

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ANTONIO MARCOS SOARES

A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO PARA A PRISÃO
PREVENTIVA E O DESENVOLVIMENTO DE SEU CONCEITO NO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL

CURITIBA
2013

ANTONIO MARCOS SOARES

A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO PARA A PRISÃO
PREVENTIVA E O DESENVOLVIMENTO DE SEU CONCEITO NO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL

Monografia apresentada como requisito
parcial à conclusão do Curso de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná.

Orientador: Prof.º Dr. André Ribeiro
Giamberardino

CURITIBA
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

ANTONIO MARCOS SOARES

**A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO PARA A PRISÃO
PREVENTIVA E O DESENVOLVIMENTO DE SEU CONCEITO NO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

André Ribeiro Giamberardino
Orientador

Clara Maria Roman Borges
Primeiro membro

Bruno Vigo Milanez
Segundo membro

Curitiba, ____ de dezembro de 2013.

RESUMO

Esta monografia tem como objetivo tratar de forma pormenorizada a garantia da ordem pública, circunstância legal autorizadora da decretação da prisão preventiva do imputado trazida pelo artigo 312, do Código de Processo Penal. Trata-se de instituto dotado de um conceito vago que enseja custódia provisória, a qual deveria apresentar natureza cautelar, porém, assume contornos diversos da instrumentalidade lhe exigida. No mais das vezes é adotada como medida de defesa social, assumindo a função de prevenção especial quando objetiva evitar a prática de novos crimes, ou utilizada para satisfazer o sentimento de justiça da sociedade. Nessa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, assume papel de extrema relevância para promover a interpretação desse instituto à luz das garantias constitucionais trazidas pela Constituição Federal de 1988, notadamente o princípio da presunção de inocência.

Palavras-chave: Ordem pública. Prisão preventiva. Processo Penal. Garantias constitucionais. Lei 12.403/2011.

LISTA DE SIGLAS

CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
STF	Supremo Tribunal Federal
RHC	Recurso em <i>Habeas Corpus</i>

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. PRISÃO	9
2.1. PRISÃO PENAL	9
2.2. PRISÃO CAUTELAR	11
3. PRINCÍPIOS ATINENTES ÀS PRISÕES CAUTELARES	12
3.1. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	12
3.2. PRINCÍPIO DA JURISDICIONALIDADE	16
3.3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	17
3.4. PRINCÍPIO DA PROVISIONALIDADE	19
3.5. PRINCÍPIO DA PROVISORIEDADE	20
3.6. PRINCÍPIO DA EXCEPCIONALIDADE	21
4. PRISÃO PREVENTIVA	24
4.1. ALGUNS ASPECTOS HISTÓRICOS	24
4.2. MEDIDA DE NATUREZA CAURELAR	27
4.3. DECRETAÇÃO NA FASE DE INQUÉRITO POLICIAL	29
4.4. DECRETAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO PENAL.....	32
4.5. PRESSUPOSTOS.....	36
4.5.1. DO <i>FUMUS COMMISSI DELICTI</i>	37
4.5.2. DO <i>PERICULUM LIBERTATIS</i>	39
4.6. HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE	43
5. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA	47
5.1. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E PERICULOSIDADE NO STF	50
5.2. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CLAMOR PÚBLICO NO STF	54
5.3. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E GRAVIDADE DO CRIME NO STF.	59
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	62

1. INTRODUÇÃO

Como é cediço, de maneira geral, o ordenamento jurídico brasileiro pós-Constituição Federal de 1988 sofreu enorme impacto. A Carta Magna de 1988 é considerada uma das Constituições mais avançadas do mundo moderno e representou a passagem do Estado nacional absoluto para o Estado Democrático de Direito, prevendo princípios fundamentais, tendentes a salvaguardar as liberdades individuais frente a possíveis arbítrios estatais, notadamente no âmbito processual penal, restou consagrado o princípio da presunção de inocência.

Nessa perspectiva, com a instituição dessa nova ordem constitucional, merece ser realizada a interpretação de todos os dispositivos legais à luz dos novos ditames constitucionais, para isso, a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) apresenta extrema importância, porquanto é a mais alta instância do poder judiciário brasileiro e tem por função institucional servir de guardião à Constituição.

Partindo dessa premissa, uma questão emblemática na disciplina processual penal é a de delimitação do conceito de garantia da ordem pública, um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal (CPP), e a sua conformidade com os atuais preceitos constitucionais.

Assim, o presente trabalho terá por escopo analisar esse fundamento que legitima a imposição da custódia provisória, principalmente a orientação adotada pelo STF sobre a abrangência do conceito “garantia da ordem pública”, em momento anterior e posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, analisando eventuais alterações do entendimento adotado pela Suprema Corte e a viabilidade dos argumentos despendidos frente à nova ordem constitucional.

Para alcançarmos este objetivo, inicialmente abordaremos a prisão gênero, mormente com destaque para a análise da prisão pena e suas funções declaradas, bem como a prisão cautelar e sua incumbência em nosso no sistema processual penal.

Posteriormente, no terceiro capítulo, será dado enfoque à análise dos princípios constitucionais e processuais penais expressos e implícitos atinentes às prisões cautelares, com especial ressaltado ao princípio da presunção de inocência e ao princípio da proporcionalidade.

Em seguida, no quarto capítulo, será dedicada atenção especial à prisão preventiva, desde um retrospecto histórico até a sua atual delimitação no ordenamento jurídico brasileiro, analisando sua natureza jurídica, por quem pode ser requerida e quando poderá ser decretada, e delimitando as alterações introduzidas no sistema processual pela Lei 12.403/2011.

Por derradeiro, o quinto capítulo será dedicado à análise pormenorizada da prisão preventiva decretada para garantir a ordem pública, apontando, primeiramente, algumas acepções doutrinárias acerca da expressão “garantia da ordem pública”, e posteriormente, buscando delimitar a sua abrangência com base em decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal, bem como, tentando verificar se houve mudanças na interpretação empregada pela Suprema Corte e a sua consonância com a Constituição Federal.

2. PRISÃO

Na definição de Renato Brasileiro de Lima, no sentido atinente ao processo penal, a prisão “deve ser compreendida como a privação da liberdade de locomoção, com o recolhimento da pessoa humana ao cárcere”¹. Enquanto na concepção de Julio Fabbrini Mirabete, “a prisão, em sentido jurídico, é a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo ilícito ou ordem legal”².

O sistema processual penal brasileiro apresenta diferentes modalidades de prisão, que pode ser imposta em distintos momentos processuais, dentre as principais, há a prisão-pena e a prisão processual, ou seja, prisão sem pena.

Admite-se, também, em nosso ordenamento jurídico, a prisão civil do devedor de alimentos, a prisão para fins de extradição e deportação, e a prisão militar, as quais, por não guardarem maior relação com o presente manuscrito, nesta oportunidade, serão apenas citadas.

2.1. PRISÃO PENAL

A prisão penal, ou prisão definitiva, é compreendida como aquela advinda de uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Tem natureza jurídica de pena e somente será imposta após o devido processo penal.

Fernando da Costa Tourinho Filho compreende por prisão-pena:

[...] o sofrimento imposto pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado de uma infração penal. Ela é imposta àquele que for reconhecidamente culpado de haver cometido uma infração penal, como retribuição ao mal praticado, a fim de reintegrar a ordem jurídica injuriada.³

¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2011. p. 57.

² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2006. 18 ed. p. 361.

³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998. 3º Volume. 20. ed. p. 374.

Nessa concepção, está evidenciada a noção da retribuição equivalente ao injusto, uma das funções declaradas pelo discurso oficial da teoria da pena, bem como a compreensão de preservação da ordem pública.

A teoria da pena, como destaca Juarez Cirino dos Santos, é "estruturada pelos discursos de retribuição do crime e de prevenção geral e especial da criminalidade - as funções atribuídas à pena criminal pela ideologia penal oficial."⁴ Para o autor:

[...] a pena como retribuição do crime, no sentido religioso de *expição* ou no sentido jurídico de *compreensão* da culpabilidade, característica do Direito Penal clássico, representa a imposição de um mau *justo* contra o mal *injusto* do crime, necessário para realizar justiça ou restabelecer o Direito. (itálicos originais)⁵

Continuando com o entendimento de Juarez Cirino dos Santos, quanto à função de prevenção especial da pena:

[...] primeiro, o programa de *prevenção especial* é definido pelo juiz no momento de *aplicação* da pena, através da sentença criminal, individualizada conforme *necessário e suficiente* para *prevenir* o crime (art. 59, CP); segundo, o programa de *prevenção especial* definido na sentença criminal é realizado pelos técnicos da *execução* da pena criminal – os chamados ortopedistas da moral, na concepção de FOUCAULT -, com o objetivo de promover a *harmônica integração social* do condenado (art. 1º, LEP). (itálicos originais)⁶

A pena como prevenção especial, conforme sua função declarada, pode ser compreendida, também, em negativa ou positiva. A negativa dirige-se à sociedade, visto que é aquela que ocorre com a exclusão do indivíduo do meio social, ou seja, através da neutralização do criminoso, mantendo-o preso, para não praticar novos crimes contra a coletividade no decorrer da execução da pena, buscando, com isso, a segurança social. Ao passo que a prevenção especial positiva dirige-se ao imputado, no sentido da correção, ressocialização, reeducação, cura do indivíduo com a privação de sua liberdade.⁷

⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2007. p. 454.

⁵ *Ibidem*, p. 455.

⁶ *Ibidem*, pp. 458-459.

⁷ *Ibidem*, pp. 459-460.

A função de prevenção geral da pena também pode ser compreendida em positiva ou negativa. Na esteira da função declarada, a negativa é dirigida a todas as pessoas e busca, com a ameaça de uma pena, desestimular os sujeitos de praticarem crimes. A prevenção geral positiva, em linhas gerais, está relacionada com o utilitarismo penal, conferindo à pena a função de integração social e buscando reforçar a fidelidade ao Estado, tendo em vista o objetivo de promover o conformismo das condutas, por conceber o direito penal como instrumento de orientação moral e de educação coletiva.⁸

2.2. PRISÃO CAUTELAR

A prisão cautelar, processual, ou provisória, ao seu turno, é aquela que pode ser decretada em momento anterior ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória e tem por objetivo assegurar a eficácia do processo criminal ou da investigação de infração penal, pois entre a prática do delito e o provimento jurisdicional definitivo, determinadas situações podem comprometer a atuação jurisdicional ou a própria utilidade do processo.⁹

Conforme orienta doutrina majoritária, são três as espécies de prisão provisória, quais sejam: a prisão temporária (disciplinada pela Lei 7.960/89), a prisão preventiva (prevista no Código de Processo Penal, que sofreu alterações substanciais com o advento da Lei 12.403/2011 e será objeto de análise no decorrer deste manuscrito) e a prisão em flagrante.

Para alguns doutrinadores, todavia, a prisão em flagrante deve ser compreendida como prisão precautelal, pois não pode justificar por si só a manutenção de alguém no cárcere por lapso temporal superior a 24 horas, após esse período, somente decisão judicial fundamentada poderá manter a prisão se presentes os requisitos da prisão preventiva ou temporária.¹⁰

⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. pp. 255-259.

⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2011. pp. 77-78.

¹⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/11**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. pp. 29-33.

3. PRINCÍPIOS ATINENTES ÀS PRISÕES CAUTELARES

3.1. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Aury Lopes Junior destaca que o postulado da presunção de inocência:

[...] é um princípio fundamental da civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. Essa opção ideológica (pois eleição de valor), em se tratando de prisões cautelares, é da maior relevância, pois decorre da consciência de que o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro.¹¹

Com suas origens no Direito Romano, durante os sistemas processuais inquisitórios da Idade Média, o princípio da presunção de inocência deixou de ser observado e, naquele período histórico, ao revés, vigorou a presunção da culpa.

Apenas em 1789, no contexto dos ideais iluministas, diante da necessidade de salvaguardar o cidadão diante do arbítrio estatal, o postulado da presunção de inocência voltou a ser preeminente, quando foi expressamente previsto no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, nos seguintes termos: "Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei."¹²

Posteriormente, tanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos¹³, de 1948, como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁴, de 1969, o princípio da presunção de inocência restou consagrado.

¹¹ LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/11**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 05.

¹² RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. 19 ed. p. 24.

¹³ Artigo XI: 1. 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 Artigo 8º - Garantias judiciais: 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...)

No Brasil, somente com a proclamação da Constituição Federal de 1988, a presunção de inocência foi expressamente consagrada, passando a figurar como direito fundamental em nosso ordenamento jurídico. O constituinte, diferentemente da expressão "presume-se inocência" empregada nos Tratados Internacionais, utilizou o termo "não será considerado culpado" na redação do inciso LVII, do artigo 5º, da CF, que sentencia: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Parcela da doutrina, todavia, considera inapropriada a utilização da expressão "presunção de inocência". Nesse sentido, pondera Paulo Rangel:

A constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém é considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5, LVII). Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa. Ou, se preferirem, a certeza da inocência ou a presunção da inocência. (...)

O magistrado, ao condenar, presume a culpa; ao absolver, presume a inocência, presunção esta "juris tantum", pois o recurso interposto desta decisão fica sujeito a uma condição (futuro e incerto), qual seja a reforma (ou não) da sentença pelo tribunal.

Desta forma, o réu tanto pode ser considerado culpado como presumido inocente e isto em nada fere a constituição Federal. Seria ilógico imaginarmos que o juiz ao condenar, presume o réu inocente. Não. Neste momento, a presunção e culpa e, óbvio, ao absolver, a presunção é de inocência.¹⁵

Por outro lado, conforme leciona Igor Nery Figueiredo, essa diferença terminológica deriva de controvérsias entre escolas penais italianas, onde, a partir do final do século XIX, no contexto dos regimes autoritários, alguns doutrinadores teceram fortes críticas ao princípio da presunção de inocência, o que refletiu na utilização da expressão "não é considerado culpado" quando da elaboração do Código de Processo Penal Italiano (1930) e Constituição italiana (1948)¹⁶. Porém, na atualidade, essa diferença na nomenclatura não apresenta maior relevância.

