

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PEDRO LUÍS SALVADORI KAMIZI

A PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA SEGUNDO O
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CURITIBA
2014

PEDRO LUÍS SALVADORI KAMIZI

A PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA SEGUNDO O
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Monografia apresentada como requisito parcial para a
obtenção do grau de Bacharel no Curso de
Graduação em Direito, da Universidade Federal do
Paraná.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Clara Maria Roman Borges

CURITIBA
2014

AGRADECIMENTOS

A minha família, pela paciência e pela força.

Aos meus amigos, que muito me ajudaram nesta empreitada, especialmente aqueles desta faculdade, os quais compartilharam da mesma experiência.

À Professora Clara Maria Roman Borges, pelas ótimas aulas de direito processual penal e pelo suporte e incentivo durante a pesquisa.

À Universidade Federal do Paraná e seu corpo docente, pelo ensino ao longo desses cinco anos.

A sociedade brasileira, que bancou meus estudos.

E a todos aqueles que, de algum modo, contribuíram para minha formação, bem como para a construção do meu ser.

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo analisar a prisão preventiva para garantia da ordem pública especialmente a partir do entendimento do Supremo Tribunal Federal. A segregação com esse fundamento não se refere às finalidades tipicamente instrumentais das medidas cautelares, isto é, a tutela do processo ou seu resultado útil, constituindo, na realidade, uma medida de defesa social, seja como forma de prevenção geral ou especial. A expressão “ordem pública”, por ser extremamente vaga, é passível de diversas interpretações, a depender do subjetivismo do julgador e, por vezes, configura um recurso retórico capaz de esconder o caráter de pena antecipada da prisão que supostamente deveria ser “cautelar”, em ofensa ao princípio da presunção de inocência consagrado na Carta Magna. Nesse contexto, este manuscrito aborda os principais argumentos tradicionalmente utilizados pela jurisprudência para preencher o conceito de ordem pública à luz da atual posição do STF, bem como da doutrina. Constata-se que apesar da amplitude semântica da expressão, a Suprema Corte adota certos parâmetros para o seu uso. O STF tende a aproximar a prisão preventiva para a garantia da ordem pública à função de impedir que o acusado ou investigado considerado perigoso continue a cometer delitos (prevenção especial negativa). Tal juízo de periculosidade deve estar pautado em indícios concretos, não bastando meras conjecturas ou suposições. O “clamor público” e a “credibilidade das instituições” são argumentos que conferem à prisão preventiva um caráter “exemplar”, em clara antecipação punitiva e, por isso, não são considerados legítimos para autorizar, por si só, a custódia, embora comumente apareçam nos decretos prisionais de primeira instância. Por fim, a “gravidade do delito”, que na maioria dos casos representa um indício da periculosidade do agente, deve ser extraída das circunstâncias do crime, não bastando a mera menção à gravidade abstrata do delito.

Palavras-chave: garantia da ordem pública; prisão preventiva; prisão cautelar; presunção de inocência.

LISTA DE ABREVIATURAS

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

HC – Habeas Corpus

RHC – Recurso Ordinário em Habeas Corpus

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 PRISÃO CAUTELAR NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	9
2.1 PRISÃO PROVISÓRIA NO CPP DE 1941.....	9
2.2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL.....	11
2.3 MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL	16
2.4 PRINCÍPIOS RELATIVOS ÀS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS	18
2.5 ESPÉCIES DE PRISÕES CAUTELARES	23
3 PRISÃO PREVENTIVA	25
3.1 ASPECTOS GERAIS	25
3.2 HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE	29
3.3 PRESSUPOSTOS (“FUMUS COMMISSI DELICTI”).....	30
3.4 FUNDAMENTOS (“PERICULUM LIBERTATIS”).....	31
3.5 FUNDAMENTAÇÃO	40
4 A ORDEM PÚBLICA SEGUNDO O STF	43
4.1 CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS	43
4.2 A PERICULOSIDADE DO AGENTE E O RISCO DE REITERAÇÃO CRIMINOSA	45
4.3 O CLAMOR PÚBLICO E A CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES.....	63
4.4 A GRAVIDADE DO CRIME.....	75
5 CONCLUSÃO	81
REFERÊNCIAS	85

1 INTRODUÇÃO

A partir de uma leitura radical dos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, a prisão somente seria possível após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ocasião em que a culpa do réu estaria devidamente formada e restariam esgotados todos os seus meios de defesa. No entanto, o sistema penal contemporâneo convive com duas espécies de prisão: a prisão-pena, que resulta de sentença condenatória com trânsito em julgado; e a prisão provisória, também chamada de prisão processual, a qual é decretada antes da conclusão do processo.

Com a inclusão da garantia da presunção de inocência no texto constitucional, firmou-se o entendimento de que a prisão processual não pode servir como forma de punição antecipada, devendo cumprir apenas funções de natureza cautelar.

Todavia, apesar das diversas alterações que atingiram a matéria desde a edição do Código de Processo Penal de 1941, concebido em um momento político autoritário, remanesce em nosso ordenamento a mais polêmica hipótese autorizadora da prisão preventiva - a “garantia da ordem pública”. Por ser um fundamento demasiadamente aberto, vago, ele acaba por conferir ao julgador uma imensa dose de discricionariedade, possibilitando a decretação da prisão provisória sob os mais variados argumentos, que, por vezes, denotam o real caráter punitivo da medida.

Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo investigar a atual posição do Supremo Tribunal Federal sobre a prisão preventiva para garantia da ordem pública, a fim de aferir qual o alcance da expressão e quais os parâmetros estabelecidos pela Corte. Para tanto, será realizada uma análise pormenorizada sobre os sentidos tradicionalmente atribuídos pela doutrina e jurisprudência à garantia da ordem pública, quais sejam, a periculosidade do agente, o risco de reiteração criminosa, o clamor público, a credibilidade da justiça e a gravidade do crime.

A pesquisa busca, sobretudo, compreender e demonstrar como a prisão preventiva para garantia da ordem pública é interpretada na prática pelo STF. Não

obstante, também são abordadas as diversas compreensões doutrinárias acerca da legitimidade deste fundamento frente ao princípio da presunção de inocência.

Este trabalho é dividido em três capítulos. O primeiro destina-se a traçar um panorama geral sobre as prisões cautelares no processo penal brasileiro, explicitando as principais mudanças sobrevindas na matéria desde a concepção do CPP de 41, especialmente devido ao advento da Constituição Federal de 1988, a qual expressamente elevou a presunção de inocência ao status de direito fundamental. O segundo capítulo foca na prisão preventiva, a mais importante modalidade de prisão cautelar, abordando alguns pontos problemáticos que circundam o tema e os pressupostos e fundamentos autorizadores da medida, com ênfase, é claro, na controversa “garantia da ordem pública”. Por fim, o terceiro capítulo é dedicado a analisar os argumentos que tradicionalmente são utilizados pelos tribunais para preencher a indeterminada expressão em questão, à luz da jurisprudência do STF e das diversas posições da doutrina.

2 PRISÃO CAUTELAR NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

2.1 PRISÃO PROVISÓRIA NO CPP DE 1941

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual expressamente consagrou a presunção de inocência com o status incontestável de direito fundamental, foi consolidado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, o entendimento de que a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória não pode servir como forma de antecipação da pena, mas deve sempre cumprir alguma função cautelar. Todavia, essa não foi a orientação que pautou o legislador durante a elaboração do Código de Processo Penal de 1941, o qual, apesar das inúmeras reformas, continua em vigor.

O viés autoritário, de inspiração fascista, que norteou a concepção do CPP de 41 enfatizava a necessidade de maior eficiência na ação repressiva do Estado em detrimento das garantias e dos direitos individuais. Essa característica marcou profundamente o regime das prisões provisórias, mesmo após a Constituição Federal de 1988. Eis trecho da Exposição de Motivos do CPP, redigida por Francisco Campos:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do Processo Penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficácia e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. [...] É restringida a aplicação do in *dubio pro reo*. É ampliada a noção do flagrante delito, para o efeito da prisão provisória. A decretação da prisão preventiva, que, em certos casos deixa de ser uma *faculdade*, para ser um *dever* imposto ao juiz, adquire a suficiente elasticidade para tornar-se medida plenamente assecuratória da efetivação da justiça penal.

A rigor, considerando o sistema processual penal na forma como concebido pelo CPP, não há como afirmar sequer que as prisões provisórias possuíam natureza cautelar. Isso porque a lei estabelecia diversas hipóteses em que a decretação da prisão processual prescindia de uma avaliação acerca de sua real

necessidade para o caso concreto¹. Nesse sentido, destaca-se a figura da prisão preventiva compulsória, que perdurou até 1967 em nosso ordenamento.

De acordo com a antiga redação do artigo 312 do CPP², a prisão preventiva deveria, obrigatoriamente, ser decretada nos casos em que a pena máxima cominada ao delito apurado fosse igual ou superior a dez anos de reclusão (desde que presentes os pressupostos genéricos: prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria). Nas demais situações a prisão preventiva era considerada facultativa, pois dependia de decisão judicial fundamentada explicitando sua necessidade para a garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal, ou então, para assegurar a aplicação da lei penal (conforme o então art. 313 do CPP).

Havia, portanto, duas modalidades de prisão preventiva: uma facultativa, na qual era exigida a ponderação judicial e outra compulsória, nitidamente desprovida de função cautelar, dado que sua imposição era consequência automática da imputação.

A Lei nº 5.349 de 1967 alterou esse cenário, extinguindo a figura da prisão preventiva obrigatória baseada na pena abstratamente cominada. A partir daí, a apreciação e fundamentação da necessidade da constrição passou a ser exigência indispensável, independentemente do tipo de crime que fosse atribuído ao acusado ou indiciado.

No entanto, continuaram a existir outras formas de prisões processuais automáticas. É o caso das prisões decorrentes de pronúncia e de sentença condenatória recorrível, conforme se extrai da redação primitiva dos artigos 393, I e 408, § 1º do CPP. Nesses casos, o recolhimento à prisão era efeito mecânico, caso o crime imputado fosse inafiançável ou, em caso de crime afiançável, a fiança não fosse prestada. Ademais, cumpre lembrar que o réu sequer podia apelar (art. 585) ou recorrer da decisão de pronúncia (art. 594) sem recolher-se previamente à prisão, salvo se prestasse fiança, nos casos de crimes afiançáveis. O STJ, inclusive, chegou a editar a famigerada Súmula nº 09, a qual dizia que “a exigência da prisão

¹ Segundo Ramos, antes da Lei nº 5.349/67, não era consolidado na doutrina o entendimento de que toda prisão processual é cautelar, sendo que um dos motivos disto é a existência da figura da prisão preventiva obrigatória. RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 43-44.

² Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos”. (redação dada pelo Decreto-Lei nº 3.689/41).

provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

Sobre esse contexto, escreve Marcos Zilli:

[...] o exercício de outros importantes direitos, tais como o da ampla defesa, foram sacrificados em prol da maior efetividade do aparato repressor, em uma clara adesão à força simbólica da prisão e de sua inegável teatralidade social. É o que se verifica com o exercício do direito de recorrer, substancialmente limitado pela exigência de prévio recolhimento à prisão do condenado por crime de que não se livrasse solto ou quando não recolhesse fiança [...] ³.

Essa situação foi atenuada através da reforma promovida pela Lei nº 5.941/73, também conhecida como Lei Fleury, a qual abriu a possibilidade de que o réu pronunciado ou condenado em primeira instância fosse mantido em liberdade caso fosse primário e portasse bons antecedentes (art. 408 § 2º e art. 594) ⁴. Contudo, apesar do avanço, a regra geral continuou a mesma, de modo que se manteve certo nível de automatismo na decretação e manutenção das prisões processuais⁵.

Outra mudança significativa se deve à Lei nº 6.416/77, a qual, incluindo um parágrafo único ao art. 310 do CPP, condicionou a manutenção da prisão em flagrante à presença dos pressupostos e fundamentos da prisão preventiva, determinando a concessão da liberdade provisória para qualquer crime (mesmo para aqueles inafiançáveis), quando não estiverem reunidos tais requisitos.

2.2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

A origem da garantia da presunção de inocência nos textos constitucionais modernos está ligada à superação da lógica inquisitória dos sistemas processuais vigentes no Antigo Regime, nos quais o réu era considerado como mero objeto do

³ ZILLI, Marcos. Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro. **Revista brasileira de ciências criminais**, n. 85. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 462.

⁴ “Essas modificações, embora aparentemente liberalizantes, foram notoriamente ditadas por momentânea conveniência relacionada ao envolvimento de funcionários da alta hierarquia policial em acusações de homicídio [...]”. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 62.

⁵ ZILLI, Marcos. Op. cit., p. 464.

processo e sobre quem recaía uma aura de culpa⁶. Sobre essa questão, escreve Gomes Filho:

O apelo à presunção de inocência assumia, assim, importante valor emblemático no quadro de uma reforma penal e processual-penal que postulava a estrita legalidade das punições e a substituição do procedimento inquisitório e secreto, característico do ancien régime por um processo acusatório, público, oral e estruturado para assegurar a igualdade entre a acusação e a defesa⁷.

A consagração do referido princípio significou o reconhecimento da prevalência do direito individual à liberdade em detrimento do interesse estatal à repressão penal. Em outras palavras, preconiza que é preferível a impunidade de um culpado à condenação de um inocente⁸. Sua elevação a princípio reitor do processo penal importou também a defesa do processo não mais como mero instrumento do aparelho punitivo, mas como meio de garantir os direitos fundamentais do acusado.

O ordenamento brasileiro somente o adotou de forma explícita com a promulgação da Constituição Federal de 1988, seguindo as recomendações de diversos tratados internacionais que anteriormente haviam sido ratificados⁹. Diz o art. 5º, LVII da CF: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Tal postulado comporta dois desdobramentos no âmbito processual. De um lado, se apresenta como regra probatória, de outro, como regra de tratamento em relação ao acusado.

Como regra probatória, a garantia da presunção de inocência implica que é ônus da acusação demonstrar de forma inequívoca a culpa do réu (não é este quem deve provar sua inocência). Caso a culpa não seja devidamente comprovada, o magistrado deve, obrigatoriamente, absolver o acusado, uma vez que somente a certeza é suficiente para embasar uma condenação (“in dubio pro reo”). Ademais, o

⁶ ZILLI, Marcos. Op. cit., p. 466.

⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. Op. cit., p. 11.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 506.

⁹ Art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica de 1969.

acusado não pode ser forçado a colaborar na investigação dos fatos¹⁰ (direito ao silêncio).

Como regra de tratamento, a presunção de inocência é a garantia de que o acusado, ou investigado, não será tratado como culpado enquanto a sentença condenatória não houver transitado em julgado. Destarte, não é legítima qualquer forma de antecipação da pena antes do término do processo, o que provoca diversas restrições no tocante ao uso das prisões provisórias. Nesse sentido, diz Gomes Filho:

[...] a presunção de inocência traduz uma norma de comportamento diante do acusado, segundo a qual, são ilegítimos quaisquer efeitos negativos que possam decorrer exclusivamente da imputação; antes da sentença final, toda antecipação de medida punitiva ou que importe o reconhecimento da culpabilidade, viola esse princípio fundamental¹¹.

A partir de uma leitura radical do princípio da presunção de inocência, entendida especialmente como forma de tratamento do réu, qualquer tipo de prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória seria inadmissível. Entretanto, a consagração expressa de tal postulado no texto constitucional não implicou na abolição das prisões processuais, até porque a própria Carta, no artigo 5º, incisos XLIII, XLIV, LXI, LXV, LXVI, fornece base para a existência dessas medidas¹².

