria Almeida, 1999.

CAPEZ, Fernando. *Processo Penal*. 17ª ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal.* 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Processo Penal.* 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. *Curso de Processo Penal*. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SOUZA. Marcelo Agamenon Goes de. *Cautelaridade da Prisão Preventiva*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. "Código de Processo Penal comentado". In: *Revista dos Tribunais.* v. 02. 8 ª ed., São Paulo: 2004.

_____. *Processo Penal*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva: 2006.