Atualmente, dizer que um acusado é presumidamente inocente ou que não é considerado culpado até a condenação definitiva são declarações equivalentes, produtoras dos mesmos efeitos e garantias processuais. Por isso, não se percebem diferenças reais entre as várias denominações do princípio: presunção de inocência, estado de

¹⁵ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. 19 ed. p. 25.

¹⁶ FIGUEIREDO, Igor Nery. **A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal**. Porto Alegre, RS: Editora Núria Fabris, 2012. pp. 52-53.

inocência, presunção de não culpabilidade, entre outras, são expressões que passam a mesma ideia e estabelecem uma clara fisionomia para o processo.¹⁷

Assim, independentemente da terminologia dispensada, seja presunção de inocência, seja não consideração de culpa, o postulado, consagrado na Carta Magna, de que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", conforme orienta a doutrina, deve ser compreendido em duas perspectivas: como regra probatória e como regra de tratamento.

A acepção da presunção de inocência como regra probatória confunde-se com o princípio "in dubio pro reo" e apresenta maior importância quando do julgamento da causa penal. Nesse aspecto, consubstancia-se na desnecessidade do imputado provar sua inocência, cabendo exclusivamente à acusação o dever de delimitar sua culpa e eliminar qualquer dúvida razoável quanto à sua responsabilidade criminal, se não o fizer, será imposta a absolvição. Assim, cabe ao Ministério Público ou ao Querelante afastar o estado de não culpabilidade do acusado, estado que se estende até o trânsito em julgado da condenação.¹⁸

A presunção de inocência compreendida como regra de tratamento apresenta maior relevância quando da análise das medidas cautelares de natureza pessoal. Nesse sentido, significa dizer que o investigado ou acusado deve receber o mesmo tratamento dispensado ao inocente enquanto sua culpa não restar delimitada com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, devendo-se reduzir ao extremamente necessário as medidas que restrinjam sua liberdade durante a fase de investigações preliminares e no decorrer do processo penal.

Assim, a regra será responder ao processo sem a privação da liberdade. Porém, a presunção de inocência não impede que o imputado seja preso antes de eventual condenação definitiva, desde que essa prisão apresente exclusivamente caráter cautelar, o que ocorrerá quando o estado de liberdade do acusado vier a comprometer o regular andamento da persecução penal ou de sua eficácia.

Nas lições de Igor Nery Figueiredo:

¹⁷ FIGUEIREDO, Igor Nery. **A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal**. Porto Alegre, RS: Editora Núria Fabris, 2012. p. 56.

¹⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2011. pp. 15-16.

[...] é inimaginável, por outro lado, abrir mão da persecução penal como mecanismo de tutela de direitos, até mesmo porque, como se disse, a eficácia da persecução é posta em lugar destacado pela Carta Maior, ante sua função preponderante de proteção a direitos fundamentais da coletividade. A tutela de direitos fundamentais do réu deve conviver harmonicamente com uma persecução penal eficaz, e, nessa dosagem, o Estado passa a garantir um processo justo, leal ao acusado, assegurada a paridade de forças entre acusação e defesa, mas que não compactua com a impunidade e a deficiência no dever de proteger os direitos da sociedade.¹⁹

Prossegue o autor:

[...] o dever de eficácia do processo penal decorre de algumas fontes explicitamente previstas na Constituição Federal brasileira. Primeiramente, a Carta cria mandados de criminalização no catálogo de direitos fundamentais, deixando manifesto que a persecução criminal é uma de suas prioridades. Em seguida, verificou-se que a própria previsão de direitos fundamentais, a exemplo dos direitos à vida e à saúde, criam para o Estado deveres de protegê-los e, nesse mister, o direito penal exerce papel central.²⁰

Desta feita, considerando que o indivíduo deverá ser tratado como inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ao mesmo tempo que persecução criminal merece ser tutelada, a prisão cautelar somente poderá ser imposta de maneira excepcional, a fim de instrumentalizar o processo criminal, não podendo ser utilizada como cumprimento antecipado da pena, visto que não se faz um juízo de culpabilidade em sede de prisão cautelar, mas sim de periculosidade da permanência do indivíduo em liberdade.²¹

Nesse particular, pondera André Ribeiro Giamberardino:

O limite da crítica, como apontado nas primeiras palavras da introdução, é o argumento de que se trataria de um 'mal necessário'. Ora, perante algo posto como desde logo necessário, é evidente que não se discute seu fundamento de existência, mas apenas o que se pode fazer para minimizar os danos, na medida do possível. A conclusão foi pela não vedação da prisão cautelar, desde que ela não significasse uma antecipação da punição sendo, no caso, uma prisão processual, que não

¹⁹ FIGUEIREDO, Igor Nery. **A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal**. Porto Alegre, RS: Editora Núria Fabris, 2012. p. 64.

²⁰ *Ibidem*, p. 68.

²¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2011. p. 78.

pressupõe a culpa do acusado nem cumpre qualquer das finalidades atribuídas à pena de reclusão.²²

Assim, a prisão cautelar para ser imposta sem ofender ao princípio da presunção de inocência, deve apresentar um caráter estritamente cautelar, a fim de instrumentalizar o processo criminal, não ser utilizada para outros fins.

3.2. PRINCÍPIO DA JURISDICIONALIDADE

Compete exclusivamente a juiz, no exercício da atividade jurisdicional, a decretação de medidas cautelares de natureza pessoal, através de decisão devidamente fundamentada.

A propósito, preceitua o artigo 283, do CPP, que ninguém será preso, salvo em flagrante delito ou por ordem emanada e devidamente fundamentada pela autoridade judiciária competente:

Art.283. Ninguém poderá ser preso se não em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Ressalva merece ser feita aos casos de transgressão militar ou crimes propriamente militares, pois própria Constituição Federal, no inciso LXI, do artigo 5º, permite a prisão sem prévia autorização judicial:

Art.5º, LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

A regra, todavia, é a imprescindibilidade de decisão judicial devidamente fundamentada para que uma medida cautelar seja implementada.

²² GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. p. 59.

3.3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade, embora não previsto expressamente na Constituição Federal, é decorrente do princípio do devido processo legal, e está estritamente relacionado ao princípio da razoabilidade, tendo por objetivo precípuo, proteger as liberdades fundamentais dos cidadãos de atos imoderados e arbitrários estatais.²³

A partir do postulado da proporcionalidade, sempre que necessária a imposição de alguma medida cautelar, alguns parâmetros devem ser observados para a escolha da medida adequada ao caso concreto, quais sejam, ela deverá ser eficaz para atingir o fim almejado, ao mesmo tempo que deverá ser o meio que causar menor prejuízo possível, e ainda deverá trazer vantagens superiores aos prejuízos ocasionados.

Renato Brasileiro de Lima, citando Claus Roxin, pondera que:

[...] entre as medidas que asseguram o procedimento penal, a prisão preventiva é a ingerência mais grave na liberdade individual; por outra parte, ela é indispensável em alguns casos para uma administração da justiça eficiente. A ordem interna de um Estado se revela no modo em que está essa situação de conflito; os Estados totalitários, sob a antítese errônea Estado-cidadão, exagerarão facilmente a importância do interesse estatal na realização, o mais eficaz possível, do procedimento penal. Num Estado de Direito, por outro lado, a regulação dessa situação de conflito não é determinada através da antítese estado-cidadão; o Estado mesmo está obrigado por ambos os fins: assegurar a ordem por meio da persecução penal e proteção da esfera de liberdade do cidadão. Com isso, o princípio constitucional da proporcionalidade exige restringir a medida e os limites da prisão preventiva ao estritamente necessário.²⁴

A doutrina, com base nas teorizações de Robert Alexy, para melhor operacionalizar a aplicação do princípio da proporcionalidade à realidade fática de cada caso, apresenta três requisitos intrínsecos a ele, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.²⁵

²³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2011. pp. 25-26.

²⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2011. p. 27. Apud ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Editores del Puerto, 2000, p. 258.

²⁵ FIGUEIREDO, Igor Nery. **A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal**. Porto Alegre, RS: Editora Nuria Fabris, 2012. pp. 22-25.

Por adequação, compreende-se a exigência de que a medida cautelar adotada possua eficácia para atingir as finalidades cautelares almejadas no caso concreto, ou seja, apenas haverá adequação se a medida adotada apresentar potencialidade para fazer cessar a situação de perigo que fundamentou sua decretação.

Para Aury Lopes Junior²⁶, a adequação, além de informar o juiz à escolha da medida apta ao fim proposto, também serve de substrato para que seja selecionada a medida que causar menor oneração aos direitos fundamentais do imputado, com isso, a prisão somente deverá ser utilizada como a *ultima ratio* do sistema.

No mesmo sentido pode ser compreendido o requisito da necessidade, consistente na imprescindibilidade de intervenção mínima na esfera pessoal do cidadão, o que significa dizer que a medida cautelar adotada deve ser, dentre todas aptas aos fins objetivados, a qual ocasionar menor ingerência possível.

Consoante artigo 282, parágrafo 6º, do CPP, a prisão preventiva somente poderá ser determinada quando for inviável sua substituição por alguma das medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319, do mesmo diploma legal.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito consiste na ponderação a ser realizada entre bens em conflito, de um lado, a necessidade de tutela do processo criminal, de outro, a necessidade de tutelar o direito de liberdade do cidadão ainda não considerado culpado.

Nas lições de Antônio Luiz Câmara:

[...] vê-se nitidamente que, por força deste princípio, o acusado (ou mesmo o ainda indiciado) somente pode permanecer no cárcere se houver previsão razoável que ele seja condenado. E mais: somente se justifica a permanência na prisão se a projeção demonstra que, prolatada contra ele decisão condenatória, será obrigado a sujeitar-se preso à execução da pena.²⁷

Nesse aspecto, são robustas as conclusões de Renato Brasileiro de Lima:

²⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/11**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. pp. 26-27.

²⁷ CÂMARA, Luiz Antônio. **Prisão e liberdade provisória: lineamentos e princípios do processo penal cautelar**. Curitiba: Juruá, 1997. p. 96.

[...] em sede de medidas cautelares de natureza pessoal, tem-se que a medida somente será legítima quando o sacrifício da liberdade de locomoção do acusado for proporcional à gravidade do crime e às respectivas sanções que previsivelmente venham a ser impostas ao final do processo. Isso porque seria inconcebível admitir-se que a situação do indivíduo ainda inocente fosse pior do que a da pessoa já condenada.²⁸

Em termos práticos, significa concluir que não será possível impor a prisão como medida cautelar, se ao final do processo não houver possibilidade de condenação à pena privativa de liberdade a ser cumprida no cárcere, bem como não é aceitável que eventual prisão cautelar tenha duração superior à futura pena possivelmente imposta.

Essa orientação está prevista no artigo 283, parágrafo 1º, do CPP, pois dispõe que “as medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.”

A Lei nº 12.403/2011 apresentou avanços significativos para a aplicação do princípio da proporcionalidade, pois admite a prisão preventiva, via de regra, somente para crimes dolosos punidos com pena máxima privativa de liberdade superior a quatro anos, muito embora, mesmo antes do advento de referida lei, os tribunais superiores entendiam que não se justificava manter a prisão processual motivada por suposta prática de infração cuja pena privativa de liberdade em tese projetada não fosse superior a quatro anos, sob pena de violação do preceito da proporcionalidade, porque regime de cumprimento de pena eventualmente imposta seria menos rigoroso que o cárcere.²⁹

3.4. PRINCÍPIO DA PROVISIONALIDADE

As prisões cautelares são fundamentadas em situações fáticas específicas, consistentes no *fumus comissi delicti* e no *periculum libertatis*. O preceito da provisionalidade se apresenta ao passo que a medida cautelar depende desse suporte fático para se manter legitimada. Desaparecendo, como

²⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2011. p.34.

²⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2011. pp. 35-37

pondera Aury Lopes Junior, “qualquer uma dessas ‘fumaças’ impõe a imediata soltura do imputado, na medida em que é exigida a presença concomitante de ambas (requisito e fundamento) para a manutenção da prisão.”³⁰

O postulado da provisionalidade está previsto no artigo 282, § 5º, do CPP, com redação incluída pela lei nº 12.403/11:

Art. 282: [...]

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Destarte, a expressão “poderá revogar” não deve ser compreendida como uma faculdade, mas sim como o dever que o juiz tem de revogar a prisão preventiva quando desaparecerem os motivos que a legitimaram, sob pena de ficar caracterizada a prisão ilegal. Também poderá voltar a decretá-la a qualquer tempo se sobrevierem os motivos justificantes.

3.5. PRINCÍPIO DA PROVISORIEDADE

A provisoriedade relaciona-se com o lapso temporal de imposição da medida cautelar e de acordo com Aury Lopes Junior:

[...] aqui reside um dos maiores problemas do sistema cautelar brasileiro: a indeterminação. Reina a absoluta indeterminação acerca da duração da prisão cautelar, pois em momento algum foi disciplinada essa questão. Excetuando-se a prisão temporária, cujo prazo máximo de duração está previsto em lei, a prisão preventiva segue sendo absolutamente indeterminada, podendo durar enquanto o juiz ou tribunal entender existir o *periculum libertatis*.³¹

Não havendo previsão legal do período máximo de duração da prisão preventiva, doutrina e jurisprudência apontam algumas orientações para que essa prisão cautelar não se transforme em verdadeira antecipação de pena,

³⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/11**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 17.

³¹ LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/11**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 19.

notadamente, devem-se analisar as peculiaridades de cada caso concreto para se aferir o período em que poderá se estender a duração da prisão.

3.6. PRINCÍPIO DA EXCEPCIONALIDADE

O postulado da excepcionalidade orienta que a prisão preventiva, por ser a medida de maior ingerência no direito de locomoção do cidadão antes de um juízo definitivo de culpabilidade, somente poderá ser decretada em última hipótese.