Conforme o entendimento majoritário, a prisão provisória é compatível com a presunção de inocência¹³ desde que não represente uma forma de antecipação da pena. Sendo assim, consagrou-se a ideia de que a prisão preventiva possui natureza cautelar.

Para alguns autores, que entendem ser a “instrumentalidade” a característica principal da tutela cautelar, a prisão provisória só é legítima caso sirva para assegurar o desenvolvimento do próprio processo. Gomes Filho expressa bem

¹⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. Op. cit., p. 40.

¹¹ Ibidem, p. 43.

¹² BORGES, Clara Maria Roman. A prisão cautelar e a garantia fundamental da presunção de inocência. In: **Entre Brasil e Polônia: um debate sobre direito e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 45.

¹³ “A previsão, note-se, de nenhum modo proscreveu a prisão processual do sistema jurídico penal. Na verdade sacramentou a incompatibilidade constitucional das medidas constritivas de liberdade calcadas em critérios outros que não a necessidade da preservação da finalidade do próprio processo. A cautelaridade é, portanto, requisito que deve cercear toda e qualquer prisão anterior à condenação transitada em julgado, sob pena de inadmissível equiparação à prisão pena”. ZILLI, Marcos. Op. cit., p. 467.

essa orientação, ao defender que a prisão antes da condenação final é uma medida excepcional, somente admissível nas situações em que “a liberdade do acusado possa comprometer o regular desenvolvimento e a eficácia da atividade processual”¹⁴. Desta feita, tendo a nova ordem constitucional assegurado que o acusado não pode ser tratado como culpado antes da condenação definitiva, a prisão provisória não pode cumprir os objetivos da prisão-pena.

O problema, como será visto mais adiante, é que um dos fundamentos legais autorizadores da prisão preventiva, a “garantia da ordem pública”, não possui caráter instrumental, pois diz respeito a interesses que são, a princípio, estranhos ao processo penal.

Em todo caso, após a CF de 88 consolidou-se o entendimento de que a prisão processual não pode representar uma punição antecipada, bem como não pode ser decretada de forma automática, sem uma análise concreta do “periculum libertatis”. Sendo assim, gradativamente a Suprema Corte foi reconhecendo a necessidade de uma fundamentação calcada na cautelaridade, até que, finalmente, através das reformas de 2008, as prisões decorrentes de pronúncia e de sentença condenatória não transitada em julgado foram definitivamente abolidas do ordenamento pátrio¹⁵.

A Lei nº 11.689/08 alterou o procedimento do júri e deu nova redação ao art. 413, § 3º, do CPP, passando a dispor que na pronúncia o juiz decidirá motivadamente no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da coerção.

Na mesma linha, por meio da reforma promovida pela Lei nº 11.719/08, foi incluído um parágrafo único ao art. 387 do CPP, estabelecendo que o juiz, ao proferir a sentença condenatória, decidirá fundamentadamente sobre a manutenção ou imposição da prisão preventiva ou de qualquer outra medida cautelar, sem prejuízo da apelação que vier a ser interposta. Além disso, o referido diploma legal revogou o art. 594 do CPP, o qual condicionava o conhecimento do recurso de apelação do réu ao prévio recolhimento à prisão.

Desde então, a prisão provisória deixou de ser consequência automática da decisão de pronúncia e da sentença condenatória recorrível, somente podendo ser

¹⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. Op. cit., p. 65.

¹⁵ ZILLI, Marcos. Op. cit., p. 477.

mantida ou imposta mediante decisão fundamentada, caso estejam presentes os mesmos pressupostos e fundamentos exigidos para prisão preventiva, contidos no art. 312 do CPP.

Outra questão que merece destaque é que até pouco tempo o nosso sistema admitia uma hipótese de execução antecipada. Tendo em vista que o recurso extraordinário e o recurso especial não possuem efeito suspensivo (art. 637 CPP), prevalecia nos Tribunais o entendimento de que era cabível a execução provisória de sentença penal condenatória recorrível, independentemente da demonstração das hipóteses do art. 312¹⁶.

No entanto, a questão assumiu novos contornos a partir de uma decisão paradigmática proferida pelo STF em 2008. Trata-se do HC nº 84.078-7/MG, no qual os ministros, por maioria, reconheceram que a prisão fundada na mera inexistência de efeito suspensivo do recurso extraordinário configura uma pena antecipada, sendo, portanto, inconstitucional¹⁷. Desde então, o STF considera que qualquer prisão antes do trânsito em julgado somente poderá ser decretada a título cautelar, ou seja, em conformidade com as finalidades previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Posto isso, atualmente, ao menos em tese, não é admitida nenhuma forma de prisão processual automática, sem que a decisão aponte, de maneira concreta, a necessidade da custódia, caso contrário, a constrição representará antecipação da pena e, conseqüentemente, uma violação aos princípios da presunção da inocência e do devido processo legal.

Por fim, cabe destacar a Lei nº 12.403 de 2011, que operou a mais ampla reforma na matéria. Uma de suas principais contribuições, nas palavras de Lopes Junior, foi romper com o binário reducionista de prisão cautelar ou liberdade provisória para oferecer ao juiz uma série de medidas cautelares alternativas à prisão¹⁸ (contidas no art. 319 do CPP¹⁹). Contudo, apesar de ter representado um

¹⁶ Súmula nº 267 do STJ: “a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.

¹⁷ ZILLI, Marcos. Op. cit., p. 482.

¹⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e a sua conformidade constitucional**. Vol. 2. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 35.

¹⁹ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: 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

importante avanço, a Lei nº 12.403/11 também sofreu algumas críticas pontuais por parte da doutrina. Muitos autores questionam a opção do legislador em manter a possibilidade de decretação da prisão preventiva com base na garantia da “ordem pública” e da “ordem econômica”, fundamentos que além de demasiadamente abertos, carecem de natureza instrumental.

2.3 MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL

A tutela cautelar é uma técnica processual destinada a superar os riscos inerentes à própria estrutura do processo, considerando que, em certos casos, a demora na resolução do conflito pode comprometer o resultado útil da decisão definitiva²⁰.

Uma das principais características dos provimentos cautelares é a instrumentalidade: eles não constituem um fim em si mesmo, mas são somente ferramentas voltadas a assegurar a eficácia do processo de conhecimento ou de execução²¹.

A tutela cautelar depende de dois requisitos essenciais: a) o “fumus boni iuris”, também conhecido como “aparência de direito”, é o sinal de que o direito pleiteado de fato existe, o que acarreta na razoável probabilidade de um provimento final favorável ao autor da demanda²²; e b) “periculum in mora” - o risco concreto de que a demora da decisão judicial definitiva cause um dano grave ou de difícil

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 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.

²⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. Op. cit., p. 53.

²¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 44.

²² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 345.

reparação ao bem tutelado, o que frustraria por completo a apreciação ou execução da ação principal.

A técnica cautelar, tal como exposta, tem origem no processo civil, mas também é considerada aplicável ao processo penal, tendo em vista que entre a prática do fato reputado delituoso e o provimento final da justiça existe a possibilidade de que se façam necessárias algumas providências urgentes, seja para viabilizar o fluxo regular da persecução penal ou para assegurar a efetivação dos resultados do processo.

Contudo, a importação da teoria civilista para o processo penal provoca certas incompatibilidades teóricas²³.

Em primeiro lugar, não há que se falar na existência de um processo penal cautelar autônomo, ao contrário do que ocorre na esfera cível²⁴. Aqui, não há uma ação cautelar propriamente dita, mas apenas medidas cautelares, que são instrumentos incidentais ao processo principal. Em segundo lugar, inexistente no processo penal o chamado “poder geral de cautela”, por meio do qual o juiz possa impor ao acusado restrições que não foram expressamente previstas em lei, tal como sucede no âmbito da jurisdição civil²⁵.

Feitas essas considerações, cabe dizer que no processo penal as medidas cautelares podem ser classificadas em: a) medidas cautelares reais, também conhecidas como medidas assecuratórias – que recaem sobre coisas, como, por exemplo, no caso de arresto, sequestro ou busca e apreensão; b) medidas cautelares probatórias – as quais tem por objetivo a antecipação da produção de provas; e c) medidas cautelares pessoais – que incidem sobre a própria pessoa do suspeito ou acusado, como no caso das prisões cautelares, das “medidas cautelares diversas da prisão” inseridas no art. 319 do CPP e da liberdade provisória, com ou sem fiança.

Quanto aos requisitos da tutela cautelar, há de se fazer outra ponderação. Como explica Lopes Junior, no processo penal é inapropriado falar que a decretação das medidas cautelares exige a presença de “*fumus boni iuris*”, a “fumaça de bom direito”, uma vez que o delito representa, na verdade, a negação do direito, sua antítese.

²³ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 312.

²⁴ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit., p. 59.

²⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. Op. cit., p. 57.

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação 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 de ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria²⁶.

O “periculum in mora”, por sua vez, embora se ajuste perfeitamente às medidas cautelares reais, aplicadas nos casos em que a demora na prestação jurisdicional dá margem à dilapidação do patrimônio do acusado, é um conceito incompatível com as medidas cautelares pessoais, nas quais o risco assume outro caráter:

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 da prova)²⁷.

Portanto, no processo penal convém falar em “fumus commissi delicti”, ou seja, a probabilidade de existência de um delito, que se consubstancia na prova da existência do crime e nos indícios suficientes de autoria; e em “periculum libertatis”, o qual consiste no risco de que o imputado, solto, cause dano à persecução penal ou a seu resultado útil.

2.4 PRINCÍPIOS RELATIVOS ÀS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

As prisões cautelares, bem como as demais medidas cautelares pessoais, respondem a princípios específicos. Segundo Lopes Junior, a observância destes permitirá a coexistência de uma prisão sem sentença condenatória transitada em julgado com o postulado da presunção de inocência²⁸. Neste momento cabe analisar alguns deles.

²⁶ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit., p. 58.

²⁷ Ibidem, p. 59.

²⁸ Ibidem, p. 62.

Em primeiro lugar, em detrimento dos princípios da judicialidade e da motivação, as medidas cautelares somente podem ser decretadas por meio de decisão judicial fundamentada. No que tange às prisões, tal garantia, além de estar prevista no art. 283 do CPP²⁹, também se encontra no art. 5º, LXI da Constituição Federal, o qual diz que “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”.

Logo, a constrição não pode ser ordenada pelo órgão policial ou pelo Ministério Público; a estes incumbe apenas requerê-la perante o magistrado ou tribunal. Do dispositivo constitucional, também se infere que há duas hipóteses em que a prisão prescinde de ordem judicial para ser imposta: no caso de prisão em flagrante e na prisão disciplinar dos militares sobre seus subordinados³⁰. Em relação à prisão em flagrante, cabe ressaltar que o controle judicial se dá em momento imediatamente posterior à prisão, quando o magistrado decide relaxá-la ou homologá-la, convertendo-a em prisão preventiva³¹.

As decisões que decretam as medidas cautelares, além de emanarem de autoridade judicial competente, indispensavelmente devem ser fundamentadas³². De acordo com Ferrajoli, no processo penal, a motivação das decisões judiciais representa uma garantia sobre as demais garantias³³, na medida em que possibilita aferir se o magistrado, ao julgar, observou os direitos processuais (e constitucionais) do réu.

Sobre a importância da motivação, diz Gomes Filho:

É através da motivação, com efeito, que se expressam os aspectos mais importantes considerados pelo magistrado ao longo do caminho percorrido até a conclusão última, representando, por isso, o ponto de referência para a verificação da imparcialidade, do atendimento às prescrições legais e do

²⁹ CPP, art. 283, caput: “ninguém poderá ser preso senão 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”.

³⁰ RAMOS, João Gualberto Garcez. Op. cit., p. 109.

³¹ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit., p. 63.

³² Cabe lembrar que todas e quaisquer decisões judiciais devem ser fundamentadas, assim como prevê o art. 93, IX da CF: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

³³ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 492.

efetivo exame das questões suscitadas pelos interessados no provimento³⁴.

Além de possibilitar que as partes avaliem se o julgador interpretou corretamente as questões de fato e de direito, a garantia da expressa fundamentação permite o controle dos atos decisórios, não só pelas instâncias superiores, através da análise eventuais recursos, mas pela própria sociedade, tendo em vista que o magistrado não exerce a função em nome próprio, mas por delegação da soberania popular³⁵.

O princípio da excepcionalidade, por sua vez, preconiza que a liberdade é a regra e a prisão, a exceção. Sendo assim, veda-se o uso indiscriminado das prisões cautelares, restringindo-as aos casos em que há absoluta necessidade. De acordo com Lopes Junior, a garantia da excepcionalidade implica em uma análise sobre a adequação e suficiência das demais medidas cautelares³⁶, de modo que a prisão preventiva deve ser o último recurso a ser utilizado, a “ultima ratio” do sistema processual penal, reservada apenas aos casos mais graves³⁷.

A Lei nº 12.403/11 procurou atenuar a banalização do uso das prisões provisórias, por meio da inclusão de uma série de medidas de controle alternativas à prisão. Dentro dessa nova sistemática, a constrição cautelar deve ser subsidiária, aplicável apenas quando as demais medidas cautelares, previstas no art. 319, não forem capazes de atingir o mesmo resultado de maneira menos danosa para o acusado ou investigado³⁸.

A provisoriedade, além de ser uma característica intrínseca das medidas cautelares, assume um papel de extrema relevância como princípio orientador das prisões processuais. Importa dizer que toda e qualquer segregação cautelar deveria ter curta duração, uma vez que ela não pode assumir contornos de pena antecipada. O problema é que a legislação pátria não prevê um prazo máximo no tocante à duração da prisão preventiva, a qual pode se estender indefinidamente, enquanto o tribunal entender persistir o “periculum libertatis”.

³⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. Op. cit., p. 80.

³⁵ Ibidem, p. 80.

³⁶ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit., p. 70.

³⁷ Ibidem, p. 72.

³⁸ Art. 282, §6º. A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

Entretanto, apesar desta indeterminação temporal, cumpre frisar que a duração de todo e qualquer provimento cautelar depende da manutenção das condições e dos motivos que ensejaram sua decretação. Nesse sentido, Lopes Junior diz que tais instrumentos são “situacionais”, na medida em que se destinam a tutelar uma determinada situação fática³⁹. Assim, desaparecendo os motivos autorizadores, a medida coercitiva deve ser imediatamente revogada, podendo, todavia, ser decretada novamente caso reapareçam as razões que a justifiquem (art. 282, § 5º do CPP). Nas palavras de Schietti, “a decisão que decreta a prisão cautelar é uma decisão tomada rebus sic standibus”, uma vez que está sempre sujeita à nova verificação de seu cabimento, quer para eventual revogação, quer para sua substituição por outra medida menos gravosa⁴⁰.

Por fim, cabe tratar do princípio da proporcionalidade, o mais importante relativo à matéria.

Esta garantia, de acordo com Pacelli de Oliveira, exerce uma dupla função no direito: primeiramente, desdobra-se na proibição do excesso, autorizando o intérprete a recusar a aplicação daquelas normas cuja sanção ou proibição transborde da necessidade de regulação; em segundo lugar, importa em um juízo de ponderação na escolha da norma mais adequada à situação concreta, caso mais de uma se apresente como aplicável ao mesmo fato⁴¹.

