A prisão preventiva é uma das três modalidades de prisão processual, possuindo, portanto, **natureza cautelar**. Encaixando-se nas hipóteses previstas no art. 5º, LXI, da CF, é prisão determinada por **ordem escrita** e **fundamentada** de autoridade judiciária.

Conceito

A prisão preventiva é aquela decretada, por mandado judicial, durante a fase de investigação policial ou no curso da ação penal, se presente o requisito do *fumus comissi delicti* (fumaça da existência de um crime).

A lei (CPP) prevê determinadas situações em que é permitido ao juiz decretar a prisão do suspeito, a qualquer momento entre o início da investigação policial até o trânsito em julgado do processo (portanto, não é prisão em flagrante e nem prisão-pena), desde que haja elementos mínimos presentes.

Requisitos

O *fumus comissi delicti* é o elemento necessário que deve ser identificado nos autos da investigação ou do processo penal para que seja possível a decretação de preventiva, conforme exigência da última parte do art. 312 do CPP. Ele abrange dois aspectos, que devem estar presentes *simultaneamente* (e são os efetivamente mencionados no texto do CPP):

- **Prova de materialidade**: prova induvidosa da ocorrência do delito narrado; e
- **Indícios de autoria e participação**: existentes indícios do vínculo entre o suspeito e a infração descrita. (Basta que haja indícios! Não são necessárias provas inequívocas da autoria).

> **Art. 312.** A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Veja que o *fumus comissi delicti* não é, de modo algum, o próprio fundamento da prisão preventiva, senão esta seria uma espécie inconstitucional de prisão-pena, punindo o suspeito antes do fim do processo e sem a certeza de sua autoria. Assim, é apenas um elemento básico que garante que a prisão preventiva não seja decretada em um processo sem bases sólidas.

Fundamentos legais da preventiva

Como dissemos, a lei prevê expressamente hipóteses em que cabe a preventiva. São elas os verdadeiros **fundamentos do pedido** dessa espécie de prisão, junto com o *fumus comissi delicti*, fundamentos os quais são os únicos capazes de permitir que o indivíduo seja levado ao cárcere antes de um decreto condenatório definitivo, ou seja, antes de ser decididamente considerado culpado.

O art. 312 do CPP determina que a preventiva possa ser decretada unicamente em função da (o):

- **Garantia da ordem pública**: É a busca da *tranquilidade e paz no seio social*, havendo risco *demonstrado* de que o suspeito apresentará perigo à sociedade se solto (*periculum libertatis*), ou seja, de que irá continuar delinquindo. Há autores que defendem a *inconstitucionalidade* deste fundamento, sob o argumento de que ele visaria a adiantar parcialmente os efeitos de uma condenação desejada. Outros autores alegam que é constitucional, desde que haja a ponderação entre a gravidade da infração, a repercussão social da infração e a periculosidade do agente. O entendimento majoritário nos tribunais é pela constitucionalidade de tal fundamento.
- **Conveniência da instrução criminal**: É a tutela da livre produção probatória e do processo como um todo. Aqui, a preventiva serve para evitar que o acusado em liberdade interfira ilegalmente no processo e em seu resultado. Evitaria, por exemplo, a ameaça a testemunhas, a juízes, a promotores ou a servidores, a manipulação da verdade e a possível alteração do curso do processo.
- **Garantia da aplicação da lei penal**: Visa a evitar a fuga do agente que busque eximir-se da aplicação da lei ou de eventual pena a ser cumprida. Deve haver fundada possibilidade de fuga do suspeito.

> Atenção: a mera ausência do réu no interrogatório ou sua condição socioeconômica não são indícios suficientes para pedir a preventiva neste fundamento.

- **Garantia da ordem econômica**: Visa a garantir que o réu não continue praticando conduta ilegal que possua efeitos econômicos. Portanto, tutela a ordem econômica. É, de certa forma, dispositivo ocioso, pois já seria abrangido pelos fundamentos citados anteriormente. É certo, porém, que reafirma a importância dada à ordem econômica.
- **Descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras cautelares**: A prisão preventiva sob este fundamento baseia-se na hipótese em que as medidas cautelares impostas anteriormente não conseguiram produzir efeito cautelar suficiente, uma vez que foram descumpridas pelo réu. Assim, o pedido de prisão preventiva viria subsidiariamente, garantindo a tutela dos objetos jurídicos que deveriam ter sido protegidos pela imposição das medidas cautelares.