Nesse sentido estão as disposições dos artigos 282, §6º, e 310, II, ambos do Código de Processo Penal: nº 12.403/11:

Art. 282: [...]

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

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;

A Lei nº 12.403/2011 apresentou mudanças fundamentais à efetivação do princípio da excepcionalidade, pois ampliou o rol de medidas cautelares pessoais diversas da prisão e ainda passou a orientar que a prisão preventiva sempre será a *ultima ratio* do sistema, podendo o juiz decretá-la apenas quando restar inviável sua substituição por aplicação, isolada ou cumulativa, das medidas previstas no artigo 319, do CPP.

Renato Brasileiro de Lima acrescenta que:

[...] no sistema originalmente previsto no CPP, ou o acusado respondia ao processo com total privação de sua liberdade, permanecendo preso cautelarmente, ou então lhe era deferido o direito à liberdade provisória. Seguindo orientação do direito comparado, e com objetivo de pôr fim a essa bipolaridade cautelar do sistema do Código de Processo Penal, a Lei nº 12.403/2011 amplia de maneira significativa o rol de medidas cautelares pessoais diversas da prisão cautelar, proporcionando ao juiz a

escolha da providência mais ajustada ao caso concreto, dentro dos critérios de legalidade e de proporcionalidade.³²

Embora o objetivo do presente manuscrito não seja a análise detalhada de cada uma das medidas cautelares, faz-se por oportuno descrevê-las. Nos termos do artigo 319, do CPP, com redação dada pela lei nº 12.403/11, as medidas cautelares diversas da prisão são:

Art. 319: [...]

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

Destarte, quando tais medidas se apresentarem igualmente eficientes para alcançar o fim proposto, invariavelmente, por serem menos gravosas ao direito de locomoção do imputado, deverão ser impostas em substituição da prisão preventiva.

Cabe ao magistrado, em cada caso específico, com base em elementos concretos, quando decretar a prisão preventiva, fundamentar a razão pela qual deixou de impor alguma medida menos gravosa em substituição ao cárcere.

Ademais, nada obstante essa ampliação de possibilidades merecer apreço, por ao menos, em tese, indicar que a total privação de liberdade do

³² LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2011. p. 354.

imputado será a mínima possível, apenas quando imprescindível, a doutrina aponta algumas problemáticas resultantes dessa reforma legislativa.

Para Aury Lopes Junior, o dilatar do rol de medidas cautelares diversas da prisão poderá apresentar um efeito totalmente contrário ao esperado, no lugar de reduzir a ingerência estatal na esfera individual do cidadão, é possível que aumente o controle e, assim, além de não diminuir os danos, tender-se-á a ampliá-los, se a utilização de referidas medidas for banalizada.³³

Por outro lado, Renato Brasileiro de Lima acredita que a mera criação de novas medidas diversas da prisão, por si só, não será o suficiente para alterar o *status quo*, e pondera:

[...] de nada adianta a criação de medidas cautelares diversas da prisão se, concomitantemente, não for trabalhada uma estrutura adequada e eficiente para sua operacionalização e fiscalização. Se isso não ocorrer, haverá um certo temor quanto à adoção de tais medidas, com o surgimento de uma natural resistência por parte de juízes e membros do Ministério Público, que irão se voltar novamente à prisão cautelar como instrumento mais eficiente para tutelar a eficácia do processo, a despeito do sacrifício da liberdade de locomoção do agente.³⁴

Assim, primeiramente incumbe ao Estado instituir meios de efetivação das medidas cautelares, para que elas possam substituir a prisão preventiva de maneira eficaz. Posteriormente caberá ao magistrado sempre que for aplicar tais medidas em substituição à prisão, aplica-las com prudência e dentro dos limites da necessidade, para não acabar por promover uma ingerência ainda maior que o próprio cárcere.

³³ LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/11**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. pp. 119-121.

³⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2011. p. 356.

4. PRISÃO PREVENTIVA

4.1. ALGUNS ASPECTOS HISTÓRICOS

Na redação originária do Código de Processo Penal de 1941 havia duas espécies de prisão preventiva, uma se apresentava de maneira obrigatória e a outra facultativa.

A primeira estava prevista no artigo 312, o qual determinava que "a prisão preventiva será (seria) decretada nos crimes a que for (fosse) cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos." (destaque nosso).

A segunda espécie estava prevista no artigo 313, *in verbis*:

Art. 313. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal:

I – nos crimes inafiançáveis, não compreendidos no artigo anterior;

II – nos crimes afiançáveis, quando se apurar no processo que o indiciado é vadio ou quando, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou indicar elementos suficientes para esclarecê-la;

III – nos crimes dolosos, embora afiançáveis, quando o réu tiver sido condenado por crime da mesma natureza, em sentença transitada em julgado.

Verifica-se, dessa maneira, uma hipótese de decretação facultativa, conforme referido artigo 313, e a previsão de uma prisão preventiva determinada pelo legislador, nos termos do artigo 312, porque nessa hipótese não caberia ao magistrado analisar a necessidade do cárcere provisório para acautelamento do processo, simplesmente era obrigado a decretá-lo quando a pena máxima cominada ao delito investigado fosse igual ou superior a 10 (dez) anos, se presentes a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, independentemente de qualquer análise de conveniência e necessidade.

Na redação originária do artigo 314, do Código de Processo Penal, já havia previsão de que a prisão preventiva não poderia ser decretada quando as provas indicassem a presença de alguma excludente de ilicitude.

A respeito daquelas espécies de prisão preventiva, ponderava José Frederico Marques:

O que distingue a prisão preventiva obrigatória da prisão preventiva facultativa é a circunstância de exigir-se nesta a prova do *periculum in mora* (isto é, dos pressupostos constantes do art. 313), enquanto que naquela não existe tal exigência. Nos casos de que trata o art. 312 do Cód. de Proc. Penal, o *periculum in mora* se presume, sendo que a presunção é *juris et de jure*.³⁵

A obrigatoriedade de decretação da prisão preventiva estava estritamente relacionada à gravidade abstrata do crime e absolutamente desvinculada de qualquer aspecto cautelar, pois para crimes com pena máxima cominada igual ou superior a 10 (dez) anos de reclusão, supostamente mais graves, a prisão seria compulsória, já que não haveria necessidade de demonstração concreta do *periculum libertatis* (ou *periculum in mora*, segundo parte da doutrina), o qual simplesmente era presumido em razão da gravidade abstrata do delito, em tese, praticado.

Nesse contexto, nada obstante a disposição legal de prisão preventiva obrigatória, havia entendimento doutrinário no sentido de que o cárcere preventivo somente deveria ser imposto quando imprescindível ao caso concreto, porque a simples circunstância do rigor da pena cominada ao delito não seria suficiente para presumir que o agente, se permanecesse em liberdade, pudesse oferecer perigo a ordem pública, e tendo em vista que a restrição bens jurídicos somente será legítima se extremamente necessária ao acautelamento do processo.³⁶

Depois de aproximadamente vinte e seis anos de existência da prisão preventiva compulsória para os crimes com pena cominada igual ou maior que dez anos de reclusão, no ano de 1967, com o advento da Lei nº 5.349/67, foi abolida essa espécie de prisão obrigatória de nosso ordenamento jurídico.

A partir de então, a prisão preventiva tornou-se facultativa para todas as hipóteses, sendo sempre imprescindível a existência de prova da materialidade delitiva, indícios da autoria, bem como a necessidade de estar demonstrado que

³⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1965. Volume IV. pp. 51-52.

³⁶ TORNAGUI, Hélio. **Compêndio de processo penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. Tomo IV. pp.1311-1312.

a permanência do agente em liberdade colocaria em risco a ordem pública ou a instrução criminal, ou ainda prejudicaria a aplicação da lei penal.³⁷

Na sequência, com o advento da Lei nº 6.416/1977, as hipóteses de admissibilidade da prisão preventiva que estavam relacionadas com afiançabilidade ou fiançabilidade do crime, deixaram de ter por base esse critério e passaram a adotar como parâmetro a espécie de pena, reclusão ou detenção, e o elemento subjetivo do crime, o dolo, ficando vedada a possibilidade de prisão preventiva para crimes culposos a partir de então.³⁸

Posteriormente, a Lei nº 8.884/1994, que dispunha sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, alterou a redação do artigo 312, do CPP, acrescentando um quarto fundamento para a prisão preventiva, qual seja, a garantia da ordem econômica.³⁹

Após essa alteração legislativa ocorrida no início da década de 90, as normas que disciplinam a prisão preventiva no Código de Processo Penal somente foram alteradas em 2011, com a Lei nº 12.403, publicada no dia 05 do mês de maio daquele ano.

³⁷ Art. 313, do CPP. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal:

I - nos crimes inafiançáveis, não compreendidos no artigo anterior;

II - nos crimes afiançáveis, quando se apurar no processo que o indiciado é vadio ou quando, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou indicar elementos suficientes para esclarecê-la;

III - nos crimes dolosos, embora afiançáveis, quando o réu tiver sido condenado por crime da mesma natureza, em sentença transitada em julgado. (redação originária - grifo nosso)

³⁸ Art. 313, do CPP. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos: (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

I - punidos com reclusão; (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

II - punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

III - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal. (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

³⁹ Lei 8.884/94. Art. 86. O art. 312 do Código de Processo Penal passa a vigorar com a seguinte redação:

"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."

4.2. MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR

A prisão preventiva recebe formalmente o tratamento de medida cautelar de natureza pessoal e ocupa lugar secundário no sistema processual penal, apresentando intrínseco caráter instrumental, que busca assegurar o normal desenvolvimento do processo e garantir a aplicação de eventual pena privativa de liberdade imposta, bem como assegurar a harmonia da ordem social ou da ordem econômica, quando, segundo parte da doutrina, perde sua característica de instrumentalidade, conforme será mais bem analisado no decorrer do presente manuscrito.

Ainda, possui natureza residual ou subsidiária, porquanto com a nova regulamentação imposta pela Lei 12.403/2011, somente poderá ser determinada quando não for adequada e suficiente a aplicação de outra medida cautelar de natureza pessoal diversa prisão.⁴⁰

Hélio Tornagui, a seu tempo, quando ainda não estava bem assentado na doutrina o caráter cautelar da prisão preventiva, já reconhecia sua natureza cautelar e instrumental.

Providência cautelar. A prisão preventiva faz parte de um sistema de providências cautelares que visam assegurar o bom andamento do processo e a execução da sentença. Poderia até dizer-se: providências que se destinam a garantir provisoriamente a ordem jurídica até que outras, definitivas, possam ser tomadas, e isso porque tais cautelas não existem apenas no Direito processual, mas também no Direito substantivo.

Dessas precauções, algumas têm por objeto coisas (seqüestro, arresto, caução, etc.) enquanto outras visam a pessoas (custódia, detenção, prisão, etc.). *Instrumentalidade.* As providências assecuratórias não são um fim, mas um meio para assegurar as definitivas. Assim, *verbi gratia*, o arresto dos bens se faz para garantir o pagamento do débito.

Provisoriedade. Do caráter meramente instrumental das providências cautelares, decorre sua transitoriedade: elas são tomadas para viver em apenas algum tempo, isto é, até que se possam tomar as definitivas. E essa é outra característica dessas medidas. [...]

A *finalidade* de tais cautelas é evitar o perigo que resulta do retardamento da providência definitiva (*periculum in mora*). Essa terá de basear-se no acurado exame dos fatos e do Direito. Para obviar os riscos de sua tardança urge tomar precauções imediatas, sem as quais pode, inclusive, acontecer que a execução da sentença se torne impossível (pense-se no devedor que dilapida o próprio patrimônio ou no réu que foge).

⁴⁰ MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas.** São Paulo: Saraiva, 2012. 2ª ed. p. 97.

A providência definitiva baseia-se na justiça; a provisória, na segurança. Por isso mesmo, para tomá-la basta uma *aparência de direito*, um *fumus boni iuris*.⁴¹

Com efeito, a decretação da prisão preventiva deve estar adstrita a extrema necessidade de acautelamento do processo penal, não podendo ser utilizada para qualquer outro fim, sob pena de subversão de sua finalidade, como adverte Renato Brasileiro de Lima:

Enquanto a prisão penal (“*carcer ad poenam*”) objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, a prisão cautelar (“*carcer ad custodiam*”) destina-se única e exclusivamente a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. Como toda medida cautelar, tem por objetivo imediato a proteção dos meios ou dos resultados do processo, servindo como *instrumento do instrumento*, de modo a assegurar o bom êxito tanto do processo de conhecimento quanto do processo de execução. Logo, a prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada pelo Poder Público como instrumento de punição antecipada a quem se imputou a prática do delito. Isso significa que a prisão cautelar não pode ser utilizada com o objetivo de promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado, pois, se assim fosse lícito entender, subverter-se-ia a finalidade da prisão preventiva, daí resultando grave comprometimento ao princípio da presunção de inocência.⁴²

Atualmente, doutrina e jurisprudência majoritárias reconhecem a natureza acautelatória da prisão preventiva, nada obstante haja divergências quanto à natureza cautelar da prisão preventiva quando fundamentada na garantia da ordem pública ou econômica, o que será melhor analisado no capítulo subsequente.

De toda sorte, a prisão preventiva sempre será forma excepcional de privação de liberdade e sua decretação somente se faz legítima quando demonstrados seus requisitos indispensáveis, quais sejam: o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

⁴¹ TORNAGUI, Hélio. **Compêndio de processo penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. Tomo IV. pp. 1307/1308.

⁴² LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2011. p. 80.

4.3. DECRETAÇÃO NA FASE DE INQUÉRITO POLICIAL

Com as alterações introduzidas pela Lei 12.403/2011, foi retirada do magistrado a faculdade que possuía para decretar de ofício a prisão preventiva durante a fase de investigações preliminares, consoante nova redação dada ao artigo 311, do Código de Processo Penal.⁴³

Dessa maneira, durante a fase investigatória, a prisão preventiva somente poderá ser decretada em razão de requerimento do Ministério Público ou em face de representação da Autoridade Policial.