O princípio da proporcionalidade também está ligado às exigências de necessidade e adequação. A primeira está intimamente relacionada ao caráter excepcional das medidas cautelares, tendo em vista que elas somente são cabíveis quando forem estritamente necessárias para garantir o resultado pretendido. Ainda que estejam presentes os pressupostos probatórios (prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria), há situações em que a liberdade do acusado não representa risco; nestes casos, é inadmissível a prisão cautelar. Além disso, cabe ressaltar que medida deve se revelar necessária não apenas no momento de sua decretação, mas também durante toda a execução da cautela. Sendo assim,

³⁹ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit., p. 66.

⁴⁰ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar**: dramas, princípios alternativas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 87.

⁴¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Atualização do Processo Penal**: Lei 12.403, de 05 de maio de 2011. p. 14. Disponível em <http://www.amdepol.org/arquivos/reforma_do_CPP.pdfbbdc4.pdf>. Acesso em 10/08/2014.

decreta-se ou mantém-se a medida somente enquanto os pressupostos apontarem sua imprescindibilidade⁴².

A exigência de adequação significa que o provimento deve ser apto e suficiente para fazer cessar a situação de perigo que motivou sua decretação. Ademais, depreende-se do art. 282, II⁴³, do CPP, que o magistrado, ao optar dentre as diversas medidas cautelares previstas, deve considerar àquela que for mais adequada à gravidade do crime, circunstâncias do fato e circunstâncias pessoais do imputado.

Por fim, por força do postulado da proporcionalidade em sentido estrito, o magistrado deve realizar uma ponderação entre a gravidade da medida cautelar e a finalidade almejada, de maneira a evitar flagelos desnecessários. Em outras palavras, deve avaliar se a necessidade do provimento justifica a estigmatização jurídica e social que irá sofrer o acusado⁴⁴.

As providências cautelares de maneira alguma podem ser mais gravosas do que a pena esperada ao final do processo, caso contrário, a medida perderá seu caráter instrumental e, conseqüentemente, sua função cautelar. Por esse motivo, é vedada a segregação provisória de pessoas acusadas ou investigadas pela prática de crimes para os quais nem sequer há previsão de pena privativa de liberdade⁴⁵. Aliás, o juiz, ao decretar a constrição, deve verificar se há razoável probabilidade de que o imputado será condenado e que será obrigado a sujeitar-se preso à execução da pena⁴⁶.

Nas palavras de Gustavo Badaró:

Somente no caso em que se anteveja, com base nos elementos concretos existentes nos autos, que o acusado terá que se submeter a uma pena privativa de liberdade, a prisão cautelar será proporcional ao provimento definitivo que ela visa assegurar. Diversamente, caso o juiz anteveja que a pena a ser imposta será apenas uma pena de multa, ou uma pena privativa de liberdade que será substituída por pena restritiva de direito, ou ainda uma pena privativa de liberdade que será condicionalmente suspensa (sursis) ou, finalmente, uma pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime aberto, será ilegal a decretação da prisão preventiva, posto que

⁴² CÂMARA, Luiz Antônio. **Medidas cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 104-105.

⁴³ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit., p. 73.

⁴⁴ Ibidem, p. 73.

⁴⁵ Art. 283, § 1º. As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

⁴⁶ CÂMARA. Luiz Antônio. Op. cit., p. 109.

desproporcional ao resultado final do processo cuja utilidade se quer assegurar⁴⁷.

2.5 ESPÉCIES DE PRISÕES CAUTELARES

Atualmente, existem apenas três espécies de prisões provisórias⁴⁸ no sistema processual penal brasileiro: a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva.

Como vimos, as prisões decorrentes de pronúncia e de sentença condenatória não transitada em julgado já não são modalidades autônomas de prisões processuais, mas subespécies de prisão preventiva, devendo estar pautadas nos mesmos pressupostos e fundamentos do art. 312 do CPP⁴⁹.

A prisão preventiva, principal forma de prisão cautelar, será analisada com mais cuidado no próximo capítulo. Por ora, cumpre dizer que ela é a “hipótese clássica” de prisão cautelar no processo penal brasileiro, pois seus pressupostos e fundamentos (“fumus commissi delicti” e “periculum libertatis”) servem para todas as demais espécies⁵⁰.

A prisão em flagrante é a privação da liberdade daquele que é surpreendido em “situação de flagrância”, ou seja, no instante em que comete o crime ou logo após cometê-lo (art. 302 do CPP). No flagrante, a materialidade e a autoria do crime são patentes e a constrição é necessária para evitar sua continuidade. Logo, tendo em vista que a situação demanda urgência, a prisão em flagrante dispensa ordem escrita do juiz, podendo ser feita pela autoridade policial ou até mesmo por particulares.

A rigor, a prisão em flagrante configura mera detenção, uma medida precária que, inclusive, não subsiste por si mesma: sua manutenção, por mais de 24 horas, depende de decisão judicial fundamentada determinando a custódia preventiva, se presentes os requisitos legais autorizadores. De acordo com o art. 310 do CPP, o

⁴⁷ BADARÓ, Gustavo. **Direito processual penal**. Tomo II. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 151.

⁴⁸ A prisão domiciliar, apesar de ser uma espécie prisional diferenciada, é apenas um substituto da prisão preventiva quando presentes os requisitos do art. 318 do CPP, de modo que mantém o mesmo caráter cautelar e a mesma finalidade desta.

⁴⁹ CÂMARA. Luiz Antônio. Op. cit., p. 161 e 163.

⁵⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. Op. cit., p. 315.

juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deve: a) relaxar a prisão ilegal; b) convertê-la em prisão preventiva, se presentes os requisitos do art. 312 e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou c) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. Conforme ensina Lopes Junior, a prisão em flagrante não é propriamente uma medida cautelar, mas “pré-cautelar”, tendo em vista que ela não visa tutelar o resultado final do processo, mas apenas colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não um verdadeiro provimento cautelar⁵¹.

A prisão temporária, prevista na Lei nº 7.960/89, é uma prisão cautelar que visa tutelar a investigação criminal. O art. 1º, inc. III da referida lei elenca um rol taxativo de crimes para os quais tal medida pode ser imposta. Os incisos I e II, do mesmo artigo, expressam suas funções: ela é admissível quando for indispensável para o esclarecimento dos fatos - isto é, para a colheita de elementos importantes para a prova da autoria e/ou materialidade do crime - ou “quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade”.

Essa modalidade de prisão cautelar só pode ser decretada no curso da investigação criminal e mediante decisão judicial fundamentada, dependendo, necessariamente, de requerimento expresso do Ministério Público ou da autoridade policial. Por fim, cabe dizer que, ao contrário da prisão preventiva, a prisão temporária possui um prazo máximo de duração previsto em lei⁵².

⁵¹ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit., p. 77.

⁵² A prisão temporária possui prazo máximo de duração de até cinco dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (art. 2º da lei nº 7.960/89); lembrando que, se o crime apurado for hediondo, o prazo é de até 30 dias, também prorrogável por igual período (art. 2º, § 3º da Lei nº 8.072/90).

3 PRISÃO PREVENTIVA

3.1 ASPECTOS GERAIS

A prisão preventiva, também conhecida como prisão preventiva em sentido estrito⁵³, é a espécie de encarceramento cautelar mais utilizada, tendo em vista que, pode ser decretada a qualquer momento. Ademais, como diz Figueiredo, seu âmbito de aplicação é extenso, considerando que são diversas as hipóteses fáticas capazes de se ajustar a sua moldura normativa⁵⁴.

A partir da leitura do CPP, depreende-se que a prisão preventiva pode ser imposta de diversas formas: a) de modo autônomo, ou seja, a qualquer momento durante o processo ou investigação (art. 311); b) através da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, se forem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (art. 310, II); c) no bojo de decisão de pronúncia ou sentença condenatória não transitada em julgado (art. 413, § 3º e art. 387, § 1º); ou d) em função do descumprimento de medida cautelar anteriormente imposta (artigo 282, §4º e art. 312 § único).

Conforme dispõe o art. 311⁵⁵, a prisão preventiva pode ser decretada tanto na fase da investigação criminal, quanto no curso do processo penal. Durante a investigação a medida depende, necessariamente, de requerimento expresso do Ministério Público, do querelante ou assistente, ou então, de representação da autoridade policial, ao passo que, no curso do processo, o juiz está autorizado a decretá-la de ofício.

Parte da doutrina entende que a prisão preventiva de ofício, seja na investigação ou no processo, é inconstitucional, pois, além de representar um

⁵³ A prisão preventiva stricto sensu se refere especificamente à modalidade prevista entre os artigos 311 a 316 do CPP. Conforme explica Tourinho Filho, a distinção entre prisão preventiva stricto sensu e lato sensu é necessária porque, a rigor, toda prisão que antecede a condenação definitiva é preventiva. TOURINHO FILHO, Fernando Costa. **Processo penal**. Vol. 3. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 537.

⁵⁴ FIGUEIREDO, Igor Nery. **A prisão durante o processo penal**: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 44.

⁵⁵ 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.

ativismo incompatível com um sistema processual acusatório, viola a garantia da imparcialidade do julgador. Nesse sentido, Antonio Scarance Fernandes argumenta que a decretação da prisão preventiva deveria sempre ser condicionada à prévia manifestação do Ministério Público, pois quando o magistrado impõe a constrição por iniciativa própria ele está demonstrando propensão a um julgamento favorável à acusação⁵⁶.

Por outro lado, para Pacelli, a necessidade de garantir a eficácia do processo diz respeito a questões que extrapolam os interesses das partes, razão pela qual o autor considera legítima a decretação da constrição de ofício na fase processual:

[...] quando já tiver sido instaurada a ação penal, o Juiz Criminal deve dispor de instrumentais necessários à garantia da efetividade do processo, sobretudo porque o interesse jurídico posto ali não é, nem se assemelha, a um interesse de parte. A relação, ou relações jurídicas, ou, enfim, a situação jurídica que integram o processo penal são completamente distintas daquela(s) do processo civil. Não se busca naquele (processo penal) a satisfação de um interesse exclusivo do autor, mas de toda a comunidade jurídica, potencialmente atingida pela infração penal.

É por isso que não se pode deixar ao critério exclusivo do Ministério Público, ou do querelante, o juízo acerca da necessidade de proteção efetiva do processo em curso, dado que o processo não é do interesse exclusivo de ambos; muito ao contrário, a aplicação do direito material ali veiculado funciona na ordem de proteção, preventiva, dos direitos fundamentais. Afinal, para que existiria a intervenção penal estatal senão para a proteção dos apontados direitos?⁵⁷

Antes da Lei nº 12.403/11, admitia-se a decretação de ofício da prisão preventiva tanto na fase de investigação policial, quanto durante o processo penal. Apesar do avanço, remanesce a última hipótese, o que configura uma nítida ameaça à garantia da imparcialidade do julgador. Mesmo que o processo penal seja distinto do processo civil, é temeroso aceitar que aquele que julga exerça concomitantemente o papel de acusador. A manutenção da possibilidade de

⁵⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. Funções e limites da prisão processual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 64. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 248. Na mesma linha, diz Lopes Junior: “infelizmente, insiste o legislador brasileiro em permitir a prisão preventiva decretada de ofício, sem suficiente compreensão das regras inerentes ao sistema acusatório constitucional e a própria garantia da imparcialidade do julgador. A nova redação do art. 311 não representou avanço significativo, pois segue permitindo a prisão preventiva de ofício, desde que no “curso da ação penal”. LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit., p. 104.

⁵⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 559.

decretação da prisão preventiva de ofício evidencia que, na prática processual penal, ainda não foi consagrado o devido respeito ao sistema acusatório⁵⁸.

Outro problema relacionado à prisão preventiva é que ela não possui um prazo máximo de duração fixado em lei, o que diante da pouca celeridade do Judiciário faz com que o acusado acabe suportando o ônus da demora na conclusão do processo⁵⁹.

Entretanto, na jurisprudência foi consolidada a orientação de que a duração da prisão preventiva corresponde à soma dos prazos referentes aos atos que compõem o procedimento aplicável ao caso⁶⁰. Sendo assim, no antigo procedimento comum ordinário, em se tratando de acusado preso, se o feito não fosse concluído no prazo de 81 (oitenta e um) dias, contado desde o início do inquérito policial ou da segregação do acusado até a prolação da sentença de primeiro grau, restaria caracterizado o chamado excesso de prazo na formação da culpa, hipótese de constrangimento ilegal a autorizar o relaxamento da prisão⁶¹. Posteriormente, adotou-se o entendimento de que este prazo não se estenderia até a sentença, mas apenas até o final da instrução criminal, posição que foi consagrada pela súmula nº 52 do STJ⁶².

Com as reformas de 2008, a contagem dos prazos foi sensivelmente alterada. Note-se, por exemplo, que a Lei nº 11.719/2008 alterou a redação do art. 400 do CPP, estabelecendo que no procedimento comum ordinário a audiência de instrução e julgamento deve ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias,

⁵⁸ “A possibilidade de decretação de encarceramento preventivo de ofício pelo juiz constitui um desses resquícios danosos ao sistema acusatório, inobstante haver previsão legal para tal no Código de Processo Penal. Tal disposição legal – e inconstitucional, diga-se de passagem – configura prática puramente inquisitiva, evidenciando a constatação de que infelizmente, não há, na realidade prática processual penal, a consagração e o respeito do sistema acusatório [...]” CRUZ, Diogo Tebet. Aspectos controvertidos sobre o instituto da prisão preventiva. **Revista brasileira de ciências criminais**, n. 68. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 2007, p. 237-238.

⁵⁹ Diz o Art. 7º, nº 5 do Pacto de São José da Costa Rica: toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

⁶⁰ Predomina na jurisprudência o entendimento de que a contagem deve ser feita de forma global, de modo que o excesso de prazo só estará configurado quando for extrapolado o limite resultante da soma de todos os prazos específicos. Logo, o atraso em um determinado ato processual poderá ser compensado pela economia de tempo na realização dos atos subsequentes.

⁶¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., p. 288.

⁶² Súmula nº 52 do STJ: “encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”. Para parte da doutrina, este encurtamento do termo final seria incompatível com a garantia de uma razoável duração do processo. Criticando essa orientação, Lopes Junior diz que “o direito à razoável duração do processo não pode ser reduzido ao direito à razoável duração da instrução.” LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit., p. 68.

ao passo que no rito do Tribunal do Júri, a Lei nº 11.689/08 fixou o prazo de 90 (noventa) dias para o encerramento da fase de instrução preliminar (art. 412).

Não obstante tais parâmetros construídos pela jurisprudência representem uma tentativa de superar a absoluta incerteza legal quanto à duração da prisão preventiva, eles não repercutem em sanção caso não sejam observados, razão pela qual existe um grande risco de ineficácia⁶³.

Aliás, esta construção é relativizada pelos próprios tribunais, os quais consideram que a “razoabilidade” é o último critério para decidir sobre o prazo da prisão processual⁶⁴. Deste modo, entende-se que não há excesso de prazo para a formação da culpa caso a demora na conclusão do feito resulte de fatores como a complexidade da causa, o elevado número de réus, a necessidade de expedição de cartas precatórias ou a atuação procrastinatória da defesa. Nesse sentido, eis trecho de decisão do STF:

O excesso de prazo na instrução criminal não resulta de simples operação aritmética. Complexidade do processo, retardamento injustificado, atos procrastinatórios da defesa e número de réus envolvidos são fatores que, analisados em conjunto ou separadamente, indicam ser, ou não, razoável o prazo para o encerramento da instrução criminal⁶⁵.