A prisão preventiva, reforça-se, deve ter como base sólidos **fundamentos que sustentem sua real necessidade**. Trata-se de uma medida extrema e não deve ser aplicada banalmente. Tem-se ouvido críticas, atualmente, a esta possível banalização tida na aplicação da prisão preventiva no judiciário brasileiro. Esta modalidade prisional tem sido decretada muito frequentemente, quase se tornado regra ao invés de exceção (como deveria ser).

Infrações que comportam a prisão preventiva

A prisão preventiva não pode ser imposta em **investigações** ou em quaisquer processos de infração penal. O art. 313 do CPP prevê que a preventiva é admitida nos casos de investigação ou processo por:

- **Crimes dolosos com pena máxima superior a 4 anos.** Ou seja, os crimes culposos e contravenções penais *não* admitem preventiva!
- Qualquer crime doloso em que o suspeito for **reincidente por outro crime doloso**;
- Crime doloso em que houver **dúvidas quanto à identidade civil** do suspeito (se este não fornece elementos para esclarecê-la);
- **Violência doméstica e familiar** contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência. Trata-se de importante medida protetiva.

Rômulo Moreira considera a Lei Maria da Penha inconstitucional ao requerer prisão mesmo para crimes menos graves (com pena de detenção). Importa destacar, entretanto, que a prisão não tem cunho obrigacional e certo: deve haver determinados requisitos expressos que caracterizem a necessidade da medida. Por força da Lei Maria da Penha, ainda, a ofendida deve ser informada da entrada e saída do agressor no/do cárcere.

Enfrentamentos necessários

Incompatibilidade com a liberdade provisória

Se é cabível a liberdade provisória, não estão presentes os requisitos para a prisão preventiva. O art. 310 do CPP apresenta as medidas que devem ser tomadas pelo juiz ao receber o auto de prisão em flagrante, de maneira alternativa excludente, ou seja, uma medida não é compatível com a outra. Dessa forma, pode-se concluir que aqueles requisitos contidos no art. 312 para a decretação da prisão preventiva, quando presentes, criam uma situação totalmente incompatível com a concessão da liberdade provisória. Assim como em uma hipótese de liberdade provisória (ex: fato praticado em legítima defesa) não existe a possibilidade de decretação de preventiva.

> **Art. 310.** Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:
>
> I - relaxar a prisão ilegal; **ou**
>
> II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; **ou**
>
> III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.
>
> Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Sistema Recursal

As decisões judiciais sobre prisão e liberdade têm caráter de decisões **interlocutórias**.

Contra a decisão que impõe de ofício ou defere pedido de prisão preventiva, **não cabe recurso**, mas cabe **habeas corpus** (que é remédio constitucional), com fundamento no art. 5º, LXVIII, CF.

> **CF/88, Art. 5º**
>
> LXVIII - conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

Contra decisão que indefere o pedido de prisão preventiva, cabe Recurso em Sentido Estrito (**RESE**), com fundamento no art. 581, V, CPP.

> **Art. 581.** Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:
>
> V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante;

Contra decisão do juiz que concede pedido de *revogação* da prisão preventiva (portanto, determina a liberdade do acusado naquele momento processual), não cabe recurso por ausência de previsão legal. No entanto, é possível fazer novo pedido de prisão preventiva com **novo fundamento ou nova prova**.

Revogação da prisão preventiva

O instituto da prisão preventiva respeita a cláusula *rebus sic stantibus* ("cláusula da imprevisão"), a qual impõe que, se os motivos autorizadores e fundamentadores da prisão preventiva se alterarem, pode haver tanto decretação de preventiva ainda não imposta quanto revogação de preventiva já decretada. A mudança na decretação da preventiva poderá ocorrer, inclusive, tantas vezes quanto exigidas pela situação.

Outra hipótese em que há revogação da preventiva, mas agora em função do princípio da **duração razoável** desta, é a configuração do excesso de prazo na manutenção de tal prisão cautelar. Embora não haja prazo para a manutenção da prisão preventiva, é certo que esta não pode se prolongar excessivamente, como, por exemplo, por tempo maior do que a pena cabível em tese para o acusado. Para determinar o excesso de prazo, é necessário ponderar o direito do réu e a proteção da sociedade, baseando-se no caso em concreto. Deve sempre haver contraditório para o Ministério Público sobre o pedido de revogação da preventiva, salvo em casos de urgência.