Embora a novel legislação tenha apresentado significativo avanço ao sistema acusatório constitucional, buscando resguardar a isenção e a imparcialidade do juiz, ao vedar sua atuação de ofício na fase de inquérito, para Guilherme de Souza Nucci:

[...] jamais poderia o magistrado decretar de ofício a prisão preventiva. Trata-se de medida drástica de cerceamento da liberdade, razão pela qual haveria, sempre, de existir um expresse pedido da parte interessada (MP, assistente de acusação ou querelante). Por isso, a reforma corrigiu parte dessa legitimação judicial, evitando que o magistrado atue, de ofício, pelo menos na fase policial.⁴⁴

Nesse contexto, nada obstante referida vedação ao atuar de ofício do juiz na fase de investigações preliminares, parcela da doutrina⁴⁵ considera que o magistrado pode converter para preventiva a prisão em flagrante sem necessidade de ouvir o Ministério Público antes e mesmo diante da ausência de representação da autoridade policial, sob argumento de que o juiz não estaria agindo de ofício nessa hipótese prevista no artigo 310, inciso II, do CPP, apenas estaria validando aquilo já realizado, mantendo, dessa maneira, o indiciado que já se encontrava preso.

⁴³ Art. 311. 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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

⁴⁴ NUCCI. Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. 2 ed. p. 82.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 77-79.

Para Francisco Sannini Neto, o fato de o magistrado realizar a conversão do flagrante em prisão preventiva sem prévia provocação, não configura atuação de ofício, pois entende:

[...] que nessa modalidade de prisão preventiva, o auto de prisão em flagrante funciona como uma espécie de *representação* da Autoridade Policial. Diferentemente do Ministério Público, por exemplo, que requer a prisão preventiva, o Delegado de Polícia “representa” pela decretação da medida. Esta *representação* objetiva, justamente, levar ao conhecimento do Juiz os fatos que fundamentam a adoção desta *extrema ratio*.

Sendo assim, pode-se afirmar que o auto de prisão em flagrante possui a mesma função, servindo para dar ciência ao Magistrado sobre os fatos criminosos ocorridos, que, eventualmente, exigem a decretação da prisão preventiva.

Por tudo isso, concluímos que, ao converter o flagrante em prisão preventiva, o Juiz não age de ofício, uma vez que esta sendo provocado a se manifestar por meio do auto de prisão em flagrante, que como uma medida pré-cautelares, expõe o preso e as circunstâncias de sua prisão, à análise do Poder Judiciário, para que este órgão decida sobre a necessidade da medida a ser adotada.⁴⁶

Com posicionamento diametralmente oposto, Renato Brasileiro de Lima entende que o juiz somente poderá converter o flagrante em prisão preventiva diante de provocação de algum dos legitimados, por entender ser vedado ao magistrado exercer qualquer atividade na fase de inquérito que possa caracterizar colaboração à acusação, podendo atuar apenas quando provocado, sob pena de violar o sistema acusatório e contrariar expressa disposição do artigo 311, do CPP, que veda a atuação de ofício do juiz na fase de investigação preliminar.⁴⁷

No mesmo sentido, pondera Aury Lopes Junior que “essa prisão preventiva somente poderá ser decretada se houver um pedido (do Ministério Público ou autoridade policial), pois constitucionalmente é inconcebível que o juiz o faça de ofício.”⁴⁸

⁴⁶ SANNINI NETO, Francisco. **Espécies de prisão preventiva e a lei 12.403/2011**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,especies-de-prisao-preventiva-e-a-lei-124032011,32840.html>>. Acesso em: 23 set. 2013.

⁴⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2011. Vol. I. p.1257.

⁴⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/11**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 33.

Por outro lado, objetivando amenizar essa controvérsia, alguns doutrinadores⁴⁹ entendem que a hipótese de conversão do flagrante em prisão preventiva prevista no artigo 310, inciso II, do CPP, deve ser analisada à luz a disposição do artigo 306, caput, também do CPP, que prevê a necessidade de comunicação da prisão em flagrante ao Ministério Público, que poderá de pronto, com base nos documentos recebidos, requerer a decretação da prisão preventiva ao juiz, evitando, dessa maneira, a atuação de ofício do magistrado.

Caso não ocorra imediata manifestação do *parquet* ao ser comunicado do flagrante, ainda poderá o magistrado, quando receber os autos, remeter cópia para o Ministério Público, a fim de que se manifeste a respeito da situação fática, notadamente acerca da conversão do flagrante para prisão preventiva, se necessário entender.

Outra questão pertinente a respeito da decretação de prisão preventiva durante a fase de investigações preliminares, diz respeito à possibilidade de decretá-la quando também for admissível a prisão temporária.

Renato Brasileiro de Lima defende a impossibilidade de decretação de prisão preventiva na fase de investigações em relação aos crimes previstos no artigo 1º, inciso III, da Lei n 7.960/89, para os quais admite-se a prisão temporária, pois:

[...] se em relação a tais delitos foi criada uma modalidade de prisão cautelar com o escopo específico de tutelar as investigações, não faz sentido que a prisão preventiva também seja decretada na fase preliminar. Logo, se a prisão temporária tiver sido decretada pelo magistrado pelo prazo de 60 (sessenta) dias para auxiliar nas investigações de um crime hediondo, não faz sentido que, findo esse prazo, seja decretada a prisão preventiva, concedendo-se à autoridade policial mais 10 (dez) dias para finalizar as investigações. Portanto se autoridade policial não conseguir concluir as investigações no prazo máximo previsto para a prisão temporária, o indivíduo deve ser posto em liberdade, sem prejuízo da continuidade da apuração do fato delituoso.⁵⁰

Todavia, as hipóteses autorizadoras da prisão temporária não abrangem todas as situações alcançadas pela prisão preventiva, o que pode legitimar a decretação desta quando não for autorizado a decretação em razão daquela.

⁴⁹ MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas**. São Paulo: Saraiva, 2012. 2ª ed. p. 101.

⁵⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2011. p. 227.

4.4. DECRETAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO PENAL

A redação originária do artigo 311, do CPP, dispunha que em qualquer fase da instrução criminal a prisão preventiva poderia ser decretada de ofício pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou do querelante, bem como em razão de representação da autoridade policial.

Por instrução criminal, compreendia-se o período entre o recebimento da peça acusatória e a fase de diligências, tratando-se de procedimento comum, ou até a inquirição de testemunhas, tratando-se do procedimento do júri, isso, anteriormente às alterações introduzidas pela Lei nº 11.689/2008.

Naquele contexto histórico era absolutamente factível a inexistência de hipótese de prisão preventiva para momento posterior ao fim da instrução criminal, pois a prisão era uma decorrência lógica da sentença condenatória recorrível (art. 393, inciso I, do CPP)⁵¹ ou da decisão de pronúncia (art. 408, §§ 1º e 2º, do CPP)⁵², ou seja, não havia necessidade de prisão cautelar para manter o indivíduo sob custódia após referidos momentos processuais.

Como ensinava Eduardo Espínola Filho⁵³, se a pena principal imposta fosse privativa de liberdade, o condenado deveria imediatamente ser recolhido à prisão ou nela permanecer caso estivesse sob custódia provisória, podendo apenas aguardar em liberdade o julgamento da apelação, quando condenado por crime afiançável, se prestasse fiança.

Destarte a previsão legal da prisão como efeito da sentença condenatória recorrível ou da decisão de pronúncia, com o advento da Constituição Federal de

⁵¹ Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível: (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;

⁵² Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciará-lo-á, dando os motivos do seu convencimento. (Redação dada pela Lei nº 5.941, de 22.11.1973)

§ 1º Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura. (Redação dada pela Lei nº 9.033, de 2.5.1995)

§ 2º Se o crime for afiançável, será, desde logo, arbitrado o valor da fiança, que constará do mandado de prisão.

⁵³ ESPÍNOLA FILHO. Gustavo. **Código de processo penal anotado**. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1960. Volume IV. p. 132.

1988, que em seu artigo 5º, inciso LVII, consolidou o princípio da presunção da não culpabilidade, ao dispor que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, essas modalidades de prisão não foram recepcionadas pela nova ordem constitucional.

Ora, se o indivíduo não poderá receber o tratamento de culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a única modalidade de prisão admissível antes disso será a cautelar, qualquer outra configuraria o antecipado cumprimento da pena, pois o sujeito estaria recebendo tratamento de culpado.

Nas lições de Renato Brasileiro de Lima, com:

[...] a consagração expressa do princípio da presunção de não culpabilidade, já não havia mais espaço para uma prisão provisória como efeito automático da sentença condenatória recorrível (CPP, art. 393, inc. I) ou da pronúncia (vide antiga redação do art. 408, §§ 1º e 2º, do CPP). Em outras palavras, se o acusado permanecera solto durante o processo, deveria permanecer em liberdade quando da pronúncia ou da sentença condenatória recorrível, salvo se surgisse alguma hipótese que autorizasse sua prisão preventiva. Por outro lado, tendo o acusado permanecido preso ao longo da instrução, deveria permanecer preso, salvo se desaparecesse o motivo que autorizou sua prisão preventiva, quando deveria ser posto em liberdade.⁵⁴

No ano de 2008, com as substanciais alterações ocorridas no procedimento comum e no procedimento do júri, foram extintas definitivamente do sistema processual penal as prisões decorrentes da sentença condenatória recorrível e da decisão de pronúncia.

A Lei 11.719/2008 introduziu o parágrafo único ao artigo 387, do CPP, que dispõe caber ao juiz decidir sobre a manutenção ou imposição de prisão preventiva, sempre fundamentadamente, quando proferir sentença condenatória.

Por sua vez, a Lei 11.689/2008 alterou o parágrafo 3º do artigo 413, do CPP, que passou a exigir, quando da pronúncia, decisão fundamentada do magistrado acerca da necessidade de manutenção da medida cautelar anteriormente decretada ou da necessidade de sua imposição.

Com isso, a prisão deixou de ser um mero efeito da sentença penal condenatória ou da decisão de pronúncia, e somente passou a ser admitida sua

⁵⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2011. p. 229.

decretação nessa fase processual quando extremamente necessária, diga-se, somente nas hipóteses autorizadoras da prisão preventiva.

Posteriormente, em 2011, com a reforma implementada pela Lei 12.403, foi revogado o artigo 393, do CPP, que sequer havia sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, por dispor que em razão de simples efeito da sentença condenatória recorrível, o réu deveria ser preso ou conservado na prisão caso estivesse sob custódia.

A Lei 12.403/2011 também alterou a redação do artigo 311, do CTB, *in verbis*:

Art. 311. 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.

Com essa mudança, o assistente de acusação foi incluso no rol de legitimados a requerer a decretação da prisão preventiva e o termo instrução criminal da anterior redação foi substituído pela expressão “curso da ação penal”. Ainda, nada obstante severas críticas doutrinárias, a faculdade do juiz atuar de ofício nessa fase permaneceu inalterada.

Para Aury Lopes Junior, o termo “no curso da ação penal” é tecnicamente equivocado, sendo que em seu lugar deveria ser empregada a expressão “no curso do processo penal”, pois como adverte o autor:

Ação processual penal é um poder político constitucional de invocação da atividade jurisdicional, que uma vez invocada e posta em movimento, dá origem ao processo. O que se move, tem ‘proceder’ é o processo e não a ação penal.⁵⁵

Guilherme de Souza Nucci, refletindo acerca da legitimidade atribuída ao assistente de acusação para o requerimento da prisão preventiva, pondera com contundência:

Não é mais momento para considerar a vítima como mera espectadora do processo, buscando, unicamente, a condenação do réu para fins de indenização civil. Essa ideia é ultrapassada, pois até mesmo durante o

⁵⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/11**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 64.

processo-crime pode o ofendido litigar, pleiteando a reparação civil. Diante disso, o seu interesse para acompanhar o feito criminal diz respeito à realização de justiça, sob sua ótica. Pode procurar a condenação do acusado pelo simples fato de considerar ideal essa medida punitiva (...).⁵⁶

A segunda alteração promovida no artigo 311, do CPP, notadamente a possibilidade de se decretar a prisão preventiva no curso da ação penal, e não somente durante a instrução criminal, está apenas buscando manter a coerência lógica do sistema, pois, como preteritamente mencionado, desde a Constituição Federal de 1988 já seria plenamente possível a decretação da prisão preventiva quando finda a instrução criminal, o que foi confirmado pelas mudanças implementadas no CPP em 2008, quando definitivamente extintas as prisões automáticas.

A expressão “no curso da ação penal” significa dizer que será possível a decretação da prisão preventiva enquanto ocorrer o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, desde que presentes seus requisitos.

Por outro lado, conforme enfatiza Aury Lopes Junior:

Infelizmente insiste o legislador brasileiro em permitir a prisão preventiva decretada de ofício, sem suficiente compreensão e absorção das regras inerentes ao sistema acusatório constitucional e própria garantia da imparcialidade do julgador. A nova redação do art. 311 não apresentou avanço significativo, pois segue permitindo a prisão preventiva de ofício, desde que no ‘curso da ação penal’.⁵⁷

Essa permanência da possibilidade do juiz decretar a prisão preventiva no curso do processo criminal sem que o poder judiciário ter sido provocado por algum dos interessados, configura a persistência de um resquício do sistema inquisitivo no atual modelo acusatório consagrado na Constituição Federal.

⁵⁶ NUCCI. Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. 2 ed. p.16.

⁵⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/11**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 64

4.5. PRESSUPOSTOS

A prisão preventiva, por ser um provimento de natureza cautelar, não pode ser imposta simplesmente como efeito automático da prática de uma infração penal, porque isso violaria a Constituição Federal, ao ser o cumprimento antecipado pena, já que o investigado ou acusado estaria recebendo o mesmo tratamento do considerado culpado em momento processual no qual não estaria formada a sua culpa, o que demanda toda a instrução criminal e o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em razão disso, faz-se necessária a presença simultânea de dois pressupostos, quais sejam: o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. O primeiro para que a restrição da liberdade incida sobre o provável autor do fato criminoso. O segundo para legitimar o aspecto cautelar da prisão preventiva.