Posição que é compartilhada com o STJ:

Conforme entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, eventual ilegalidade da prisão cautelar por excesso de prazo para conclusão da instrução criminal deve ser analisada à luz do princípio da razoabilidade, sendo permitido ao juízo, em hipóteses de excepcional complexidade, a extrapolação dos prazos previstos na lei processual penal⁶⁶.

É importante lembrar que a prisão preventiva só deve perdurar enquanto for estritamente necessária, isto é, enquanto persistir o “periculum libertatis”. Nas palavras de Pacelli, tal medida está condicionada à existência temporal de sua fundamentação⁶⁷.

Contudo, cabe ressaltar que, lamentavelmente, a lei não obriga o magistrado

⁶³ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit., p. 68.

⁶⁴ DUCLERC, Elmir. Princípios constitucionais relativos à prisão processual no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 64. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 284.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 122.546/RJ**, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 27/05/2014.

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 45.466/SP**, Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 19/08/2014.

⁶⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. Op. cit., p. 415.

a reexaminar periodicamente a subsistência da necessidade da prisão preventiva decretada.

3.2 HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE

A decretação da prisão preventiva exige, além da presença do “fumus commissi delicti” e do “periculum libertatis” (os quais serão analisados mais adiante), que o delito apurado se enquadre em uma das hipóteses de admissibilidade do art. 313 do CPP⁶⁸.

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

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 nº 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.

Sem a intenção de analisar o dispositivo exaustivamente, importa frisar que a prisão preventiva somente é admissível em casos de crimes dolosos. Ela não pode ser decretada em crimes culposos, independentemente da pena cominada, ou então, em contravenções penais. Ademais, por força do inciso I, os crimes dolosos que, em regra⁶⁹, permitem a prisão preventiva são aqueles aos quais é cominada pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos. Sobre essa questão, explica Leonardo Ribas Tavares:

⁶⁸ Contudo, cabe ressaltar que, segundo a doutrina majoritária, a prisão preventiva imposta em razão do descumprimento de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º) prescinde da ocorrência das hipóteses previstas no art. 313. Nucci diz que a prisão, nesse caso, é necessária para garantir a eficácia das providências previstas no art. 319. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 11. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 674.

⁶⁹ Em relação à hipótese do inciso II do art. 313, ou seja, em caso de “reincidência” em crime doloso, a doutrina majoritária entende que é indiferente a quantidade de pena fixada.

O dispositivo tem pertinência e razoabilidade, na medida em que infrações com pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos normalmente não sujeitam os seus agentes, se condenados, ao cárcere. As penas privativas de liberdade, nesses casos, podem (na verdade devem, salvo impedimento legal) ser substituídas por penas restritivas de direito previstas no art. 43 do Código Penal.

[...]

Ainda, lembre-se, as penas privativas de liberdade iguais ou inferiores a 4 (quatro) anos deverão ser cumpridas em regime aberto, conforme art. 33, § 2.º, alínea "c", do Código Penal – isso se antes não for cabível nenhum benefício ou medida despenalizadora⁷⁰.

Se porventura estiverem presentes os requisitos do art. 312, mas o caso não se enquadrar em nenhuma das hipóteses de admissibilidade, nada impede que o juiz aplique uma medida cautelar diversa da prisão, desde que à infração penal seja cominada pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente (CPP, art. 283, § 1º).

3.3 PRESSUPOSTOS (“FUMUS COMMISSI DELICTI”)

Apesar do novo regime das prisões cautelares inaugurado pela Lei nº 12.403/11, os pressupostos e fundamentos da prisão preventiva permaneceram inalterados.

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.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

A redação do art. 312 manteve-se idêntica, exceto pela adição de um parágrafo único possibilitando a aplicação da constrição em caso de descumprimento das obrigações impostas em razão de outras medidas cautelares.

Os pressupostos representam o “fumus commissi delicti” e se consubstanciam na “prova da existência do crime” e nos “indícios suficientes de

⁷⁰ TAVARES, Leonardo Ribas. **Prisão preventiva ontem e hoje**: paradigma e diretrizes pela Lei nº 12.403/2011.121 f. Dissertação (Mestrado) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011, p. 69.

autoria”. A primeira significa uma demonstração robusta, sem deixar margem para dúvidas, da materialidade do delito, isto é, a certeza de que houve a infração penal. Ademais, de acordo com Figueiredo, demanda-se a presença de todos os elementos constitutivos do crime: o fato deve ser típico, antijurídico e culpável⁷¹. Nesse sentido, o art. 314 do CPP diz que a prisão cautelar não poderá ser aplicada se o juiz constatar, a partir das provas contidas nos autos, que o agente praticou o fato em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito.

Por outro lado, como explica Guilherme Nucci, o “indício suficiente de autoria” é a fundada suspeita de que o réu é o autor do crime. Nesse caso basta um juízo de probabilidade, pois é inviável exigir a prova plena da culpa num juízo meramente cautelar, muito antes do julgamento de mérito⁷². Contudo, ainda que não seja necessária a certeza, não é suficiente a “mera possibilidade”, de modo que todos os elementos colhidos na investigação devem apontar que o acusado é o provável autor do fato⁷³.

3.4 FUNDAMENTOS (“PERICULUM LIBERTATIS”)

Os fundamentos da prisão preventiva configuram o “periculum libertatis”, o risco gerado pelo acusado em estado de liberdade. De acordo com a primeira parte do caput do art. 312, são eles: a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e a segurança da aplicação da lei penal. Tais hipóteses não são cumulativas, ou seja, basta a presença de uma delas para autorizar a prisão.

Tais fundamentos podem ser divididos em dois grupos: a) os intraprocessuais, os quais visam proteger o próprio processo ou seu resultado útil (estritamente cautelares, portanto); e b) os extraprocessuais, que atendem a fins de defesa social⁷⁴.

⁷¹ FIGUEIREDO, Igor Nery. Op. cit., p. 100.

⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 671.

⁷³ CÂMARA. Luiz Antônio. Op. cit., p. 128.

⁷⁴ CÂMARA. Luiz Antônio. Op. cit., p. 130.

O primeiro fundamento intraprocessual da prisão preventiva consiste em “assegurar a aplicação da lei penal”, isto é, garantir que a decisão condenatória, ao ser proferida, venha a ser executada⁷⁵. Como explica Garcez Ramos, são duas as hipóteses mais frequentes: quando há risco de evasão do imputado ou quando sua fuga já se consumou e a prisão visa capturá-lo a fim de que seja submetido à provável pena privativa de liberdade⁷⁶.

O perigo de fuga não pode ser presumido. A decisão que impõe a prisão preventiva sob esse fundamento deve apontar elementos concretos que permitam verificar a intenção do acusado ou investigado em se furtar à aplicação da pena. Nesse sentido, diz Nestor Távora:

A mera conjectura, ou a possibilidade em razão da condição econômica do réu não são, isoladamente, fatores suficientes para arremeter a prisão. A mera ausência do réu ao interrogatório, por si só, mesmo que não justificada, não autoriza a decretação da preventiva. Para trazer o réu que não deseja comparecer, tem a autoridade à sua disposição a condução coercitiva (art. 260, CPP)⁷⁷.

A “conveniência da instrução criminal” representa outro fundamento intraprocessual, pois neste caso a prisão preventiva visa impedir que o acusado ou investigado perturbe ou obstrua a produção de provas, destruindo documentos, apagando vestígios do crime, ameaçando ou subornando testemunhas, peritos, vítimas etc.

A expressão empregada pelo legislador deve ser interpretada com ressalvas. A prisão de maneira alguma pode ser decretada simplesmente por ser “conveniente”, pois, por ser excepcional, ela deve ser nada menos do que imprescindível para o regular andamento da instrução criminal⁷⁸.

Ademais, como alerta Ferrajoli, a necessidade de prevenir a deterioração das provas não pode servir como justificativa para coagir o acusado a ser interrogado, uma vez que este procedimento, em uma visão não inquisitorial do processo, não é uma necessidade da acusação, mas um direito da defesa⁷⁹. Na mesma linha, Gustavo Badaró afirma que a prisão preventiva não pode ser decretada por ter o acusado se recusado a colaborar com a investigação criminal,

⁷⁵ Ibidem, p. 137.

⁷⁶ RAMOS, João Gualberto Garcez. Op. cit., p. 130.

⁷⁷ TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 583.

⁷⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., p. 272.

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 512.

haja vista que isso violaria o seu direito a não produzir provas contra si mesmo (CF, art. 5, LVIII)⁸⁰.

Por fim, frise-se que nessa hipótese o risco subsiste apenas enquanto persistir a instrução criminal, de modo que, após encerrada, deve o juiz revogar a prisão preventiva (caso ela tenha sido decretada isoladamente com base nesse motivo)⁸¹.

Quanto aos fundamentos intraprocessuais são poucos os que questionam sua legitimidade, uma vez que suas finalidades cautelares podem ser facilmente identificadas. A prisão preventiva em nome da conveniência da instrução criminal denotaria uma tutela dos meios do processo, ao passo que a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal seria voltada aos fins do processo⁸². Logo, a polêmica reside, sobretudo, nos fundamentos extraprocessuais, desprovidos de caráter instrumental: a garantia da ordem pública e da ordem econômica.

A “garantia da ordem econômica”, previsão inserida no art. 312 do CPP por meio da Lei nº 8.884 de 1994 (denominada Lei Antitruste) é de pouca incidência prática e configura, a rigor, apenas uma especialização da garantia da ordem pública⁸³. Sua tutela é voltada para crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7492/86), crimes contra a economia popular (Lei nº 1.521/51), crimes de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.279/96), crimes contra as relações de consumo (Lei nº 8137/90) etc.

A prisão sob esse fundamento não visa proteger o processo ou sua execução. Como explica Lopes Junior, ela tem por finalidade impedir que o imputado torne a cometer delitos que gerem vultosas perdas econômicas ou que abalam a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro, ou mesmo, do mercado de ações e valores⁸⁴.

Cabe ressaltar que a lei nº 7.492/86 prevê, no art. 30, que a prisão preventiva poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada pelo crime ao sistema financeiro nacional, o que não é uma justificativa legítima segundo

⁸⁰ BADARÓ, Gustavo. Op. cit., p. 147.

⁸¹ MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas restritivas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 162.

⁸² De acordo com Badaró, na primeira hipótese há uma “prisão cautelar instrumental”, dirigida a proteção dos meios (provas) do processo e, na segunda, uma “prisão cautelar final”, com o objetivo de resguardar a eficácia do provável provimento condenatório. BADARÓ, Gustavo. Op. cit., p. 147.

⁸³ RAMOS, João Gualberto Garcez. Op. cit., p. 144.

⁸⁴ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit., p. 111.

o entendimento da doutrina majoritária, posto que isto configura mera consequência do delito.

A “garantia da ordem pública” é provavelmente o mais utilizado fundamento para a decretação da prisão preventiva e, certamente, o mais controverso. Parte da polêmica deve-se ao caráter indeterminado do conceito, pois embora ele esteja previsto desde 1941 no CPP, nunca houve uma clara definição legal acerca de seu conteúdo. A única referência nesse sentido aparece no art. 2º da Lei 88.777 de 1983, a qual dispõe sobre o regulamento das polícias militares e dos corpos de bombeiros:

19) Manutenção da Ordem Pública – É o exercício dinâmico do poder de polícia, no campo da segurança pública, manifestado por atuações predominantemente ostensivas, visando a prevenir, dissuadir, coibir ou reprimir eventos que violem a ordem pública.

[...]

21) Ordem Pública – Conjunto de regras formais, que emanam do ordenamento jurídico da Nação, tendo por escopo regular as relações sociais de todos os níveis, do interesse público, estabelecendo um clima de convivência harmoniosa e pacífica, fiscalizado pelo poder de polícia, e constituindo uma situação ou condição que conduza ao bem comum.

É evidente que tal diploma não elucida o que vem a ser a dita “ordem pública”, dado que apenas evoca outras expressões igualmente vagas e retóricas, como a “convivência harmoniosa e pacífica” e o “bem comum”. Todavia, uma coisa fica bem clara: ela está relacionada ao exercício do poder de polícia na tutela da segurança pública.

Para alguns autores, o caráter demasiado aberto da expressão constitui uma clara ofensa ao princípio da legalidade e da segurança jurídica, pois a torna suscetível a diversas interpretações, cambiantes conforme o subjetivismo do julgador. Lopes Junior, por exemplo, diz que o conceito, por ser extremamente maleável, “presta-se a qualquer senhor”⁸⁵.

No mesmo sentido, Gomes Filho, com base nas lições de Warat, diz que a expressão comporta uma forte carga emocional, de modo que seu significado depende dos fungíveis conteúdos axiológicos ou ideológicos do interprete. Desta forma, ela configura uma retórica persuasiva que encobre juízos de valor⁸⁶. Nos dizeres do autor:

⁸⁵ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit., p. 110.

⁸⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. Op. cit. p. 66.

[...] o apelo à “ordem pública” representa, em última análise, a superação dos limites impostos pelo princípio da legalidade estrita, que se postula fundamental à matéria, para propiciar a atribuição de um amplo poder discricionário ao juiz, que nesse particular não fica sujeito a limitações senão da própria “sensibilidade”⁸⁷.

Por outro lado, para Rangel a imprecisão não está no conceito em si, mas na forma como ele é utilizado pelo juiz:

[...] ordem pública não é um conceito vago. A vagueza, muitas vezes, está na decisão e não no conceito de ordem pública. Quando o juiz diz que “decreta a prisão para garantia da ordem pública” a vagueza e a imprecisão não estão no conceito de ordem pública, mas na decisão do magistrado que não demonstra onde a ordem pública está ameaçada e agredida com a liberdade do acusado⁸⁸.

Em que pesem essas posições, o fato é que o conteúdo da expressão deve ser preenchido pelo juiz no caso concreto. Posto isso, cabe dizer que ao longo do tempo os tribunais decretaram a prisão preventiva para garantia da ordem pública sob as mais variadas justificativas, como, por exemplo, o clamor público, a gravidade do crime, sua repercussão, a periculosidade do agente, a credibilidade da Justiça, o risco de reiteração criminosa, ou ainda, a proteção da integridade física do próprio acusado.

Na doutrina e na jurisprudência, dentre aqueles que consideram o fundamento legítimo, há duas orientações quanto ao seu alcance. Uma corrente que atualmente é majoritária busca restringi-lo à necessidade de evitar a reiteração criminosa do agente considerado perigoso⁸⁹. Segundo Pacelli de Oliveira, a jurisprudência ainda tem se mostrado um pouco vacilante, embora já dê sinais de ter optado pelo entendimento da noção de ordem pública como risco de repetição da

⁸⁷ Ibidem, p. 67.

⁸⁸ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 766.

⁸⁹ O projeto de Lei nº 4.208/01, em sua proposta original, alterava o caput do art. 312 do CPP, suprimindo a expressão ordem pública para dar lugar a uma expressão mais restrita: “A prisão preventiva poderá ser decretada quando verificados a existência de crime e indícios suficientes de autoria e ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa.” Entretanto, este dispositivo acabou vetado.

ação delituosa objeto do processo, acompanhado do exame acerca da gravidade do fato e de sua repercussão⁹⁰.