A análise judicial da existência desses pressupostos apresenta-se em nível de cognição sumária, pois em face da urgência da medida cautelar, torna-se inviável exigir que o juiz desenvolva a atividade cognitiva no mesmo grau daquela desenvolvida quando do provimento definitivo. Por isso, a expressão aplicada para esses pressupostos é “fumus” (fumaça) e “ius” (direito/certeza).⁵⁸

Para a doutrina clássica do direito processual penal brasileiro, que recebeu influência da teorização processual civilista de CALAMANDREI, mencionados pressupostos denominavam-se por “fumus boni iuris” (fumaça do bom direito) e “periculum in mora” (perigo da demora), como é possível verificar nas teorizações de Hélio Tornaghi⁵⁹ e José Frederico Marques⁶⁰.

Aury Lopes Junior considera que a aplicação literal da doutrina processual civil no processo penal, trazendo para este os pressupostos cautelares daquele, constitui uma impropriedade jurídica e também semântica, porque:

[...] no processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação

⁵⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2011. p. 38.

⁵⁹ TORNAGUI, Hélio. **Compêndio de processo penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. Tomo IV.

⁶⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1965. Volume IV.

alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o requisito para a decretação de uma prisão cautelar é a existência do fumus commissi delicti, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria. (...)

Aqui o fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado. Fala-se, nesses casos, em risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou no risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta (em relação à coleta de provas). (...)

Logo, o fundamento é o periculum libertatis, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado.⁶¹ (grifos originais).

Assim, o direito processual penal apresenta uma sistemática própria, na qual os seus institutos devem ser pautados, tendo em vista que diversamente do processo civil, que abarca questões de natureza patrimonial, no processo penal está em discussão a liberdade individual.

4.5.1. Do fumus commissi delicti

O pressuposto do *fumus commissi delicti*, imprescindível para a decretação da prisão preventiva, está consagrado no artigo 312, do CPP, *in verbis*:

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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

A fumaça do cometimento do delito, portanto, nos termos do citado dispositivo legal, consubstancia-se na prova da materialidade delitiva e no indício suficiente da autoria.

Para Aury Lopes Junior, “a fumaça da existência de um crime não significa juízo de certeza, mas de probabilidade razoável”.⁶² O *fumus commissi delicti* requer a presença de um suporte fático extraído da investigação, por meio do qual, realizando “um raciocínio lógico, sério e desapassionado, permita deduzir

⁶¹ LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/11**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. pp. 08-09.

⁶² *Ibidem*, p. 66.

com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto”.⁶³

Ensina o autor que em sede de medidas cautelares não há de falar em certeza, mas sim em juízo de possibilidade ou probabilidade. O primeiro não necessita do predomínio de razões positivas sobre razões negativas, ou seja, não necessidade de prova plena e robusta acerca da culpabilidade do indivíduo. O segundo significa que deve haver predomínio das razões positivas, isto é, prova plena e robusta da culpabilidade.⁶⁴

Para a decretação da prisão preventiva (ou qualquer outra prisão cautelar), diante do altíssimo custo que significa, é necessário um juízo de probabilidade, um predomínio das razões positivas. Se a possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a prisão preventiva, pois o peso do processo agrava-se notavelmente sobre as costas do imputado.⁶⁵

Por conseguinte, no que tange à materialidade delitiva, o artigo 312, do CPP, exige a presença de prova da existência do fato criminoso, logo, deverá ocorrer um juízo pleno quanto à prática da infração penal, necessitando de provas robustas para tanto, não bastando a mera suspeita em relação ao investigado ou imputado.

Nos crimes que deixam vestígios, a prisão preventiva poderá ser decretada mesmo se ausente o exame de corpo de delito, pois a materialidade do crime pode ser suprida por outros meios probatórios, desde que provas plenas.⁶⁶

Ademais, havendo necessidade da prova da materialidade do crime, todos os elementos do delito deverão estar presentes. Com isso, deverá estar devidamente provada a existência de um fato típico, antijurídico e culpável, pois na ausência de qualquer um desses elementos a conduta deixará de ser considerada criminosa e não poderá ser imposta a prisão preventiva. Nesse sentido, o artigo 314, do CPP, veda sua decretação quando verificado ter o agente praticado o fato em estado de necessidade, legítima defesa, estrito

⁶³ *Ibidem*, p. 67.

⁶⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/11**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011 pp. 66-67.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 67-68.

⁶⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2011. p. 38.

cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, hipóteses essas excludentes de ilicitude.

Quanto à necessidade de existência de indícios de autoria, verifica-se que o dispositivo legal não exige a presença de provas de autoria. Com isso, não faz-se necessário a um juízo pleno quanto a esse elemento, pois o termo “indício” é utilizado em sua acepção de prova semiplena, isto é, aquela que possui menor valor persuasivo, apenas indicando concreta e razoavelmente a autoria delitiva, e não concluindo definitivamente, o que apenas poderá ocorrer quando da prolação da sentença.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, o indício suficiente de autoria “trata-se da suspeita fundada de que o indiciado ou réu é o autor da infração penal. Não é exigida prova plena da culpa, pois isso é inviável num juízo meramente cautelar, muito antes do julgamento do mérito”.⁶⁷

4.5.2. Do periculum libertatis

Indispensável para a decretação da prisão preventiva, o *periculum libertatis* pode ser compreendido como o perigo que decorre do estado de liberdade do indivíduo e consubstancia-se em um dos quatro fundamentos previstos no artigo 312 do CPP: a garantia da ordem pública; a garantia da ordem econômica; a garantia de aplicação da lei penal; e a conveniência da instrução criminal.

Dessa maneira, havendo prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, não será necessária a presença simultânea de todos esses fundamentos, bastando a existência de um deles para que possa ser imposta a prisão preventiva.

Todavia, mesmo se presente algum desses fundamentos, nos termos do artigo 282, parágrafo 6º, do CPP, a prisão preventiva somente poderá ser determinada quando o estado de perigo não puder ser afastado com a imposição

⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 10ª ed. p. 665.

de alguma das medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319, do mesmo diploma legal.

Conforme leciona Aury Junior, a prisão decretada para *garantir a aplicação da lei penal*:

[...] em última análise, é a prisão para evitar que o imputado fuja, tornando inócua a sentença penal por impossibilidade de aplicação da pena cominada. O risco de fuga representa uma tutela tipicamente cautelar, pois busca resguardar a eficácia da sentença (e, portanto, do próprio processo). O risco de fuga não pode ser presumido; tem de estar fundado em circunstâncias concretas.⁶⁸ (destaques originais)

Dessa maneira, o fundamento de garantia de aplicação de lei penal apresenta nítido caráter cautelar, pois busca assegurar os possíveis resultados do processo penal, evitando-se, com isso, a inutilidade da persecução criminal.

Nada obstante seja majoritariamente reconhecido na doutrina o caráter instrumental, logo constitucional, de referido fundamento para prisão preventiva, parcela doutrinária compreendia que ele não se coaduna com o princípio da presunção da inocência.

O motivo de “assegurar a aplicação da lei penal”, ainda previsto na lei, implicitamente está derogado pelos princípios constitucionais que, posteriores àquela legislação de 1941, implantaram o sistema processual acusatório, que se funda na “presunção de inocência do acusado, até que seja julgado culpado, mediante provas acima de dúvidas razoáveis”. Portanto, não se pode decretar a custódia provisória de alguém, presumindo-se sua culpabilidade e conseqüente condenação.⁶⁹

Destarte, não ocorre presunção de culpabilidade quando da decretação da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, pois não objetiva-se a antecipação de pena futuramente imposta, mas apenas pretende-se garantir que o imputado cumpra a futura penalidade, privando-o da liberdade quando tenha demonstrado que pretende evadir-se da aplicação da pena.

Ademais, destaca João Gualberto Garcez Ramos que a prisão pode ser imposta em situações distintas: tanto quando ocorrer risco de fuga do imputado, como quando a fuga já se consumou e a prisão terá por objetivo recapturar a

⁶⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/11**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 72.

⁶⁹ RIBAS, Aristeu dos Santos. Prisão preventiva: quando e como pode ser representada, requerida e decretada. **Revista de Processo**, São Paulo, v.08, n.68, 1977. p.131.

pessoa para que responda à provável pena privativa de liberdade resultante do processo penal.⁷⁰

Contudo, há precedente no Supremo Tribunal Federal (HC 93803/RJ) e no Superior Tribunal de Justiça (HC 42225/SP), no sentido de que se o imputado efetua a fuga por considerar a prisão injusta, esse fato não poderá ser fundamento para a preventiva, mais ainda, se através fuga objetivar discutir a legitimidade da decisão.

De toda sorte, sempre será inidônea a utilização de suposições para justificar a prisão, pois o perigo de fuga deverá necessariamente estar vinculado a circunstâncias concretas que evidenciem a intenção do imputado em se evadir, tais quais, a título de exemplo, podem indicar a intenção de fuga: a aquisição de passagens aéreas sem motivação; a venda de bens pessoais; a mudança contínua de residência; e o aluguel de aeronave.⁷¹

Por outro, a prisão preventiva decretada com fundamento *conveniência da instrução criminal* tem por escopo salvaguardar as investigações preliminares ou o processo criminal, quando o indivíduo, em estado de liberdade, colocá-los em ameaça, ocasionando o risco de desvirtuar seus objetivos precípuos.

Todavia, a expressão “conveniência da instrução criminal” não deve ser compreendida de maneira literal, pois a restrição da liberdade de alguém ainda não considerado culpado somente poderá ocorrer em situações de extrema necessidade.

A medida cautelar não pode ser decretada com base em *mera conveniência*. Sua decretação está condicionada, sim, à necessidade ou indispensabilidade da medida a fim de possibilitar o bom andamento da instrução criminal.⁷²

Dessa maneira, caberá a prisão quando o agente estiver efetivamente impedindo ou atrapalhando a produção de provas, como, por exemplo, se ameaçar vítimas e testemunhas, destruir evidências materiais ou procurar, de outro modo, embaraçar o curso da persecução penal.

⁷⁰ RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998. p. 130.

⁷¹ FIGUEIREDO, Igor Nery. **A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal**. Porto Alegre, RS: Editora Núria Fabris, 2012. p. 106.

⁷² LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2011. p. 249.

Destarte, sempre se faz necessária decisão judicial fundamentada em fatos concretos que indiquem que a conduta do sujeito é direcionada a obstruir o normal desenvolvimento do processo, sendo insuficientes meras presunções de que instrução criminal está em risco.

Outrossim, o caráter cautelar da prisão preventiva com fundamento na conveniência da instrução criminal é bem evidenciado, pois busca-se, com a medida, proteger a colheita das provas, elementos imprescindíveis para o esclarecimento dos acontecimentos e, conseqüente, efetivação do processo criminal.⁷³

Por sua vez, a prisão preventiva decretada para *garantir a ordem econômica*, conforme leciona Aury Lopes Junior, tem por escopo:

[...] tutelar o risco decorrente daquelas condutas que, levadas a cabo pelo agente, afetam a tranquilidade e harmonia da ordem econômica, seja pelo risco de reiteração de práticas que gerem perdas financeiras vultosas, seja por colocar em perigo a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro ou mesmo o mercado de ações e valores.⁷⁴

A expressão “ordem econômica” está estritamente relacionada e, ao mesmo tempo, compreendida pelo termo “ordem pública”, que possui denotação mais ampla. Nesse sentido, pondera João Gualberto Garcez Ramos:

O conceito de *ordem econômica* se insere no de *ordem pública*, sendo uma especialização deste. Na mesma linha de raciocínio, a ordem econômica é, faticamente, a conveniência ordenada dos agentes econômicos e, normativamente, o conjunto das regras que garantem a segurança e a liberdade das relações de produção e circulação de riquezas, bem como das que garantem a valorização do trabalho humano.⁷⁵

Compreende o autor que esse fundamento para a prisão preventiva não apresenta natureza cautelar e seria uma “medida judiciária de polícia”, pois não objetiva servir de instrumento a garantir a instrução criminal ou aplicação da lei penal, apenas visa assegurar os valores econômicos e sociais.⁷⁶

⁷³ LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/11**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 72.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 71.

⁷⁵ RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998. p. 144.

⁷⁶ *Ibidem*, 144-145.

Nesses aspectos, sublinha Igor Nery Figueiredo⁷⁷ que “a única finalidade possível para esta medida é a de evitar a prática de novos crimes com repercussão econômica”, não destoando, dessa maneira, da garantia da ordem pública.

Ao seu turno, a *garantia da ordem pública* como fundamento para decretação da prisão preventiva apresenta tamanha importância em sede de medidas cautelares de natureza pessoal, que será dedicado posterior capítulo deste manuscrito para sua análise pormenorizada.

4.6. HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE

Quando presentes o pressuposto do *fumus commissi delicti* (prova da materialidade delitiva e indício suficiente da autoria) e pressuposto do *periculum libertatis* (garantia de aplicação da lei penal, ou conveniência da instrução criminal, ou garantia da ordem econômica, ou garantia da ordem pública), somente será possível a imposição da prisão preventiva nas hipóteses previstas no artigo 313, do CPP:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime 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;

Parágrafo único. 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.

Com a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, o inciso primeiro, do artigo 313 do CPP, que admitia a prisão preventiva para crimes dolosos punidos com

⁷⁷ FIGUEIREDO, Igor Nery. **A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal.** Porto Alegre, RS: Editora Nuria Fabris, 2012. p. 120.

reclusão, foi alterado e passou a admitir a prisão somente para *crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos*.

Essa mudança apresenta significativa relevância por estar, conforme pondera Renato Brasileiro de Lima:

[...] diretamente relacionada ao princípio da proporcionalidade. Na verdade, com a mudança, o legislador visa evitar que o mal causado durante o processo seja desproporcional àquele que, possivelmente, poderá ser infligido ao acusado quando do seu término. Ou seja, ao decretar a prisão preventiva, deve o juiz fazer um prognóstico se, ao término do processo, ao réu poderá ser aplicada pena privativa de liberdade. Assim, se o juiz, *ab initio*, percebe que o crime cometido pelo agente terá sua pena privativa de liberdade convertida em restritiva de direitos, não faz sentido que decreta uma prisão preventiva. Impõe-se, pois, a observância da homogeneidade ou proporcionalidade entre a prisão preventiva a ser decretada e eventual condenação a ser proferida.⁷⁸

Com isso, nada obstante seja admissível a prisão preventiva apenas para crimes com pena máxima cominada superior a 4 (quatro) anos, nas hipóteses de concurso de delitos, deverá ser considerado o quantum da somatória das penas em se tratando de concurso material e concurso formal impróprio, o quantum do aumento da pena nos casos de concurso formal próprio ou crime continuado.

As causas de aumento e diminuição de pena devem ser consideradas. Quando presente causa de aumento, deve ser considerado o máximo admissível. Quando presente causa de diminuição, deve ser considerada a mínima possível.

Por outro lado, tratando-se de agravantes ou atenuantes, elas não podem ser levadas em consideração, seja, porque não há um critério prefixado para o quantum do aumento ou, seja, porque sua incidência não poderá alterar a pena para patamar superior ou inferior aos máximos e mínimos legais.

A *segunda hipótese* de admissibilidade para a prisão preventiva está prevista no inciso II, do art. 313, do CPP, o qual estabelece que *será admitida prisão para aqueles que tiverem sido condenados por outro crime doloso*, ou seja, quando tratar-se de agente reincidente nessa espécie de crime.

Outrossim, nessa hipótese faz-se indiferente o quantum da pena fixada, sendo necessário apenas que o agente já tenha sido definitivamente condenado

⁷⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2011. p. 244.

por outro crime doloso, observando-se, todavia, a prescrição do inciso I, do artigo 64, do Código Penal, segundo o qual, para fins de reincidência: “não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos”.⁷⁹

A *terceira possibilidade* está consagrada no inciso III, do artigo 313, do CPP, no sentido de que cabe a decretação da prisão preventiva para os crimes que envolvem violência doméstica e familiar, de maneira a garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Conforme pondera Renato Brasileiro de Lima:

À primeira vista, pode-se pensar que, nessa hipótese, a prisão preventiva seria cabível tanto em relação a crimes dolosos quanto em face de crimes culposos, já que o inc. III do art. 313, diversamente dos incs. Anteriores, não estabelece qualquer distinção, referindo-se apenas à prática de *crime*. Não obstante, se o inc. III do art. 313 pressupõe a prática de crime envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, é evidente que referido crime só pode ter sido praticado dolosamente. Afinal, se se trata de violência de gênero, deve ficar evidenciada a consciência e a vontade do agente de atingir as vítimas vulneráveis ali enumeradas, assim como sua intenção dolosa de violar as medidas protetivas de urgência, o que não resta caracterizado nas hipóteses de crimes culposos.⁸⁰

Para o autor, em que pese tais medidas de urgência estejam dispostas na Lei Maria da Penha, que tutela apenas a violência doméstica e familiar contra a mulher, quando a violência era praticada contra outras pessoas vulneráveis, já vinham sendo aplicadas analogicamente essas medidas protetivas, o que justifica a abrangência do inciso III, do artigo 313, do CPP, de situações envolvendo criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.⁸¹

Por fim, a *quarta hipótese* está prevista no parágrafo único, do artigo 313, do CPP, segundo o qual se admite 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

⁷⁹ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. 19 ed. p. 769.

⁸⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2011. pp. 257-258.

⁸¹ *Ibidem*, p. 259.

liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida”.

Conforme salienta Aury Lopes Junior, essa hipótese de admissibilidade merece ser interpretada à luz do princípio da proporcionalidade, sendo, desta maneira, injustificável decretar-se a prisão com base no parágrafo único, do artigo 313, do CPP, quando tratar-se de crime com pena máxima cominada igual ou inferior a 4 anos, ou tratando-se de crime culposos, situação que sequer admite-se a prisão preventiva.⁸²

Além disso, esse dispositivo deve ser analisado em cotejo com a Lei 12.037/2009, que regulamentou a identificação criminal, ou seja, quando através desta restar possível a identificação da verdadeira identidade do indivíduo, por mais que ele tenha deixado de fornecer elementos para identificá-la, não se justificará a decretação de sua prisão preventiva.⁸³

⁸² LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/11**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. pp. 78-79.

⁸³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2011. p. 262.

5. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA

A garantia da ordem pública como fundamento para o decreto da prisão preventiva está presente no CPP desde sua edição na década de quarenta (Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941). Seu conceito é aberto e impreciso, possibilitando variadas interpretações, o que ocasiona diversas controvérsias na doutrina e na jurisprudência.

No âmbito doutrinário, há diversas correntes de pensamento que refletem sobre o conceito de ordem pública e possibilidade de decretação da prisão preventiva com base nesse fundamento.

Para uma *primeira corrente* de entendimento, o cárcere preventivo com fundamento na garantia da ordem pública não apresenta característica cautelar, representando exclusivamente o cumprimento antecipado da pena, pois não tem por finalidade tutelar o processo, apresentando objetivos outros, como por exemplo, evitar a reiteração criminosa.

Nesse sentido, Odone Sanguiné, citado por Aury Lopes Junior, pondera:

[...] quando se argumenta com razões de exemplaridade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, aplacar o clamor público criado pelo delito etc. que evidentemente nada tem a ver com fins puramente cautelares e processuais que oficialmente se atribuem à instituição, na realidade, se introduzem elementos estranhos à natureza cautelar e processual que oficialmente se atribuem à instituição, questionáveis tanto desde o ponto de vista jurídico-constitucional como as perspectiva político criminal. Isso revela que a prisão preventiva cumpre funções reais (preventivas gerais e especiais) de pena antecipada incompatíveis com sua natureza.⁸⁴

Acompanhando este pensamento, Eugenio Raúl Zaffaroni afirma categoricamente que:

A prisão preventiva, salvo os poucos casos em que a coerção administrativa direta a legítima, é uma pena antecipada, que às razões que deslegitimam o poder punitivo em geral soma a flagrante e incontestável violação do princípio da presunção de inocência. A única

⁸⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/11**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 84. Apud SANGUINÉ, Odone. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva**. Revista de Estudos Criminais, n. 10, 2003, p. 114.

posição coerente é a do substantivismo autoritário; para aqueles que não compartilham seus fundamentos, não resta outro caminho senão concluir por sua ilegitimidade."⁸⁵

Para uma *segunda corrente* de entendimento, a prisão preventiva para garantir a ordem pública tem por escopo evitar a reiteração de crimes e também busca acautelar o meio social, ao garantir a credibilidade da justiça mantendo-se preso o autor de um delito grave. Gravidade que deverá estar demonstrada de forma concreta, baseando-se nas peculiaridades em que o delito foi cometido, não em meras presunções.⁸⁶

Para uma *terceira corrente* de entendimento, a prisão para garantir a ordem pública preserva o caráter cautelar, pois pode ser decretada com o objetivo de evitar a reiteração criminosa e, com isso, assegurar um resultado útil ao processo, impedindo que o indivíduo continue a cometer delitos.

O inciso I, do artigo 282, do CPP, aponta para esse entendimento, ao dispor que as medidas cautelares deverão ser aplicadas em observância à “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”.

Nessa perspectiva, salienta Renato Brasileiro de Lima:

[...] entende-se garantia de ordem pública como risco considerável de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade, seja porque se trata de pessoa propensa à prática delituosa, se porque, se solto, teria os mesmos estímulos relacionados com o delito cometido, inclusive pela possibilidade de voltar ao convívio com os parceiros do crime. Acertadamente, essa corrente, que é majoritária, sustenta que a prisão preventiva poderá ser decretada com o objetivo de resguardar a sociedade da reiteração de crimes em virtude da periculosidade do agente.⁸⁷

⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2005. pp. 170-171.

⁸⁶ BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de processo penal anotado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. 04 ed. pp. 507-508.

⁸⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2011. p. 236.

Ademais, a periculosidade não poderá ser presumida, devendo estar demonstrada em elementos concretos que possam indicar que o indivíduo voltará a delinquir se permanecer em liberdade.⁸⁸

Em outra perspectiva, João Gualberto Garcez Ramos compreende que a prisão para garantir a ordem pública não apresenta característica de medida cautelar, pois não busca tutelar o processo, tampouco pretende antecipar-se a pena, somente apresenta característica de "medida judiciária de polícia":

[...] justificada e legitimada pelos altos valores sociais em jogo. A magistratura, formada por agentes políticos do Estado, tem papel suficientemente importante na defesa social que a legitima politicamente para decretar a medida, não referente, todavia, à atividade concreta que desenvolve no processo penal condenatório.⁸⁹

Nesse aspecto, manifestou-se o STF, em determinada oportunidade, ao destacar que ordem pública consubstancia-se “na tutela de superiores bens jurídicos da incolumidade das pessoas e do patrimônio, constituindo-se explícito ‘dever do Estado, direito e responsabilidade de todos’ (art. 144 da CF/88)”.⁹⁰

Assim, a prisão para garantir a ordem pública, objetivando tutelar bens jurídicos superiores, não apresenta características de instrumentalidade, somente:

[...] 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.⁹¹

Desta feita, em que pese todas as interpretações e críticas doutrinárias dispensadas a este fundamento para a prisão preventiva, ele ainda é uma recorrente realidade e se encontra atualmente em pleno funcionamento em nosso ordenamento jurídico, nada obstante, não apresente natureza cautelar.

⁸⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2011. p. 237.

⁸⁹ RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998. p. 143.

⁹⁰ Supremo Tribunal Federal. Acórdão n. 91.016. Relator: Carlos Britto. 09 mai. 2008.

⁹¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Editora Saraiva, 1991. p. 67.

Com isso, a partir desse momento, será realizada uma análise sob a perspectiva jurisprudencial, buscando-se identificar a existência de parâmetros para a definição da expressão “garantia da ordem pública” nas decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula na organização da justiça brasileira, em períodos históricos distintos, notadamente para verificar se ocorreram alterações quanto ao tratamento dado ao tema pela Suprema Corte no período pós-Constituição Federal de 1988 ou se ainda permanecem os entendimentos precedentes, bem como, se a orientação adotada está em consonância com nova ordem constitucional.

5.1. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E PERICULOSIDADE NO STF

A decretação da prisão preventiva para garantir a ordem pública com base na periculosidade, objetiva evitar a reiteração criminosa. Essa periculosidade evidenciaria que indivíduo, em estado de liberdade, provavelmente praticaria novos delitos.

O STF, em período anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, tanto se utilizou de diversos elementos para apontar a periculosidade do imputado, quais sejam: os antecedentes, as circunstâncias e a personalidade, como, em algumas ocasiões, realizou a presunção de periculosidade, não apontando nenhum elemento concreto.

Nos recursos de *habeas corpus* 58770-4/RJ (1981) e 61307-1/RJ (1983), o Supremo baseou-se exclusivamente nos maus *antecedentes* do paciente para reconhecer sua periculosidade e manter legítima a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública.

Do primeiro se extrai:

O Paciente tem antecedentes sombrios e é elemento perigoso. A prisão preventiva está fundamentada, e foi decretada para garantia da ordem pública, eis que o Paciente responde vários processos ligados ao tráfico de tóxico.⁹²

⁹² Supremo Tribunal Federal. Acórdão n. 58770-4/RJ. Relator: Ministro Rafael Mayer. 24 mar. 1981. p. 103.

Do segundo, de igual maneira:

Tais indivíduos, frente a representação da autoridade policial e do ministério público, tiveram decretadas suas prisões preventivas, por garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal, vez que são perigosos, desocupados e portadores de antecedentes penais.⁹³

As *circunstâncias* em que o crime foi praticado justificaram o reconhecimento da periculosidade do paciente e manutenção da custódia para o Supremo nos julgamentos dos RHCs 59600-2/SP (1982), 61842-1/RJ (1984), 62137-6/MG (1984) e 64165-2/MG (1986).

A título de exemplo, extrai-se do RHC 64165-2/MG:

In casu, o Magistrado, na sentença de pronúncia, colocou em destaque tratar-se de homicídio praticado por motivo fútil (a vítima soltara cachorros nos porcos do recorrente) e com requintes de crueldade. Tais circunstâncias evidenciam periculosidade. Ao final do decisum bem justificou a medida constritiva:

'Considerando os motivos do crime e a forma como o mesmo foi cometido; que, embora não tenham sido provados os maus antecedentes dos réus, de forma sobeja, em crimes de vingança e mando é inconveniente a liberdade provisória dos agentes, porquanto incentiva a prática de outros delitos da mesma natureza, prejudicando a garantia da ordem pública ou mesmo a aplicação da lei penal, determino sejam expedidos mandados de prisão contra os réus'.

Destarte, a custódia cautelar se impõe no interesse da ordem pública, pelo que deve ser mantida.⁹⁴

A *personalidade* desabonadora do indivíduo justificou a custódia nos julgamentos dos RHCs 56946-3/RJ (1979) e 66645-1/MT (1988), funcionando como indicador da periculosidade do paciente.

Para exemplificar, extrai-se do segundo:

A temibilidade do paciente e a possibilidade dele perpetrar novos crimes, conforme ressaltou muito bem a Desembargadora Shelma, em seu voto no julgamento do recurso em sentido estrito já referido, justificam plenamente a sua prisão. [...]

Os crimes hediondos praticados demonstram sem sombra de dúvidas que se trata de pessoa fria, calculista, com total perversão, malvez e insensibilidade moral. [...]

⁹³ Supremo Tribunal Federal. Acórdão n. 61307-1/RJ. Relator: Ministro Oscar Corrêa. 29 nov. 1983. p. 234.