Por outro lado, outra corrente confere à ordem pública um sentido amplo, sustentando que ela está ligada não apenas ao risco de que o agente torne a cometer delitos, mas também à necessidade de acautelar o meio social, preservando a credibilidade da justiça diante de crimes que causam clamor público⁹¹. Como veremos no próximo capítulo, essa não é a posição que tem prevalecido no Supremo Tribunal Federal, o qual tem considerado que o clamor público e a gravidade do crime não podem isoladamente justificar a segregação cautelar.

Independentemente da função que lhe seja atribuída, a prisão preventiva para garantia da ordem pública não se destina a tutelar o processo, mas a “sociedade”, constituindo uma medida de polícia exercida pelo judiciário. Diz Miguel Tedesco Wedy:

A “ordem pública” [...] tem servido para o decreto de prisão em múltiplos casos, ora para evitar a “reiteração delitiva do agente”, ora em virtude do “clamor social”, para a “preservação das instituições”, para a “credibilidade da justiça” etc. Em síntese quase tudo serve para prender em nome da ordem pública”, menos a ocorrência de uma efetiva situação cautelanda⁹².

Para parte da doutrina, a prisão preventiva para garantia da ordem pública, não sendo cautelar, configura uma forma de antecipação da pena e, portanto, é inconstitucional. Os que defendem essa posição sustentam que a prisão provisória apenas se justifica caso cumpra alguma função intraprocessual, ou seja, garanta o desenvolvimento regular do processo ou sua execução. Finalidades estranhas, como a prevenção de práticas delituosas, por exemplo, seriam absolutamente incompatíveis com o princípio da presunção de inocência. Nesse sentido, Lopes Junior diz que a prisão preventiva para garantia da ordem pública ou da ordem econômica é substancialmente inconstitucional, uma vez que configura uma indevida medida de segurança pública⁹³.

⁹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Atualização do Processo Penal**. Op. cit., p. 37.

⁹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., p. 263.

⁹² WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 128.

⁹³ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit., 2011, p. 121.

Ricardo Gloeckner afirma que a prisão preventiva para garantia da ordem pública, além de ser um instrumento de controle social, perfazendo uma medida de segurança, se reveste de claro autoritarismo, na medida em que sua sintática aberta, sujeita às mais flexíveis interpretações, afronta o princípio da legalidade e taxatividade em matéria penal⁹⁴. Tourinho Filho, por sua vez, diz que expressão ordem pública “diz tudo e não diz nada” e que a prisão processual com essa função, não tendo caráter cautelar, “não passa de uma execução sumária”. Ademais, assevera que tal hipótese tem origem em uma época totalitária, em que a presunção de inocência ainda não havia sido elevada à posição de cláusula pétrea na Carta Magna⁹⁵.

Também merece destaque a crítica de Gomes Filho:

À ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas 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 efeito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade, ou ainda, em prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitar novos crimes; [...] Parece evidente que nessas situações a prisão não é um “instrumento a serviço do instrumento”, mas uma antecipação da punição, ditada por razões de ordem substancial e que pressupõe o reconhecimento da culpabilidade⁹⁶.

Entretanto, há autores que entendem que a segurança pública não é uma tarefa absolutamente incompatível com a atividade jurisdicional. Nesse sentido, de acordo com João Gualberto Garcez Ramos, o fato da prisão preventiva para garantia da ordem pública não se referir ao processo penal não implica em uma antecipação da pena. Ademais, segundo o autor, o exercício, pelo judiciário, de um poder de polícia com fins de defesa social justifica-se em razão dos “altos valores sociais em jogo”:

[...] a prisão preventiva decretada por garantia da ordem pública não é cautelar nem antecipatória, mas medida judiciária de polícia, justificada e legitimada pelos altos valores sociais em jogo. A magistratura, formada e legitimada pelos agentes políticos do Estado, tem papel suficientemente importante da defesa social que a legitima politicamente para decretar a

⁹⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 322.

⁹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando Costa. Op. cit., p. 553-554.

⁹⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. Op. cit., p. 67-68.

medida, não referente, todavia, à atividade concreta que desenvolve no processo penal condenatório⁹⁷.

Também merece destaque a posição de Maurício Zanoide de Moraes, o qual sustenta que a expressão “ordem pública” somente é compatível com a presunção de inocência a partir de uma nova hermenêutica do sistema processual penal, em conformidade com a Carta Magna. Assim, considera que a falta de parâmetros do conceito é inconstitucional e propõe uma restrição a sua aplicação por meio de limites externos⁹⁸.

Zanoide de Moraes aduz que o princípio da presunção de inocência não significa que a pessoa não possa sofrer restrições a sua liberdade, mas que essas restrições devem ser elaboradas, interpretadas e aplicadas de modo proporcional e com justificação constitucional, de modo estrito e rigoroso. A partir daí, a questão que se coloca é saber se a prisão no curso do processo penal pode se basear em razões materiais⁹⁹. Em outras palavras, a prisão para a garantia da ordem pública é legítima?

O autor responde que sim, mas apenas em um “novo sistema processual penal”, orientado a partir da proporcionalidade e do “favor rei”, hipótese em que a prisão por ordem pública realmente seria residual, aplicável em situações limite e com “motivação judicial consistente e específica”. Porém, admite que nos moldes atuais, a “ordem pública” é inconstitucional, pois tem sido interpretada de maneira demasiadamente aberta pela jurisprudência e pela doutrina. O autor alerta que o conceito não precisa ser retirado do sistema, mas “reduzido ao mínimo por meio de um balizamento infraconstitucional ainda não existente”¹⁰⁰.

Zanoide identifica duas correntes doutrinárias quanto à questão. A primeira, denominada processualista, centrada na ideia de cautelaridade, defende que a prisão provisória somente pode ter como finalidade preservar o desenvolvimento do processo e seu resultado. Deste modo, ela parte do pressuposto de que a presunção de inocência impede de maneira absoluta a prisão provisória por razões

⁹⁷ RAMOS, João Gualberto Garcez. Op. cit., p. 143.

⁹⁸ MORAES, Maurício Zanoide. Ordem pública e presunção de inocência: possível compatibilização apenas em um novo sistema processual penal e por meio de uma nova hermenêutica. In: **Temas para uma perspectiva crítica do direito**: homenagem ao professor Geraldo Prado. (Coordenação de Joel Corrêa Lima e Rubens R. R. Casara). 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 698-699.

⁹⁹ Ibidem, p. 699.

¹⁰⁰ MORAES, Maurício Zanoide. Op. cit., p. 700.

materiais, hipótese que configuraria uma antecipação da punição. A segunda corrente, chamada de “materialista”, sustenta que a prisão processual pode se pautar em razões materiais, pois assume que o interesse público pela segurança (defesa social) prevalece, quase sempre, sobre o interesse da liberdade do indivíduo¹⁰¹.

O autor refuta as duas posições, principalmente porque ambas não contribuem para fornecer margens limitadoras ao conceito de ordem pública. A corrente processualista, ao atribuir um conteúdo absoluto, irredutível, ao princípio da presunção de inocência, nega veementemente a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, de modo que não ajuda a compreendê-la e reduzir-lhe a abrangência¹⁰². Além disso, o autor ressalta que a presunção de inocência, como “norma de tratamento”, está em confronto com qualquer tipo de prisão antes do trânsito em julgado, “pouco importando que ela tenha fundamento processual ou material” e lembra que há uma hipótese de prisão provisória fundada em razões materiais que é aceita pacificamente pela doutrina, inclusive pelos processualistas, no caso, a prisão em flagrante¹⁰³.

A corrente materialista, por sua vez, estabelecendo, aprioristicamente, a primazia dos interesses públicos sobre os privados, descarta a “ponderação”, isto é, a aplicação da teoria da proporcionalidade como forma de resolução de conflitos entre princípios e acaba por não colaborar para a delimitação constitucional do conceito¹⁰⁴.

Em contrapartida, Zanoide de Moraes, em vez de defender a exclusão da expressão “ordem pública”, sugere um balizamento constitucional, não por meio de reduções internas em seu conteúdo (pois diz que ele deve ser flexível o suficiente para se ajustar às condições concretas), mas por meio de limites externos capazes de restringi-lo a um espaço de interpretação e aplicação que seja proporcional em relação ao princípio da presunção de inocência. Contudo, considerando a maneira como a prisão para a garantia da ordem pública costuma ser aplicada na prática, isto é, de modo ilimitado, o autor concorda com a teoria processualista no sentido de que tal fundamento é ilegítimo, pois carece tanto de legalidade estrita quanto de

¹⁰¹ Ibidem, p. 707.

¹⁰² Ibidem, p. 709.

¹⁰³ Ibidem, p. 708 e 710.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 711.

proporcionalidade¹⁰⁵.

A prisão preventiva para garantia da ordem pública não guarda relação direta com o processo e está ligada a funções semelhantes àquelas que são oficialmente conferidas à prisão-pena (prevenção geral e especial). Por essa razão, há diversas posições quanto à constitucionalidade de tal fundamento, bem como quanto ao seu alcance. Em que pese alguns defendam a sua exclusão e outros a sua manutenção, é inegável que a expressão “ordem pública”, dado a sua abertura semântica, é capaz de comportar, na prática, uma infinidade de interpretações e aplicações incompatíveis com a presunção de não culpabilidade e com a ideia de proporcionalidade. Nesse contexto, considerando que o legislador insiste em manter tal previsão em nosso ordenamento, é imprescindível sua leitura à luz da Constituição, como forma de limitar sua abrangência. Para tanto, é de suma importância que o decreto prisional seja devidamente fundamentado e que o argumento em questão não represente um mero ornamento retórico para camuflar arbitrariedades.

3.5 FUNDAMENTAÇÃO

Embora a prisão preventiva seja uma medida urgente, decretada, em regra, a partir de um juízo de cognição sumária¹⁰⁶, isso não justifica arbitrariedades ou o automatismo da segregação cautelar¹⁰⁷. Inclusive, como vimos anteriormente, a figura da prisão preventiva compulsória já não subsiste em nosso ordenamento, de modo que o magistrado deve sempre demonstrar a razão da constrição, tanto no tocante aos seus pressupostos probatórios quanto à sua real necessidade no caso concreto¹⁰⁸.

¹⁰⁵ MORAES, Maurício Zanoide. Op. cit., p. 718.

¹⁰⁶ Exceto nos casos em que a custódia cautelar é determinada em sentença condenatória, na qual a cognição é exaustiva e não sumária.

¹⁰⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. Op. cit., p. 79.

¹⁰⁸ “Essa tem sido, aliás, a percepção dos tribunais pátrios, que, após um longo período de tolerância das prisões que decorrem do simples fato de ser alguém, portador de maus antecedentes, pronunciado ou condenado por crime inafiançável, passaram a assentar que, independentemente da gravidade do crime imputado ao réu pronunciado ou condenado, e mesmo diante dos seus maus antecedentes, a prisão decorrente de pronúncia ou sentença penal condenatória recorrível somente é legítima se evidenciado, em suficiente fundamentação, que a segregação cautelar do acusado faz-se necessária, à luz dos parâmetros estabelecidos no art. 312 do CPP”. LIMA, Renato Brasileiro de. Op.

Desta feita, fundamentar um decreto de prisão é demonstrar as razões da necessidade da coerção. Tal exigência decorre não só do texto constitucional (art. 5, LXI), mas também do art. 315 do CPP, o qual diz que “a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”.

Como bem explica Gomes Filho, ao fundamentar o decreto prisional, basicamente o juiz deve examinar três questões: I) se a prisão é admissível, diante da gravidade da infração, conforme as hipóteses previstas no art. 313; II) se existe a probabilidade de uma futura condenação, a partir da constatação dos pressupostos probatórios mínimos - prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (parte final do art. 312); e III) se a liberdade do acusado efetivamente representa perigo à ordem pública, à ordem econômica, à regular instrução do processo ou à futura execução da pena (art. 312, primeira parte)¹⁰⁹.

A Suprema Corte exige que a decisão aponte a efetiva necessidade da medida:

A jurisprudência da Corte já se pronunciou no sentido de que "em matéria de prisão provisória, a garantia da fundamentação das decisões judiciais (inciso IX do art. 93 da Carga Magna) importa o dever judicante da real ou efetiva demonstração de que a segregação atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Sem o que se dá a inversão da lógica elementar da Constituição, segundo a qual a presunção de não-culpabilidade é de prevalecer até o momento do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Precedentes."¹¹⁰

Embora o STF entenda que a fundamentação do decreto prisional não precisa ser exaustiva¹¹¹, não basta a mera repetição dos termos do art. 312 do CPP, ou seja, a genérica afirmação de que “há risco à ordem pública”, “receio de fuga do acusado”, ou então, “perigo ao desenvolvimento do processo”¹¹². Sendo assim, deverá sempre ser demonstrada a base empírica capaz de indicar a efetiva necessidade da medida. Nesse sentido:

cit., p. 93.

¹⁰⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 221.

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 107.294/PI**. Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 06/09/2011, DJe-189, data de publicação: 03/10/2011.

¹¹¹ "O Supremo Tribunal admite que o decreto de prisão preventiva não precisa ser exaustivo, bastando que a decisão analise, ainda que de forma sucinta, os requisitos ensejadores da custódia preventiva". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 90.726/MG**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 05/06/2007, DJe-082, data de publicação: 17/08/2007.

¹¹² Segundo Lopes Jr, a fundamentação das decisões não pode se limitar “a uma vazia repetição de jargões ou de expressões jurídicas abstratas”. LOPES JUNIOR. 2011, p. 90.

5. Na linha da jurisprudência do STF, porém, não basta, a mera explicitação textual dos requisitos previstos pelo art. 312 do CPP. [...]. 6. Da simples leitura da decisão do juízo de origem, verifica-se que o decreto não apresentou elementos concretos aptos a justificar a necessidade da prisão cautelar pois indicou, de modo genérico, que "há risco de que solto, o flagrado volte a delinquir". 7. Patente situação de constrangimento ilegal apta a afastar a aplicação da Súmula 691/STF e a ensejar o deferimento do habeas corpus. 8. Ordem deferida para conceder ao paciente a liberdade provisória¹¹³.

Em última análise, o dever de fundamentar o decreto de prisão preventiva é do juiz natural, geralmente um juiz de primeira instância. Como observa André Lenart, para o STF, lacunas e falhas na decisão não poderão ser sanadas pelas informações acrescentadas a posteriori pelas sucessivas instâncias a cuja apreciação, via HC ou recurso, a idoneidade do decreto for submetida¹¹⁴. Sendo assim, "não cabe às instâncias superiores, em sede de habeas corpus, adicionar novos fundamentos à decisão de primeiro grau, visando a suprir eventual vício de fundamentação"¹¹⁵.

As prisões preventivas (e as medidas cautelares em geral) baseiam-se em um juízo de periculosidade, um prognóstico, seja de dano ao processo (fundamentos intraprocessuais) ou à sociedade (fundamentos extraprocessuais). Por essa razão, o ponto sensível da fundamentação da segregação cautelar reside, sobretudo, na demonstração do "periculum libertatis". Dentre as circunstâncias autorizadoras, a que merece maior preocupação é a "garantia da ordem pública", posto que, em virtude de seu caráter vago, serve como uma fórmula capaz de se ajustar às mais variadas hipóteses, "sem que trauma formal algum seja sentido"¹¹⁶. Aliás, tão importantes quanto os argumentos são os indícios que lhes fornecessem base, pois a fundamentação das decisões demanda um substrato fático que ampare o juízo de perigo.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 90.387/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/09/2007, DJe-112, data de publicação: 28/09/2007.