⁹⁴ Supremo Tribunal Federal. Acórdão n. 64165-2/MG. Relator: Ministro Djaci Falcão. 20 jun. 1986. p. 108.

Nos próprios autos constam que o acusado Adriano pretende também a morte de “Zé Baiano” sendo portanto, para tal fim, contratado Juarez.⁹⁵

Em outras ocasiões, todavia, restou fundamentada a necessidade da prisão preventiva sem a indicação de qualquer elemento fático (antecedentes, circunstâncias ou personalidade) que evidenciasse a periculosidade do indivíduo, sendo utilizado como argumentação apenas a suposição de que o sujeito voltaria a delinquir se permanecesse em liberdade. O que se verifica nos julgamentos dos seguintes RHCs: 57436-0/MG (1979), 64057-5/PR (1986), 63905-4/RJ (1986) e 64969-6/RJ (1987).

No julgamento do RHC 57436-0/MG, por exemplo, a fundamentação apresentada no parecer da PGR e acolhida pelo Ministro Relator para justificar a prisão, consistiu exclusivamente na imputação dos crimes praticados, em razão das quais o acusado mereceria ser considerado perigoso. Como se verifica no seguinte trecho:

Isto basta, a nosso ver, para a subsistência do ato, quando, por outro lado, a denúncia põe à mostra a periculosidade do paciente, atribuindo-lhe significativa série de furtos qualificados.⁹⁶

Posteriormente a esses julgados, nada obstante o influxo democrático trazido pela Carta Magna de 1988, o entendimento do STF acerca da periculosidade do indivíduo como fundamento para legitimar a garantia da ordem pública não apresentou significativas modificações.

De maneira similar ao observado no período anterior ao advento da Constituição de 1988, a periculosidade continuou legitimando a manutenção prisão preventiva e sendo aferida através dos mesmos elementos, que indicariam que o imputado voltaria a praticar crimes, notadamente a personalidade no HC 69461-6/BA (1992), os antecedentes no HC 70453-1/MT (1994) e a as circunstâncias do delito nos HCs 73273-9/SC e 73847-8/SP, de 1996.

⁹⁵ Supremo Tribunal Federal. Acórdão n. 66645-1/MT. Relator: Ministro Aldir Passarinho. 23 set. 1988. pp. 385-388.

⁹⁶ Supremo Tribunal Federal. Acórdão n. 57436-0/MG. Relator: Ministro Décio Miranda. 19 out. 1979. p. 343.

Em outra ocasião, sequer foi indicado algum elemento concreto que indicasse a periculosidade, a qual foi atribuída diretamente ao indivíduo, como se verifica no seguinte trecho do RHC 67298-1/SP, de 1989:

Em síntese, a prisão do Paciente impõe-se como garantia da ordem pública, seriamente ameaçada pela conduta a ele atribuída pela denúncia. Com efeito, a imputação que lhe é irrogada – e que não se pode, de momento, afastar, do mesmo modo que não se pode tê-la como certa – implica a inferência de que o Paciente vive completamente à margem do Direito, tirando seu sustento da prática reiterada de ilícitos penais. Seria providência de alto risco colocar em liberdade provisória alguém com esse perfil.⁹⁷

Desta feita, observa-se que as características do imputado (personalidade e antecedentes) e as circunstâncias da prática delituosa (maneira de execução do crime) continuaram sendo utilizadas pelo STF como indicadores da sua suposta periculosidade, a qual continuou justificando a decretação da prisão preventiva para acautelar a ordem pública, diante da suposta possibilidade de reiteração criminosa.

Assim, verifica-se que a prisão decretada por base na suposta periculosidade do indivíduo para evitar a continuação da prática de crimes não possui características cautelares em relação ao processo, mas sim em relação à sociedade, pois apresenta a “finalidade de neutralização ou incapacitação daqueles que indivíduos e grupos considerados socialmente perigosos”.⁹⁸

Nesse compasso, a prisão preventiva do indivíduo presumidamente perigoso assume contornos de prevenção especial negativa da pena, porquanto se dirige à proteção da sociedade, retirando do convívio social aquele considerado perigoso, para que não pratique novos crimes e venha, com isso, atentar contra a coletividade.

Essa prisão, conforme ensina João Gualberto Garcez Ramos, tem a função de "medida judiciária de polícia"⁹⁹, pois, como se verifica, objetiva apenas salvaguardar a sociedade daquele presumidamente perigoso, privando sua

⁹⁷ Supremo Tribunal Federal. Acórdão n. 67298-1/SP. Relator: Ministro Aldir Passarinho. 10 mar. 1989. p. 268.

⁹⁸ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. p. 146.

⁹⁹ RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998. p. 143.

liberdade para tanto. Não busca assegurar o normal desenvolvimento do processo ou garantir a aplicação de eventual pena privativa de liberdade imposta, estando, assim, destituída de qualquer característica de instrumentalidade.

Dessa maneira, a prisão provisória do presumidamente perigoso, em que pese seus fins de salvaguardar o meio social, está em absoluta dissonância ao princípio da presunção de inocência, consagrado com a Constituição Federal de 1988, em razão do qual todo indivíduo deve receber o tratamento de inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo que a prisão cautelar somente pode ser imposta de maneira excepcional, a fim de instrumentalizar o processo criminal, caso contrário, este princípio estará sendo desvirtuado e a custódia provisória consubstancia-se no cumprimento antecipado da pena.

5.2. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CLAMOR PÚBLICO NO STF

Enquanto a periculosidade do indivíduo justificaria a decretação da prisão preventiva para garantir a ordem pública, objetivando evitar a reiteração da prática de crimes, com o clamor público, como justificante da garantia da ordem pública, busca-se oferecer imediata resposta punitiva, a fim de amenizar os ânimos da sociedade, que estaria, supostamente, arrasada em razão da prática criminosa.

Em período anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, o STF utilizou-se em diversas oportunidades do alegado clamor público para justificar a prisão preventiva.

O clamor público foi apontado como resultado da gravidade do delito praticado, como causa do descrédito da credibilidade da Justiça, bem como fora alegado para salvaguardar o próprio imputado.

Nos julgamentos dos RHCs 60089-1/CE (1982), 60910-4/SP (1983), 65583-1-PR (1987) e 65001-5-PR (1987), verifica-se que a gravidade do delito imputado consistiu o único elemento para se alegar que o fato teria ocasionado perturbação na comunidade, gerando, via de consequência o clamor público, o qual teria abalado a ordem pública, justificando-se a prisão nas hipóteses.

Para exemplificar, extrai-se RHC 60910-4/SP:

Com efeito, o réu participou de dois roubos consumados e um tentado, todos com o emprego de arma de fogo. Tais delitos, vulgarmente chamados “assaltos”, provocam, indubitavelmente, o clamor público, sendo desaconselhável que o réu seja posto em liberdade. Sua prisão se justifica, ainda, como garantia da ordem pública.¹⁰⁰

Da mesma forma, no RHC 65001-5/PR, a gravidade do crime serviu de subsídio para a alegação do clamor público supostamente ocasionado:

Às fls. 56/57 encontram-se páginas de jornais da região, noticiando o crime e a revolta por ele causada, no seio da população. [...] Verifica-se, pois, que as circunstâncias que envolveram o homicídio, provocaram desde a data de ontem, clamor público e, considerando ainda a condição pessoal do mandante do crime e vereador daquela cidade, Osvaldo Santana, impõe-se a segregação social de todos os envolvidos, como garantia da ordem pública.¹⁰¹

Em outras ocasiões, o clamor público foi alegado como causa de provável desprestígio ao Poder Judiciário, no sentido de que supostamente haveria um descrédito na Justiça, se não houvesse uma resposta imediata do Judiciário quando praticada uma infração penal, decretando-se a prisão de seu autor. Isso se verifica nos julgamentos dos recursos de *habeas corpus* 58670-8-SC, 60973-2-PR, 63950-0-RN.

Ao realizar o julgamento do RHC 60973-2/PR, para analisar a prisão preventiva decretada nos autos em que se apurava a prática do crime de homicídio triplamente qualificado, o STF em decidiu pelo não provimento do recurso, por entender que:

Cuida-se de responder à agressão que o crime, por suas características de violência e vilania, desferiu sobre o meio social local. Cuida-se de preservar a credibilidade do Estado e da Justiça. Subsidiariamente, cuida-se até mesmo de garantir a incolumidade física do réu, que o crime terá colocado em risco, agravado de modo amplo quando a Justiça entenda de colocá-lo em liberdade enquanto espera pelo julgamento.¹⁰²

¹⁰⁰ Supremo Tribunal Federal. Acórdão n. 60910-4/SP. Relator: Ministro Oscar Corrêa. 20 mai. 1983. p. 161.

¹⁰¹ Supremo Tribunal Federal. Acórdão n. 65001-5/PR. Relator: Ministro Célio Borja. 07 abr. 1987. pp. 101-105.

¹⁰² Supremo Tribunal Federal. Acórdão n. 60973-2/PR. Relator: Ministro Francisco Rezek. 27 mai. 1983. p. 200.

Ademais, em outras oportunidades, a alegação de que o delito tenha ocasionado clamor público foi utilizada para justificar a custódia, sob fundamento de que comunidade, abalada pelo crime cometido, pudesse atentar contra a pessoa o imputado. Em razão disso, sua prisão preventiva era utilizada de pretexto para garantir sua própria segurança. O que se observa nos julgamentos dos recursos de *habeas corpus* 56695-2/AM (1978), 59491-3/SC (1981) e 61148-6/RJ (1983).

Do primeiro se extrai:

O terceiro requisito, igualmente, comparece a recomendar o isolamento de Cassiano, apoiado na garantia da ordem pública. Eis que novos crimes poderão ocorrer, visto que numerosa é a família da vítima a reclamar justiça.¹⁰³

Do terceiro, de igual maneira:

A custódia provisória, além disso, foi decretada como garantia da ordem pública, visto que “a ciência de atos de barbarismo e selvageria praticados contra menores, incapazes de se defenderem”, despertou a revolta da opinião pública, pondo em perigo a própria integridade física do paciente.¹⁰⁴

Posteriormente a essas decisões, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o entendimento do STF acerca da possibilidade de decretação da prisão preventiva, em razão do clamor público decorrente do crime, sofreu algumas alterações significativas.

Em um primeiro momento, permaneceu a orientação precedente, pois, em diversas oportunidades, o clamor público continuou sendo utilizado como fundamento para justificar a manutenção da prisão preventiva, o que é visível no julgamento dos recursos de *habeas corpus* 67557-3/SP (1989), 69876-0/RJ (1992) e 75077-0/SP (1998).

No julgamento do RHC 67557-3/SP, a gravidade do crime foi utilizada para justificar a comoção pública, em razão da qual, manteve-se a custódia

¹⁰³ Supremo Tribunal Federal. Acórdão n. 56695-2/AM. Relator: Ministro Djaci Falcão. 28 nov. 1978. p. 149.

¹⁰⁴ Supremo Tribunal Federal. Acórdão n. 61148-6/RJ. Relator: Ministro Moreira Alves. 21 out. 1983. p. 128.

provisória, conforme se observa no seguinte trecho do julgado: “Os réus são acusados de crime violento, que chocou a opinião pública local, não acostumada a cenas de tamanha insensibilidade.”

Por outro lado, no julgamento do RHC 69876-0/RJ, a credibilidade da Justiça foi aventada para justificar a prisão. Enquanto no RHC 75077-0/SP, novamente, a gravidade na execução do crime justificou o suposto clamor público, mantendo-se a prisão:

Conforme exposto na decisão que decretou a prisão preventiva dos réus, o delito, da forma como se apresenta, foi premeditado e importou em gritante frieza do mandante, dos partícipes e do executor. Foi praticado de forma covarde, conforme demonstram as qualificadoras capituladas. É preciso repisar na grande repercussão deste crime na comunidade local, desacostumada com os crimes violentos frequentemente ocorridos nas grandes metrópoles, pois ficou estarrecida com a maneira como o crime se deu. Assim, pela violência do delito e pela reação da comunidade, a manutenção da prisão visa a garantia da ordem pública. [...] Relativamente o argumento da gravidade do crime não serve como justificativa bastante para a prisão processual, valendo lembrar não ter sido considerada na decisão como circunstância isolada, porém ligada a outros fatores que fundamentaram o decreto de constrição para resguardar a ordem pública (repercussão do crime na comunidade local, tratar-se de crime hediondo, indícios de participação e o fato de o réu ter respondido ao processo encarcerado).¹⁰⁵

Em um segundo momento, iniciou-se a construção do entendimento de que seria inidôneo valer-se de suposto clamor público ocasionado pelo crime, por mais grave que fosse este, para justificar a decretação da prisão preventiva. Isso fica bem evidenciado em decisão paradigmática no RHC 79200-6/BA, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence:

Prisão preventiva: à falta de demonstração em concreto do periculum libertatis do acusado, nem a gravidade abstrata do crime imputado, ainda que qualificado de hediondo, nem a reprovabilidade do fato, nem o conseqüente clamor público constituem motivos idôneos à prisão preventiva: traduzem sim mal disfarçada nostalgia da extinta preventiva obrigatória. [...] São vícios frequentes nas prisões preventivas decretadas com base unicamente na invocação de garantia da ordem pública, confundida com a autorização para utilizar a medida com fins, não apenas de prevenção especial, já em si discutível, mas sobretudo de prevenção geral, de todo incompatíveis, com a presunção de constitucional de não culpabilidade. [...] Na espécie, por mais reprováveis que sejam, nenhuma das circunstâncias alinhadas no decreto satisfaz à essencial

¹⁰⁵ Supremo Tribunal Federal. Acórdão n. 75077-0/SP. Relator: Ministro Maurício Corrêa. 31 mar. 1998. pp. 62-67.

instrumentalidade cautelar da prisão preventiva: nem o ser a vítima esposa do agente e ter sido morta no dia de seu aniversário; nem a conseqüente orfandade do pequeno filho casal; nem por si só, o fato de que o paciente portava arma de fogo, com a qual, certa vez, teria ameaçado a mulher; nem finalmente a comoção provocada pelo uxoricídio na comunidade local, por ser a morta 'pessoa digna e querida no município': são dados, todas eles, que, sobrevivendo condenação, poderão pesar na individualização da pena, mas não autorizam a sua antecipação.¹⁰⁶

Como se observa no trecho transcrito, o Ministro Relator Sepúlveda Pertence aduziu que independentemente da gravidade do crime praticado, por maior que for a sua repercussão na comunidade e o clamor desta por justiça, essas circunstâncias deverão ser de todo analisadas quando do provimento definitivo, jamais em sede de prisão cautelar, por não apresentarem correlação com a instrumentalidade processual, caso contrário, se estará diante de antecipação da pena e não de medida cautelar.