¹¹⁴ Contudo, o autor constata que, na prática, em diversas ocasiões o STF leva em conta argumentos e alegações ignorados pelo decreto de prisão preventiva, os quais, por vezes, chegam a ser decisivos na apreciação do caso. LENART, André. **O STF e a fundamentação do decreto de prisão preventiva**. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/90/93>. Acesso em: 15/06/2014.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 113.945/SP**. Relator: Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, DJe-223, data de publicação: 12/11/2013.

¹¹⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 498.

4 GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA SEGUNDO O STF

4.1 CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS

Diante da pluralidade de sentidos aptos a preencher o indeterminado conceito de ordem pública, este capítulo é dedicado a verificar qual a posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Para tanto, serão analisados os principais argumentos tradicionalmente conferidos pelos tribunais à garantia da ordem pública, explicitando qual a atual postura do STF em relação a cada um deles, bem como as diversas críticas doutrinárias, especialmente no que tange à questão do princípio da presunção de inocência.

Porém, primeiramente, cabe tecer algumas considerações metodológicas.

A fim de compreender, de maneira geral, qual o alcance atualmente conferido à garantia da ordem pública pela Suprema Corte, realizei, durante o mês de agosto de 2014, uma pesquisa no sítio eletrônico <<http://www.stf.jus.br>>, onde selecionei diversas decisões colegiadas que versavam sobre o tema (na sua maioria, Habeas Corpus e Recursos Ordinários em Habeas Corpus). No campo “Pesquisa Livre”, localizado no tópico “Pesquisa de Jurisprudência”, inseri a expressão “prisão ordem adj pública” e, tendo em vista a enorme quantidade de decisões encontradas, escolhi apenas uma amostra razoável para o meu objetivo. Cumpre ressaltar que os julgados foram selecionados aleatoriamente, ou melhor, na ordem em que foram disponibilizados na página de pesquisa jurisprudencial do sítio eletrônico, de modo que a investigação não foi orientada conforme a minha conveniência. Desta feita, foram coletados 90 acórdãos, julgados no período entre 19/11/2013 e 10/06/2014.

Inicialmente, o objetivo era realizar uma tabela catalogando os principais sentidos atribuídos pelo STF à garantia da ordem pública, a partir dos resultados obtidos. Contudo, essa empreitada se mostrou desnecessária, uma vez que todas as decisões que mantiveram a prisão preventiva se basearam no risco de continuidade delitiva e/ou na gravidade concreta do crime.

Por essa razão, cumpre apenas apontar as conclusões que extraí dessa pesquisa inicial.

Dos 90 julgados selecionados, em 80 a ordem de habeas corpus foi denegada, sendo que destes, em 69¹¹⁷ a prisão foi expressamente fundamentada na periculosidade do agente e/ou risco de reiteração criminosa, muitas vezes em conjunto com a gravidade concreta do crime. Os demais 11 casos em que a ordem foi denegada foram baseados preponderantemente na gravidade concreta do crime¹¹⁸.

Em 10 julgados o habeas corpus foi concedido, em geral, porque o decreto prisional estava mal fundamentado ou porque se amparava na gravidade abstrata do delito¹¹⁹.

Em nenhuma decisão analisada o STF expressamente manteve a prisão preventiva com base no “clamor público” ou na “credibilidade das instituições”, o que demonstra que, ao menos a princípio, tais fundamentos não são aceitos pela Corte. Estes argumentos puderam ser observados em diversas ocasiões nos trechos das decisões das instâncias inferiores, embora, em geral, acompanhados de outras razões.

A partir dessas constatações, é possível afirmar que há uma forte tendência no STF no sentido de aproximar a “garantia da ordem pública” à noção de impedir o cometimento de novos crimes por parte do acusado. A gravidade concreta do delito também é um argumento muito utilizado, porém, na maioria dos casos, como indício

¹¹⁷ HC n. 122.565/PI; HC n. 119.953/SP; RHC n. 117.802/DF; RHC n. 121.399/SP; HC n. 122.429/RS; AG. REG. no HC n. 122.297/PR; RHC n. 120.070/RJ; RHC n. 121.528/MG; RHC n. 122.617/AL; RHC n. 120.051/SP; HC n. 122.546/RJ; RHC n. 120.977/PA; RHC n. 122.094/DF; RHC n. 121.223/DF; HC n. 119.715/TO; HC n. 119.398/SP; HC n. 119.476/RS; HC n. 122.104/RS; RHC n. 120.334/RJ; HC n. 120.292/PR; AG. REG no HC n. 121.622/PE; HC n. 119.630/AL; HC n. 120.794/MG; HC n. 118.340/SP; AG. REG no HC n. 120.739/SP; AG. REG no HC n. 110.887/DF; HC n. 120.880/MG; HC n. 119.393/SP; HC n. 118.347/PR; RHC n.121.508/SP; HC n. 120.835/SP; HC n. 120.176/RS; HC n. 119.321/MG; RHC n. 118.055/PE; HC n. 115.102/SP; RHC n. 118.268/DF; HC n. 118.345/SC; EMB. DECL. no HC n. 120.277/SE; RHC n. 120.133/PA; HC n. 119.645; HC n. 120.522/SP; HC n. 119.403/BA; HC n. 120.601/MG; HC n. 97.437/SP; HC n. 97.371/SP; HC n. 118.038/MS; HC n. 117.894/SP; HC n. 120.134/SP; HC n. 118.171/GO; RHC n. 118.011/MG; RHC n. 118.407/DF; HC n. 119.385/RS; HC n. 119.790/SP; AG. REG. no HC n. 120.151/PR; HC n. 109.577/MT; RHC n. 117.695/SP; RHC n. 116.700/DF; HC n. 119.733/AL; RHC n. 117.699/SP; AG. REG no HC n. 117.385/MG; AG. REG. no HC n. 113.887/SP; HC n. 118.528/RJ; RHC n. 117.826/SP; RHC n. 118.034/DF; HC n. 118.324/TO; RHC n. 118.308/DF; HC n. 116.880/SP; HC n. 118.981/MT; AG. REG no HC n. 119.093/SP.

¹¹⁸ RHC n. 121.750/DF; RHC n. 118.547/DF; AG. REG no HC n. 121.386/SC; AG. REG no HC n. 115.318/SP; AG. REG no HC n. 119.492/PR; RHC n. 118.973/RJ; AG. REG no HC n. 102.097/AM; AG. REG. no HC n. 120.419/PI; HC n. 111.193/DF; AG. REG. no HC n. 118.730/SP; HC n. 119.457/SP.

¹¹⁹ HC n. 114.461/MG; HC n. 121.286/PE; HC n. 121.250/SE; AG. REG no HC n. 121.181/SP; HC n. 111.011/MT; HC n. 120.301/SP; HC n. 119.545/SP; HC n. 115.434/SP; HC n. 116.642/SP; HC n. 119.095/MG.

da periculosidade do agente.

Por fim, considerando que o objetivo deste trabalho não é realizar uma análise quantitativa, mas qualitativa, nos próximos tópicos todos esses argumentos, tanto aqueles que são aceitos, quanto aqueles que são refutados pelo STF, serão analisados de forma pormenorizada. Importa frisar que, ao selecionar alguns casos ilustrativos, aprofundando a análise, não me restringi às decisões que fizeram parte da amostra inicial, embora tenha mantido, preferencialmente, a opção por julgados atuais.

4.2 A PERICULOSIDADE DO AGENTE E O RISCO DE REITERAÇÃO CRIMINOSA

A “periculosidade do agente” e o “risco de reiteração criminosa” são os argumentos mais utilizados pelos tribunais no tocante à prisão preventiva para garantia da ordem pública. As duas expressões, na forma como aparecem nas decisões, são sinônimas, na medida em que conferem à prisão a mesma função – impedir que o acusado continue a cometer crimes.

Atualmente, há uma forte tendência, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, no sentido de restringir a prisão preventiva em nome da garantia ordem pública a tal finalidade. Aliás, a partir da Lei nº 12.403/11, este conteúdo pode ser extraído do art. 282, I do CPP, o qual diz que as medidas cautelares deverão ser aplicadas observando-se a necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal, e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais. Trata-se de dispositivo muito similar àquele previsto no art. 312, com a diferença de que aqui o legislador optou por utilizar a expressão mais concreta “evitar a prática de infrações penais”, em vez da controversa “garantia da ordem pública”, a qual, evidentemente, é suscetível a maiores interpretações.

No que concerne à amplitude da “garantia da ordem pública”, Fauzi Hassan Choukr, através de uma análise empírica, constata que a “única tímida manifestação de unidade” na jurisprudência foi a aproximação do conceito com o de periculosidade a partir da revogação da prisão obrigatória no final da década de

sessenta¹²⁰.

Há grande semelhança entre a prisão preventiva para evitar a reiteração criminosa e as medidas de segurança. Em ambos os casos se faz um juízo de periculosidade, um prognóstico, por meio do qual se atribui ao acusado uma qualidade que indica a potencialidade da prática de determinada conduta criminosa futura. Grosso modo, a diferença é que no caso da prisão preventiva, além de se tratar de uma decisão provisória, o juízo de periculosidade é realizado somente pelo tribunal ou magistrado, isto é, sem a orientação de peritos (psicólogos ou psiquiatras), e a privação da liberdade é determinada geralmente antes da instrução probatória¹²¹.

Não obstante, a medida de segurança e a hipótese de prisão preventiva tratada neste tópico possuem o mesmo objetivo, qual seja, o de evitar que o agente, considerado perigoso, cometa novas infrações penais. Tão nítida é a aproximação entre os dois institutos que, em uma decisão do STF de 1983, o Ministro Aldir Passarinho emprestou um conceito de periculosidade destinado à aplicação das medidas de segurança, previsto no então art. 77 do Código Penal, para fundamentar a prisão preventiva:

“Quando a periculosidade não é presumida por lei, deve ser reconhecido perigoso o indivíduo, se a sua personalidade e antecedentes, bem como os motivos e circunstâncias do crime autorizam a suposição de que venha ou torne a delinquir.”

No caso, essa conceituação legal é para a aplicação das medidas de segurança, mas, evidentemente, o conceito legal pode ser tomado para a verificação de periculosidade, inclusive para a custódia preventiva. E, no caso, ela foi devidamente justificada¹²².

O STF não ousaria realizar essa explícita comparação atualmente, mas a semelhança ainda persiste.

Um grande problema relacionado aos juízos de periculosidade é: como alguém pode se defender da acusação de que é “perigoso” e que provavelmente cometerá novos crimes?

¹²⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. Op. cit., p. 498.

¹²¹ SZESZ, André. **O juízo de periculosidade na prisão preventiva**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 75.

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 61.517/PB**, Relator: Min. Djaci Falcao, Segunda Turma, julgado em 13/12/1983, DJ 16/03/1984.

O juízo de periculosidade, por sua própria natureza, gera um enorme óbice para o exercício do contraditório, pois não há como se provar que algo não irá acontecer. Nesse sentido, como bem coloca Szezs, a atribuição da qualidade de perigoso é um juízo de valor. Se no curso da instrução criminal a defesa e a acusação discutem sobre fatos (passados), no que tange à prisão preventiva, baseada no perigo, os termos são outros. “Não há fatos em questão, mas uma virtualidade, uma valoração da potencialidade da ocorrência de algo”. Uma vez realizado o juízo de valor, a defesa apenas conseguirá contrariar essa prognose em termos de “subjetividade valorativa”¹²³.

Lopes Junior diz que o diagnóstico do risco de reiteração, além de impossível de ser feito, é inquisitório e irrefutável:

A prisão para garantia da ordem pública sob o argumento de “perigo de reiteração” bem reflete o anseio mítico por um direito penal do futuro, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer. Nem o direito penal, menos ainda o processo, está legitimado à pseudotutela do futuro (que é aberto, indeterminado, imprevisível). Além de inexistir um periculosômetro (tomando emprestada a expressão de Zaffaroni), é um argumento inquisitório, pois irrefutável.¹²⁴

Além de serem os fundamentos mais presentes nas decisões que decretam a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, é pacífico no STF o entendimento de que a periculosidade do agente e o risco de reiteração são argumentos legítimos:

O magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal preconiza que “a periculosidade do agente e o risco de reiteração delitiva demonstram a necessidade de se acautelar o meio social, para que seja resguardada a ordem pública, e constituem fundamento idôneo para a prisão preventiva”¹²⁵.

No mesmo sentido, eis trecho do H C nº 118.955/PR, da Segunda Turma:

[...] o que decidido nas instâncias antecedentes harmoniza-se com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, segundo a qual a periculosidade do

¹²³ SZESZ, André. Op. cit., p.181.

¹²⁴ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit., p. 127.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus n. 118.011/MG**. Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 04/02/2014, DJe-038, data de publicação: 24/02/2014.

agente evidenciada pelo modus operandi e o risco concreto de reiteração criminosa são motivos idôneos para a manutenção da custódia cautelar¹²⁶.

A Suprema Corte enfatiza que tal periculosidade deve ser demonstrada a partir de elementos “concretos”, ou seja, não é suficiente a mera suposição de que o acusado representa risco à sociedade¹²⁷. Sendo assim, com base na análise das decisões, constata-se que os magistrados extraem a periculosidade a partir de diversos fatores, como as circunstâncias do crime – a indicar a gravidade concreta da conduta ou a crueldade/perversidade do agente – o modus operandi, a motivação, os indícios de habitualidade, o envolvimento em quadrilha armada, o grau de sofisticação do esquema criminoso, os antecedentes, o emprego de armas, o concurso de agentes, a quantidade e variedade de drogas, a premeditação, a violência empregada, as ameaças, as reduzidas chances de defesa da vítima, o envolvimento de policiais etc. Nesse sentido, eis trecho da ementa do Habeas Corpus nº 97.688/MG, relacionado a réu pronunciado por duplo homicídio qualificado e lesão corporal grave:

1. O fundamento da garantia da ordem pública é suficiente, no caso, para sustentar o decreto de prisão preventiva do paciente [...] 2. Quando da maneira de execução do delito sobressair a extrema periculosidade do agente, abre-se ao decreto de prisão a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o modus operandi do suposto crime e a garantia da ordem pública. 3. Não há que se falar em inidoneidade do decreto de prisão, se este embasa a custódia cautelar a partir do contexto empírico da causa. Contexto, esse, revelador da gravidade concreta da conduta (de violência incomum) e da periculosidade do paciente. 4. O decreto prisional, para além de apontar o paciente como investigado em vários outros delitos (fls. 60), encontra apoio, ainda, na fuga do acusado [...]. O que, segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, materializa a hipótese descrita no art. 312 do Código de Processo Penal. 5. Ordem denegada¹²⁸.

No HC nº 119.953/SP a Suprema Corte, por votação unânime, denegou a ordem ao paciente denunciado e preso preventivamente pela suposta prática do crime de homicídio duplamente qualificado, tendo em vista a periculosidade do

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 118.955/PR**. Relatora: Min. Carmem Lúcia, Segunda Turma, julgado em 11/03/2014, DJe-055, data de publicação: 20/03/2014.

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 101.981/SP**, Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 17/08/2010, DJe-209, data de publicação: 03/11/2010.

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 97.688/MG**. Relator: Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-223, data de publicação: 27/11/2009.

agente, evidenciada pelo modo de execução do crime (“tiro pelas costas”), bem como pela sua motivação (dívida) ¹²⁹.

As circunstâncias do delito também funcionaram como indícios da periculosidade no HC nº 119.997/PB. No caso, o STF decidiu que a manutenção da prisão provisória do paciente denunciado pela prática do crime de homicídio triplamente qualificado (três vezes) e ocultação de cadáver não configurava constrangimento ilegal, pois a decisão de primeiro grau estava pautada em motivos idôneos:

In casu, o juiz singular decretou a prisão preventiva com fundamento na periculosidade do paciente, evidenciada pelo *modus operandi*, e na “gravidade do fato – matança de 03 (três) indefesos estrangeiros”, destacando que “o crime foi praticado com requintes de perversidade, brutalidade e hediondez”. Transcrevo o seguinte trecho da decisão, verbis “(...)

A narrativa indicada na denúncia, revela, por si só, a gravidade do fato – matança de 03 (três) indefesos estrangeiros – a periculosidade dos acusados – pois, depois das mortes das vítimas, de forma fria e irresoluta, os acusados desovaram os seus corpos, em um matagal, na calada da noite.

(...) o crime foi praticado com requintes de perversidade, brutalidade e hediondez.” ¹³⁰.

Em outras ocasiões, as circunstâncias pessoais do acusado, como os antecedentes, a inexistência de ocupação lícita e residência fixa servem como indícios da periculosidade do agente e do risco de reiteração criminosa e aparentam ser os motivos preponderantes da segregação. No HC nº 122.429/RS, por exemplo, o paciente havia sido preso em flagrante em posse de 11 (onze) pedras de crack, além da quantia de R\$ 152,35 em dinheiro trocado. No caso, o relator Min. Dias Toffoli disse que o decreto prisional apresentava fundamentos suficientes para a prisão processual, especialmente em razão da “relevante quantidade de substância entorpecente altamente nociva” e da informação do juiz a quo de que o paciente não possuía “endereço certo e vínculo empregatício honesto, tornando-se provável o envolvimento com a delinquência, caso inserido novamente na comunidade”. Disse o Ministro:

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 119.953/SP**. Relator: Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 10/06/2014, DJe-125, data de publicação: 01/07/2014.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 119.997/PB**. Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 10/06/2014, DJe-148, data de publicação: 01/08/2014.

Portanto, tenho como legítima a restrição da liberdade imposta ao paciente, dada a necessidade de se acautelar o meio social – considerando a sua periculosidade e o risco latente de persistir na prática criminosa – e garantir a aplicação da lei penal, já que os autos não indicam residência fixa ou atividade laboral lícita do paciente¹³¹.

No RHC nº 120.051/SP o STF manteve a prisão preventiva devido ao risco de reiteração criminosa, pois constava nos autos que o recorrente, apenas no juízo de origem, fora condenado por tráfico de drogas e estava respondendo por três delitos de homicídio. Além disso, a garantia da ordem pública foi lastreada na gravidade concreta dos fatos, pois o réu havia sido pronunciado pela prática de homicídio contra vítima que testemunhara um crime anterior que lhe fora imputado¹³².

Observa-se que os antecedentes, no que toca ao risco de reiteração, são interpretados de forma ampla, contemplando não só as condenações transitadas em julgado, mas também os processos em andamento e, até mesmo, os inquéritos policiais. No HC nº 119.715/TO, por exemplo, a Segunda Turma manteve a prisão preventiva porque o paciente estava sendo “processado em outros três estados da federação”¹³³.

Quanto a essa questão, é interessante mencionar a divergência verificada no HC nº 119.070/MG. Este caso trata de paciente denunciado pela prática do crime de roubo majorado, o qual teve a prisão preventiva decretada em razão da gravidade do delito – dado o concurso de agentes e o emprego de arma (faca) – e do risco de reiteração criminosa, uma vez que o acusado já havia sido condenado em primeira instância pelos crimes de roubo e uso de drogas, estando a pena, inclusive, em fase de “execução provisória” (nas palavras do juiz de primeira instância). Na ocasião, o relator Min. Marco Aurélio votou pela concessão da ordem de habeas corpus, a fim de confirmar a liminar que anteriormente havia deferido, aduzindo que a gravidade da imputação não é fundamento suficiente para a

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 122.429/RS**. Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 10/06/2014, DJe-148, data de publicação: 01/08/2014.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus n. 120.051/RS**. Relator: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 27/05/2014, DJe-115, data de publicação: 16/06/2014.

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus n. 119.715/TO**. Relator: Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 13/05/2014, DJe-102, data de publicação: 29/05/2014.

segregação, bem como não há que se falar em reincidência enquanto os outros processos ainda estão em tramitação¹³⁴.

Entretanto, a posição do ministro é minoritária na Suprema Corte, para a qual, no geral, a avaliação dos antecedentes no que tange à necessidade da prisão preventiva não se limita às condenações transitadas em julgado. Tanto é que, no caso acima, ele teve o voto vencido pelos seus pares, os quais entendem que a gravidade da conduta e as condenações prévias comprovam o concreto risco de continuidade delitiva do acusado.

Como pôde ser visto nos acórdãos anteriores, as condições pessoais do acusado e sua vida pregressa são circunstâncias levadas em consideração na decretação da prisão preventiva. Entretanto, cabe ressaltar que, segundo o STF, condições pessoais favoráveis não são suficientes, por si só, para afastar a necessidade da constrição:

Condições pessoais, como primariedade, bons antecedentes e residência fixa não impedem a prisão cautelar quando presentes seus pressupostos e requisitos. Precedentes: HC 98157/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 25/10/2010; HC 98754/SP, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 11/12/2009; HC 99936/CE, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 11/12/2009; HC 84.341, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 04.03.2005. 6. Ordem denegada¹³⁵.

O fato do paciente ter permanecido preso durante a fase de instrução probatória é uma circunstância que, ao lado da gravidade do crime e da periculosidade, parece pesar na manutenção da prisão preventiva na sentença condenatória ou decisão de pronúncia.

No RHC nº 121.528/MG¹³⁶, a Primeira Turma, por maioria de votos, denegou a ordem de habeas corpus aos recorrentes que haviam sido condenados em primeira instância pelos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico. Naquela ocasião, foi lhes vedado o direito de apelar em liberdade, por persistirem os

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 119.070/MG**. Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 22/04/2014, DJe-097, data de publicação: 22/05/2014.

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 108.314/MA**. Relator: Min. Luiz Fux. Primeira Turma, julgado em 13/09/2011, DJe-191, data de publicação: 05/10/2011.

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus n. 121.528/RS**. Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 03/06/2014, DJe-148, data de publicação: 01/08/2014.

fundamentos da segregação preventiva. Disse o juiz primeiro grau, ao proferir a sentença condenatória:

Caso seja facultado aos réus o direito de recorrerem em liberdade, certamente as atividades criminosas voltarão a ser exercidas por eles, uma vez que eles se dedicavam à atividade criminosa. O tráfico de drogas não era atividade esporádica dos réus, mas sim o meio de vida deles.

[...]

A soltura dos réus poderá alimentar a proliferação de drogas na sociedade, contribuindo com a disseminação de diversos outros delitos, o que devem ser mantidos presos como medida indispensável à garantia da ordem pública.

Não se pode tolerar atitudes envolvendo a disseminação de drogas, notadamente porque a sociedade tem diante de si, bem visível, a enormidade da tragédia que esse comércio e as atitudes irresponsáveis dos que com ele se envolvem, representa em danos sociais.

O modus operandi do delito de tráfico de drogas, as circunstâncias e consequências do crime, a quantidade de drogas apreendidas (crack e cocaína) constitui [sic] indício veemente da concreta e excessiva periculosidade dos réus, evidenciando a necessidade de suas custódias, agora como forma de prevenção do delito. [...]

Segundo o voto do Min. Luiz Fux, a prisão preventiva estava devidamente apoiada em base empírica “enquadrável” na hipótese legal da garantia da ordem pública: a propensão delituosa expressada pela habitualidade do recorrente no tráfico de entorpecentes. Além disso, o Ministro aduziu que “tendo os pacientes permanecido presos durante toda a instrução criminal, não faz sentido serem postos em liberdade após a prolação da sentença que, com fundamento no art. 312 do Código Penal, justifica a negativa ao apelo em liberdade”.

Em sentido contrário, posicionou-se o Min. Marco Aurélio, o qual teve o voto vencido:

É neutro o fato de ter permanecido preso durante toda a instrução penal. O que cabe perquirir é se há base, ou não, para a preventiva. Tanto é assim, que o Código de Processo Penal prevê que, na sentença, o juiz decidirá sobre a liberdade ou a expedição de mandado de prisão, o que revela que pouco importa a circunstância de o acusado ter ficado preso durante a instrução. No caso, a prisão preventiva foi fundamentada na simples imputação, e, até aqui, não se tem a culpa formada, já que não transitou em julgado o título judicial condenatório.

No RHC nº 121.508/SP¹³⁷, a Segunda Turma, por maioria de votos, optou por manter a segregação preventiva por força da periculosidade do agente e do risco

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus n. 121.508/SP**. Relatora: Min. Rosa Weber. Primeira Turma, julgado em 18/03/2014, DJe-071, data de publicação: 10/04/2014.

de reiteração criminosa, diante de recorrente que havia sido condenado em primeira instância pelo crime de estupro de vulnerável, por duas vezes, em continuidade delitiva:

Na espécie, o Recorrente, empregado de uma empresa prestadora de serviço de telefonia, durante visita de manutenção, adentrou na residência da vítima, e, aproveitando-se da oportunidade e confiança depositada pelo serviço a ser prestado, engendrou atos libidinosos contra a vítima, criança de apenas 8 (oito) anos de idade à época dos fatos.

Ressalte-se que retornou no dia seguinte, conforme prometido, para término do serviço, quando mais uma vez constrangeu a menor. As circunstâncias concretas do crime indicam a periculosidade e risco de reiteração delitiva e, por conseguinte, à ordem pública [...]

O curioso é que a prisão foi decretada na sentença condenatória, mesmo tendo o acusado permanecido solto durante toda a instrução criminal. Disse a Min. Rosa Weber:

O fato de o Recorrente ter aguardado solto por todo o período da instrução criminal, não exime o Poder Judiciário de resguardar a ordem pública, sobretudo depois de um julgamento condenatório, precedido por amplo contraditório e no qual as provas foram avaliadas sob o crivo da imparcialidade. É dizer, um juízo efetuado com base em cognição profunda e exaustiva de que o condenado é culpado de um crime. Como é sabido, para concluir pela responsabilidade criminal, tem que ser reconhecida a presença de prova acima de qualquer dúvida razoável.

Assim, embora a sentença esteja sujeita a reavaliação crítica por meio de recursos, possível, nesta ocasião, a decretação da prisão preventiva, nos termos do § 1º do art. 387 do CPP (“O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta”).

Nesse diapasão, “a circunstância de o paciente ter respondido à ação penal em liberdade, não impede que o juiz decrete sua prisão cautelar na sentença condenatória, desde que o faça motivadamente”, como se infere do HC 92.918/BA, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJe de 25.4.2008.

Embora prevaleça nesta Suprema Corte o entendimento de que o princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, tem aplicação até o trânsito em julgado da ação penal (HC 84.078 Plenário Rel. Min. Eros Grau por maioria j. 05.02.2009 Dje-035, de 25.02.2010), é forçoso reconhecer que sua força se atenua depois de um julgamento, ainda que este não seja definitivo.

De fato, o CPP não impede que a prisão preventiva seja decretada na sentença condenatória, desde que fundamentada. Porém, embora a constrição tenha sido motivada na periculosidade do agente, é possível perceber que Ministra imprime um caráter de “execução provisória” à medida, pois assume que o princípio

da presunção de inocência se atenua depois de um julgamento, ainda que não definitivo.

Por outro lado, o Min. Marco Aurélio votou pela concessão da ordem de habeas corpus:

O recorrente respondeu ao processo em liberdade e apenas foi preso, assentando-se a periculosidade, após a prolação da sentença. É sintomático que isso tenha ocorrido. O que ressoa é a execução precoce da sentença.

Essa é uma questão problemática, pois, apesar da gravidade da conduta imputada, se o réu aguarda toda a instrução em liberdade sem qualquer notícia de seu envolvimento em novas práticas delituosas, é mais difícil sustentar sua periculosidade. Do mesmo modo, há de se reconhecer que o fator risco é, ao menos, enfraquecido caso o agente, não tendo sido preso em flagrante, passe longo tempo em liberdade, sem intentar contra a “ordem pública”.

Também cabe mencionar a forma como o fundamento “periculosidade do agente” é utilizado em relação aos crimes de tráfico de entorpecentes. Nessas situações, observa-se que o juízo de perigo não tem por base a motivação do crime ou sua cruel forma de execução, já que não são delitos que envolvem violência ou grave ameaça.

Nota-se que há uma certa presunção de periculosidade quanto ao traficante de drogas, e não só por parte do judiciário. A norma punitiva em relação ao tráfico não possui um “bem jurídico” correlato facilmente identificável, ao contrário dos crimes contra a vida ou contra a liberdade sexual, por exemplo. Por essa razão, subsiste um temor abstrato em relação às drogas e a seu comércio clandestino. Argumenta-se, por exemplo, que o tráfico é prejudicial à saúde pública e dá causa à proliferação de diferentes formas de criminalidade na comunidade (roubos, homicídios etc.).

Essa presunção de periculosidade por vezes transparece nas decisões judiciais, principalmente nas de primeira instância, onde é comum observar o uso de argumentos apelativos e genéricos, enfatizando os males gerados na sociedade em razão do comércio de drogas. Um exemplo pode ser encontrado no Ag. Reg. no HC

nº 122.297/PR¹³⁸, no qual consta trecho da decisão do juiz de primeiro grau, ao converter o flagrante em preventiva:

Ora, um dos grandes problemas que atingem a sociedade de Arapongas e cercanias é o comércio de drogas, dando causa a prática de diversos delitos, em especial contra o patrimônio alheio, na busca de recursos para alimentar o vício que consome os usuários, jovens em sua maioria. A manutenção dos acusados em custódia cautelar se revela necessária em face da evidente possibilidade de retomarem a praticar atividades ilícitas, voltando a afetar a ordem pública, favorecida pela ausência de uma resposta mais adequada por parte das autoridades, em especial Poder Judiciário.

Contudo, a Suprema Corte, acertadamente, considera que tais argumentos abstratos, por si só, não justificam a prisão preventiva. O risco deve ser concreto, sendo insuficientes meras conjecturas. Destarte, a fim de conferir mais "objetividade" à fundamentação, os decretos prisionais costumam destacar a natureza, quantidade ou variedade de drogas como indicativos da gravidade concreta dos fatos e, por conseguinte, da periculosidade do agente e do risco de reiteração criminosa.

Esse é o entendimento do STF, como pode-se inferir deste trecho do HC nº: 120.292/PR:

[...] a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a grande quantidade da droga apreendida evidencia a periculosidade do agente, justificando, por conseguinte, a prisão cautelar para a garantia da ordem pública [...]¹³⁹.

Nesse sentido, também o HC nº 119.457/SP:

Os fundamentos utilizados revelam-se idôneos para manter a segregação cautelar do paciente, na linha de precedentes desta Corte. É que a decisão aponta de maneira concreta a necessidade de garantir a ordem pública, ante a gravidade concreta do delito, dada a variedade e a quantidade de droga apreendida (= 256 gramas de cocaína e 1.079 gramas de maconha)¹⁴⁰.

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental em habeas corpus n. 122.297/SP**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Primeira Turma, julgado em 03/06/2014, DJe-114, data de publicação: 13/06/2014.