No julgamento do *habeas corpus* 84680-7/PA (2004), de igual maneira, restou decidido que: “aplicando os precedentes jurisprudenciais a este caso, é de se afastar prontamente as referências à ‘repercussão de âmbito nacional’ e ‘ao clamor público’ enquanto fundamentos válidos à decretação da custódia do paciente”.¹⁰⁷

Essa orientação está em absoluta consonância com o preceito previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, porquanto a prisão com base no clamor público, em última análise, estaria bem próxima da justiça sumária, exercendo a “função de pronta reação ao delito como forma de aplacar o alarme social”¹⁰⁸, com a antecipação da tutela penal em detrimento do direito de liberdade do indivíduo ainda não considerado culpado, vez que essa resposta aos clamores da comunidade não apresenta nenhuma característica de instrumentalidade.

¹⁰⁶ Supremo Tribunal Federal. Acórdão n. 79200-6/BA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 22 jun. 1999. pp. 390-391.

¹⁰⁷ Supremo Tribunal Federal. Acórdão n. 84680-7/PA. Relator: Ministro Carlos Britto. 14 dez. 2004. p. 397.

¹⁰⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Editora Saraiva, 1991. p. 68.

5.3. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E GRAVIDADE DO CRIME NO STF

A gravidade do delito, como preteritamente analisado, serviu de subsídio para a imputação de suposta periculosidade ao indivíduo, bem como foi utilizada para fundamentar a causa do clamor público, afora isso, anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, em outras oportunidades, a própria alegação da gravidade abstrata do crime, por si só, foi o suficiente para justificar a manutenção da prisão preventiva. Isso se verifica nos julgamentos dos recursos em habeas corpus 57618-4/RJ (1980), 62922-9/PR (1985) e 63347-1/RJ (1985).

No julgamento do RHC 57618-4/RJ, a gravidade do crime (roubo majorado), independentemente de qualquer outro elemento, foi suficiente para o improvimento do recurso, mantendo-se, assim a custódia provisória. Do acórdão se extrai o seguinte trecho:

Ora, tratando-se de assaltante à mão armada, ou de réu que tenha concorrido para o assalto, o motivo invocado pelo Juiz, qual seja o de garantia da ordem pública, é fundamentação suficiente, dispensando maiores considerações em torno do despacho, eis que, desde logo, se apresenta este último, com absolutamente lastreado, resultando daí a denegação do pedido.¹⁰⁹

De igual maneira, quando do julgamento do RHC 62922-9/PR, o fundamento apontado para justificar o improvimento do recurso consistiu exclusivamente em aventada gravidade do delito de roubo majorado imputado. Depreende-se do acórdão que:

Teria havido emprego de arma, concurso de agente, uso de automóvel do paciente, na fuga à perseguição policial, com violência à vítima, amarrada e jogada num barranco, depois de sofrer a subtração do caminhão com carga de pneus e de considerável quantia em dinheiro (Crs 165.000, 00).

Todas essas circunstâncias estão a recomendar a permanência do paciente na prisão [...].¹¹⁰

¹⁰⁹ Supremo Tribunal Federal. Acórdão n. 57618-4/RJ. Relator: Ministro Djaci Falcão. 14 mar. 1980. p. 193.

¹¹⁰ Supremo Tribunal Federal. Acórdão n. 62922-9/PR. Relator: Ministro Sydney Sanches. 24 abr. 1985. pp. 281-282.

Posteriormente a essas decisões, nas quais apenas a gravidade do crime justificou a custódia provisória, a partir do advento da Constituição Federal de 1988, iniciou-se a construção de entendimento diverso no STF, no sentido de ser inidôneo fundamentar a prisão preventiva com base exclusiva na valoração da gravidade do delito, em tese, perpetrado.

No ano de 1991, no julgamento do RHC 68631-1/DF, restou estabelecido que apenas a valoração da gravidade abstrata do delito não poderia fundamentar o decreto de prisão preventiva, com base na garantia da ordem pública, sob pena de violação ao princípio de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, e fora concedida a ordem ao paciente que era investigado em razão do crime de extorsão mediante sequestro. Extraem-se do acórdão as seguintes passagens:

A leitura dos autos me convenceu, entretanto, de que, sob a tímida declaração de suficiência da fundamentação questionada – ainda, assim, com invocação de motivos que nela não se contém -, esteve subjacente, para denegar o habeas corpus, uma razão implícita, só aventada no voto do senhor Ministro José Cândido: a gravidade do crime imputado, um dos malsinados crimes hediondos, da Lei 8072/90 -, que, ao ver de S. Exa., deveria ter tornado obrigatória a prisão preventiva (f. 99).

Cuida-se, porém, data vênua, de uma visão punitivista da prisão preventiva, que a Constituição decididamente não tolera, já por força da referida presunção de não culpabilidade (CF, art. 5º., LVII), já pela garantia do devido processo legal. [...]

Não serve a prisão preventiva, nem a Constituição permitiria que para isso fosse utilizada, a punir sem processo, em atenção à gravidade do crime imputado, do qual, entretanto, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (CF, art. 5º., LVII). O processo penal, enquanto corre, destina-se a apurar uma responsabilidade penal; jamais, a antecipar-lhe as conseqüências.

Por tudo isso, é incontornável a exigência de que a fundamentação da prisão processual seja adequada à demonstração da sua necessidade, enquanto medida cautelar, o que, à evidência, não pode reduzir-se ao mero apelo à gravidade do fato [...].¹¹¹

Após essa decisão, em outras oportunidades, o STF aplicou o entendimento de que a gravidade do delito, por si só, não pode ser utilizada para fundamentar a custódia cautelar, como se observa no julgamento do *habeas corpus* 80.717-8/SP (2001), em o que Plenário do tribunal reafirmou a ilegalidade da segregação, quando embasada apenas na gravidade do fato.

¹¹¹ Supremo Tribunal Federal. Acórdão n. 68631-1/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 25 jun. 1991. pp. 108-109.

Destarte, a prisão preventiva decretada exclusivamente com base na gravidade abstrata do crime não apresentava natureza cautelar, pois não tinha por escopo tutelar o desenvolvimento ou resultado do processo, apresentava apenas resquícios da prisão compulsória que havia sido abolida do ordenamento jurídico brasileiro no ano de 1967.

Desta feita, não havia análise da real necessidade da custódia provisória, verifica-se apenas se o crime imputado era considerado grave. Isso afrontava diretamente o princípio da presunção de inocência, em razão do qual, qualquer cerceamento de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória somente será admitido se apresentar natureza cautelar, caso contrário, configurará antecipação de tutela penal, algo absolutamente contrário ao ordenamento constitucional.

Com efeito, essa orientação adotada pelo STF está em absoluta consonância com a nova ordem constitucional implementada em 1988, pois a gravidade do crime merece ser analisada quando do provimento definitivo, momento em que o magistrado irá ponderar a culpabilidade do imputado, jamais em sede de medida cautelar, nesta, ante o preceito de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, deve ater-se à análise do provável risco que o indivíduo poderá causar ao normal desenvolvimento do processo se permanecer em liberdade, o que não se infere apenas pelo fato de o crime imputado ser considerado grave.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prisão preventiva recebe formalmente o tratamento de medida cautelar de natureza pessoal, apresenta intrínseco caráter instrumental e busca assegurar o normal desenvolvimento do processo e garantir a aplicação de eventual pena privativa de liberdade imposta, bem como, pretende assegurar a harmonia da ordem social, ocasião em que perde sua característica de instrumentalidade.

No ano de 1967, a prisão preventiva obrigatória para crimes com pena máxima cominada igual ou superior a 10 (dez) anos de reclusão, prevista na redação originária do CPP, que não apresentava natureza cautelar, foi, ao menos em tese, abolida do nosso ordenamento jurídico.

Com a proclamação da Constituição Federal de 1988, restou consagrado no inciso LVII, do seu artigo 5º, o princípio da presunção de inocência, em razão do qual, todo indivíduo deve receber o tratamento de inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo que a prisão cautelar apenas poderá ser imposta de maneira excepcional, a fim de instrumentalizar o processo criminal, em casos de extrema necessidade.

Em 2008, com as substanciais alterações ocorridas no procedimento comum e no procedimento do júri, foram extintas definitivamente do sistema processual penal brasileiro as prisões decorrentes de efeito automático da sentença condenatória recorrível e da decisão de pronúncia, que também não apresentavam natureza cautelar.

A Lei n. 12.403/2011 promoveu alterações substanciais no sistema processual penal, representando grande avanço à aplicação do princípio da proporcionalidade, pois passou a admitir a prisão preventiva, via de regra, somente para crimes dolosos punidos com pena máxima privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos, também apresentou mudanças fundamentais à efetivação do princípio da excepcionalidade, ampliando o rol de medidas cautelares pessoais diversas da prisão e, com isso, orientando que a prisão preventiva sempre será a *ultima ratio* do sistema, podendo ser decretada somente quando restar inviável sua substituição por aplicação, isolada ou

cumulativa, das medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319, do CPP.

Por outro lado, em que pese referidas alterações legislativas, mantém-se incólume no âmbito das medidas cautelares de natureza pessoal, desde a edição do CPP em 1941, o fundamento para a decretação da prisão preventiva consistente na garantia da ordem pública, fundamento esse, que apresenta um conceito aberto, possibilitando variadas interpretações.

Com isso, a exegese da expressão “garantia da ordem pública” à luz da Constituição Federal realizada pelo Supremo Tribunal Federal apresenta fundamental importância para a delimitação do seu conceito em razão das garantias constitucionais dos cidadãos.

A Suprema Corte brasileira, em momento anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, possuía interpretação mais abrangente do termo “garantia da ordem pública”.

Naquele período, o STF entendia que prisão preventiva poderia ser decretada para garantir a ordem pública em razão da periculosidade do imputado (que era presumida em face das circunstâncias da prática do delito, dos antecedentes e da personalidade do indivíduo), do clamor público e da gravidade do crime. Essas razões, isoladamente ou cumulativamente, legitimavam a custódia provisória para a garantia da ordem pública.

Posteriormente, com a promulgação da Carta Magna de 1988 e a consagração do princípio da presunção de inocência, o entendimento do STF acerca da abrangência da expressão “garantia da ordem pública” sofreu significativa alteração.

O clamor público e a gravidade do crime, que outrora justificavam a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, deixaram de ser consideradas razões idôneas a ensejar a custódia provisória para o STF, que a partir do advento da nova ordem constitucional, passou a realizar interpretação desses fundamentos à luz dos novos preceitos constitucionais.

A partir daquele momento iniciou-se a construção do entendimento de que a prisão preventiva não poderia ser decretada em razão do clamor público ou em face da gravidade do crime, porque essas justificativas não satisfazem à essencial instrumentalidade cautelar dessa medida restritiva de liberdade. Vez

que ante o princípio da presunção de inocência, a prisão preventiva somente pode ser imposta a fim de instrumentalizar o processo penal, caso contrário, estar-se-á diante de antecipação da pena e não de medida cautelar.

Todavia, a presumida periculosidade do indivíduo como fundamento da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, continuou sendo considerada justificativa idônea a justificar o cárcere provisório para o STF.

A prisão preventiva do presumidamente perigoso não apresenta natureza cautelar a fim de instrumentalizar o processo penal, tem por objetivo apenas salvaguardar o meio social em relação ao indivíduo que supostamente praticará novos crimes se permanecer em liberdade.

Com isso, verifica-se que essa orientação do STF está em dissonância com a nova ordem constitucional, porquanto em razão do princípio da presunção de inocência, a custódia provisória apenas será legítima quando objetivar acautelar o processo criminal.

Portanto, infere-se que inobstante o influxo constitucional de 1988, prevaleceu na Suprema Corte o entendimento direcionado à proteção da sociedade em detrimento à liberdade individual do imputado ainda não considerado culpado, que é recolhido ao cárcere diante da conjectura de que irá praticar novos crimes e colocar em risco a coletividade.

REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougnot. **Código de processo penal anotado**. 4a. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CÂMARA, Luiz Antônio. **Prisão e liberdade provisória: lineamentos e princípios do processo penal cautelar**. Curitiba: Juruá, 1997.

ESPÍNOLA FILHO, Gustavo. **Código de processo penal anotado**. Vol. IV. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1960.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 1a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FIGUEIREDO, Igor Nery. **A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal**. Porto Alegre, RS: Editora Núria Fabris, 2012.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar**. 201 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Vol. I. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2011.

_____. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e a sua Conformidade Constitucional**. Vol. II. 7a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/11.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas.** 2a. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Vol. IV. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1965.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 18a. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado.** 10a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011.** 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 19a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RIBAS, Aristeu dos Santos. Prisão preventiva: quando e como pode ser representada, requerida e decretada. **Revista de Processo**, São Paulo, v.08, n.68, 1977.

SANNINI NETO, Francisco. **Espécies de prisão preventiva e a lei 12.403/2011.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,especies-de-prisao-preventiva-e-a-lei-124032011,32840.html>>. Acesso em: 23 set. 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral.** 2a. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2007.

TORNAGUI, Hélio. **Compêndio de processo penal.** Tomo IV. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 3o. Vol. 20a. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derecho penal: parte general. 2a. ed. Buenos Aires: Ediar, 2005.