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 120.292/PR**. Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 09/04/2014, DJe-091, data de publicação: 14/05/2014.

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 119.457/SP**. Relator: Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 13/05/2014, DJe-102, data de publicação: 29/05/2014.

Tal juízo, que afere a gravidade da conduta mediante a quantidade, variedade ou natureza dos entorpecentes é, evidentemente, muito subjetivo. Não há critérios sólidos para determinar o que é pequena ou grande quantidade, de modo que prevalece o que o magistrado bem entender. Por outro lado, é preciso admitir que esse grau de discricionariedade, embora dê margem a decisões contraditórias, é, em certa medida, necessário, uma vez que permite que o magistrado afaste a constrição preventiva em relação a pequenos traficantes, ou então, consumidores de drogas. Inclusive, em diversos casos, o STF, concede o habeas corpus por essa razão.

Nesse sentido, no HC nº 121.250/SE o STF concedeu a ordem ao paciente que havia sido preso em flagrante portando 60 gramas de maconha, pois, além de entender que a decisão de primeiro grau se baseava apenas na gravidade abstrata do delito, considerou que a natureza e a quantidade da droga apreendida “não revelavam maior periculosidade do agente”¹⁴¹. Em situação similar, no HC nº 119.095/MG, a Segunda Turma concedeu a ordem em razão da pequena quantidade de drogas (15 gramas de crack) e dos indícios de que o paciente seria dependente químico¹⁴².

Outro argumento muito associado à periculosidade e ao risco de reiteração é a “necessidade de interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosas”¹⁴³.

O Supremo Tribunal Federal considera que o envolvimento em tais organizações é um fundamento apto para embasar a segregação cautelar. Nessa linha, no RHC nº 120.070/RJ, consta que o paciente, ex-policia militar, integrava uma organização criminosa armada, conhecida como “milícia”, envolvida na prática de crimes de extorsão e homicídio. O Ministro Teori Zavascki negou a concessão do habeas corpus devido à periculosidade do acusado e ressaltou que o Supremo Tribunal Federal possui o entendimento de que a existência de organização

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 121.250/SE**. Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 06/05/2014, DJe-097, data de publicação: 22/05/2014.

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 119.095/MG**. Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 26/11/2013, DJe-070, data de publicação: 09/04/2014.

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 122.546/RJ**. Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 27/05/2014, DJe-115, data de publicação: 16/06/2014. No mesmo sentido: HC nº 110.902/DF; HC nº 118.228/MT, RHC nº 116.946/PI.

criminosa impõe a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de seus membros¹⁴⁴.

O HC nº 119.398/SP, por sua vez, trata de paciente preso cautelarmente sob a acusação de ter participado dos ataques promovidos pelo Primeiro Comando da Capital (PCC) em maio de 2006 no Estado de São Paulo, especificamente, por ter assassinado um policial militar. O acusado foi pronunciado em 2009, oportunidade em que foi mantida a custódia preventiva em prol da garantia da ordem pública. A Segunda Turma, por votação unânime, optou por denegar o habeas corpus e consignou:

Ademais, tem-se, no caso concreto, que o paciente, tido como integrante de uma organização criminosa que vem aterrorizando a sociedade brasileira, foi acusado da prática de crimes extremamente graves e permaneceu preso durante toda a instrução criminal como forma de preservar a ordem pública. Ora, não seria aconselhável que agora, após a rejeição do recurso em sentido estrito interposto contra a prolação da sentença de pronúncia, oportunidade em que foram reforçados os motivos da prisão preventiva, fosse permitido que o paciente aguardasse em liberdade o julgamento pelo Conselho de Sentença, em especial ante a gravidade dos fatos que lhe são imputados e a periculosidade demonstrada¹⁴⁵.

Como foi possível perceber, a prisão preventiva para garantia da ordem pública em face do perigo de reiteração de delitos não atende diretamente ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, alheia aos fundamentos estritamente cautelares. A “periculosidade do agente” e o consequente “risco de reiteração” são argumentos que imprimem à segregação preventiva um caráter de prevenção especial negativa, o qual é tradicionalmente conferido à prisão pena. Convém lembrar que a prevenção geral negativa é a neutralização do agente, nas palavras de Juarez Cirino dos Santos, “a incapacitação seletiva de indivíduos considerados perigosos”¹⁴⁶.

André Giamberardino, em aprofundada crítica sobre o tema, aduz que a prisão cautelar e a prisão-pena são “substancialmente idênticas”, uma vez que “ambas cumprem a função real de incapacitação dos indivíduos ou grupos tidos

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus n. 120.070/RJ**, Relator: Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014, DJe-122 data de publicação: 24-06-2014.

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 119.398/SP**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 13/05/2014, DJe-102, data de publicação: 29/05/2014.

¹⁴⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de direito penal – parte geral**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 243.

como socialmente perigosos”¹⁴⁷, com a diferença de que a primeira é “qualificada pelo imediatismo”¹⁴⁸. Quanto à garantia da ordem pública, diz o autor:

[...] apesar de certamente inadmissível do ponto de vista das teses processualistas, a finalidade de garantia da ordem pública acaba expressando a função real efetivamente exercida pela prisão cautelar nos termos de uma administração tecnocrática da punição pautada pela eficiência e pela incapacitação dos socialmente perigosos¹⁴⁹.

Parte da doutrina defende que a prisão preventiva com base no risco de reiteração é inconstitucional. Tais autores entendem, grosso modo, que a prisão processual não pode cumprir finalidades da prisão-pena (retribuição, prevenção geral e prevenção especial), devendo se restringir à finalidades tipicamente cautelares, como a proteção da instrução criminal ou a garantia da aplicação da lei penal.

Nesse sentido, para Gomes Filho, a prisão preventiva com função de prevenção especial ofende o princípio da presunção de inocência, pois o “risco de reiteração” sempre pressupõe o reconhecimento de que o sujeito é culpado pelo crime que está sendo acusado. Além disso, o autor alerta que nem sempre a aferição da periculosidade repousa em um juízo de probabilidade sedimentado em elementos empíricos, especialmente quando ela é realizada antes da instrução criminal¹⁵⁰.

Gabriel Bertin de Almeida diz que a segregação preventiva em razão da periculosidade do agente remete a um direito penal do autor e, portanto, é incompatível com o nosso atual sistema, baseado na culpabilidade. Nesse sentido, “se a periculosidade não pode implicar, ela própria, privação da liberdade ou qualquer outra pena nem depois da condenação (prisão pena), evidentemente que não pode implicar em prisão cautelar”¹⁵¹.

¹⁴⁷ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar**. 201 f. Dissertação (Mestrado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p. 185.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 168.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 139.

¹⁵⁰ Diz o autor: “o que se constata na prática é o recurso a dados extremamente enganosos como os antecedentes e a gravidade do delito, que mais revela uma impressão pessoal do magistrado do que uma realidade assentada em fatos concretos”. GOMES FILHO. 1991, p. 69.

¹⁵¹ ALMEIDA, Gabriel Bertin. Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública? **Revista brasileira de ciências criminais**, n. 44. São Paulo, 2003: Revista dos Tribunais, p. 82.

O argumento “risco de reiteração” é severamente questionado por parte da doutrina, a qual o considera incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência. Nessa linha, destaca-se a posição de Roberto Delmanto Junior:

[...] não há como negar que a decretação de prisão preventiva com o fundamento de que o acusado poderá cometer novos delitos baseia-se, sobretudo, em dupla presunção: a primeira, de que o imputado realmente cometeu um delito; a segunda, de que, em liberdade e sujeito aos mesmos estímulos, praticará outro crime ou, ainda, endividará esforços para consumir o delito tentado¹⁵².

Por outro lado, o mesmo autor faz uma distinção entre duas hipóteses: uma em que há mero “risco” e outra em que há efetiva reiteração criminosa. Na primeira haveria nítida presunção de culpabilidade, ao passo que na segunda, aquela em que o agente efetivamente se envolve na prática de outro delito, consumado ou tentado, afigura-se plenamente possível a decretação da prisão preventiva, pois estaria evidenciado, a partir de fatos concretos, o perigo real representado pela liberdade do acusado¹⁵³.

Há quem sustente que a prisão preventiva para a evitar a reiteração criminosa possui natureza cautelar. Neste caso, porém, não haveria uma cautelaridade em relação direta ao processo, mas aos fins da pena (e consequentemente da própria persecução penal). O raciocínio é o seguinte: se a pena, determinada por meio da sentença condenatória, tem como uma de suas funções proteger a sociedade e evitar que o réu continue a cometer delitos, a prisão preventiva acabaria por acautelar esse objetivo¹⁵⁴.

Contudo, a doutrina majoritária entende que a prisão sob esse fundamento não é cautelar, mas “necessária”.

Figueiredo, por exemplo, embora reconheça que a prisão preventiva voltada a prevenir que o agente cometa novos crimes, não é instrumental em relação ao processo não considera ilegítimo que o judiciário exerça de maneira excepcional a tutela da segurança pública, tendo em vista que ao assim proceder está a proteger

¹⁵² DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seus prazos de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 179.

¹⁵³ Ibidem, p. 179.

¹⁵⁴ Diz Scarance Fernandes: “se com a sentença e a pena privativa de liberdade pretende-se, além de outros objetivos, proteger a sociedade, impedindo o acusado de continuar a cometer delitos, esse objetivo seria acautelado por meio da prisão preventiva”. FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. Op. cit., p. 302.

uma relevante gama de direitos fundamentais (vida, saúde, patrimônio etc.)¹⁵⁵. Nas palavras do autor:

É razoável, ou compatível com a ordem constitucional, assegurar a todo custo a liberdade dos criminosos, expondo a sociedade ao iminente risco de grave lesão, sob o argumento de que o Poder Judiciário não poderia contribuir na proteção do corpo social e sua segurança? A resposta parece ser desenganadamente negativa¹⁵⁶.

A exemplo do autor acima citado, muitos dos que defendem a prisão preventiva em razão da periculosidade do agente e do risco de reiteração criminosa, tratam o problema a partir de uma perspectiva de conflito entre princípios fundamentais. Haveria, nesse caso, um atrito entre a presunção de inocência (a liberdade do indivíduo enquanto não transitada em julgado a sentença condenatória) e o direito à segurança (que implica no dever estatal de proteger bens jurídicos igualmente relevantes)¹⁵⁷.

Pacelli de Oliveira sustenta que, excepcionalmente, o princípio da presunção de inocência pode ser relativizado, isto é, nos casos em que valores constitucionais importantes estão em perigo, e lembra que os Estados Unidos e a maioria dos países europeus admitem o risco de reiteração como justificativa para a prisão provisória. Contudo, o autor alerta que a prisão preventiva em nome da garantia da ordem pública deve se limitar a “hipóteses de crimes gravíssimos, quer quanto à pena, quer quanto aos meios de execução utilizados”, e quando houver risco de reiteração criminosa e uma situação de comprovada intranquilidade no meio social¹⁵⁸.

Zanoide de Moraes, ao defender que o princípio da presunção de inocência possui um “conteúdo essencial relativo”, não propõe a exclusão do conceito de “ordem pública”, mas sugere a fixação de alguns requisitos, capazes de fornecer parâmetros sem “engessa-lo”. Nessa perspectiva, para que a prisão processual possa ser decretada em nome da ordem pública, o autor recomenda a observância de três requisitos cumulativos: a pena prevista para o crime imputado, as circunstâncias e a forma de cometimento do suposto crime e a relação temporal

¹⁵⁵ FIGUEIREDO, Igor Nery. Op. cit., p. 116.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 117.

¹⁵⁷ Nesse sentido, ver também: CRUZ, Rogério Schietti Machado. Op. cit., p. 65-66.

¹⁵⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. Op. cit., p. 550-552.

entre o conhecimento da autoria e o instante de determinação da prisão¹⁵⁹.

O autor frisa que todos esses requisitos têm em comum o “ato ocorrido”. Logo, assevera que a aferição do “periculum libertatis” deve se pautar em indícios extraídos somente do fato criminoso e não de circunstâncias pessoais do agente, como os antecedentes e as características do imputado, os quais remetem a “análises impregnadas de subjetivismos e preconceitos”. Além disso, aduz que a prisão em virtude de aspectos estranhos aos fatos cometidos representa um distanciamento do exame do caso concreto e, pautada em fatores emotivos, visa “punir o imputado pelo que ele é ou, pior, pelo que ele foi, e não pelo que eventualmente tenha feito”¹⁶⁰.

Conforme propõe Zanoide de Moraes, a partir do “ato ocorrido”, eixo central da análise da periculosidade, o julgador deverá observar, ao menos, três requisitos básicos que devem ser levados em consideração simultaneamente. O primeiro, “a pena abstratamente cominada ao crime”, decorre do princípio da proporcionalidade, pois é inadmissível a prisão de alguém por crime cuja pena não implique em privação de liberdade¹⁶¹. Em segundo lugar, “as circunstâncias e a forma de cometimento do crime”, uma vez que “há situações em que o modo como o crime é cometido traz mais conotações aos fatos que o crime em si”¹⁶². Por fim, o último requisito é a relação de tempo entre o conhecimento da autoria e a decretação da prisão, pois sua fluência “vai, progressivamente, desconstituindo qualquer justificativa material para a prisão provisória, notadamente porque a alegação de perigo [...] vai perdendo consistência fática”¹⁶³.

Em uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Desembargador Odone Sanguiné afirma que a prisão preventiva para garantia da ordem pública tem nítido caráter de pena antecipada e, portando um conceito tão indeterminado, é suscetível a juízos incompatíveis com a segurança jurídica. Por essa razão, o magistrado propõe uma interpretação restritiva do risco de reiteração delitiva:

¹⁵⁹ MORAES, Maurício Zanoide. Op. cit., p. 712

¹⁶⁰ Ibidem, p. 712-713.

¹⁶¹ Ibidem, p. 715.

¹⁶² Ibidem, p. 716.

¹⁶³ Ibidem, p. 717.

Apesar do caráter discutível deste critério, a jurisprudência do TEDH e do TC Espanhol permite a decretação da prisão provisória com a finalidade de afastar o risco que, sobre a sociedade, supõe a reiteração delitiva.

Porém, devido às graves conseqüências que tal critério implica, o TEDH estabeleceu cinco limites objetivos estritos ao juízo de inferência que deve realizar o órgão judicial para decretar a prisão provisória fundada na necessidade de prevenir ou de pôr fim à reiteração delitiva: (1º) não basta uma mera invocação genérica do prognóstico de reiteração delitiva; (2º) a exigência de que exista uma 'natureza comum' entre o delito presumidamente cometido e o que se pretende evitar; (3º) que tanto um como outro sejam especialmente graves ou, pelo menos, da mesma gravidade que os que autorizam com caráter geral a prisão cautelar; (4º) a gravidade do crime, se nas circunstâncias do caso existem elementos concretos indicativos da nocividade do imputado deduzida dos seus antecedentes, personalidade e sua experiência e capacidade, perigosidade, para facilitar a repetição dos atos delitivos e que tornam o perigo plausível e adequada a medida imposta, sem prejuízo de que deixar de cometê-los durante certo tempo possa indicar uma variação desta circunstância; (5º) a vulnerabilidade da vítima que justifique medidas de proteção importantes.

A legitimação da prisão provisória em decorrência da possibilidade concreta de reiteração delitiva, ocorre naquelas hipóteses nas quais, além de existir uma elevada probabilidade de reincidência, a entidade dos bens jurídicos em perigo pode considerar-se sensivelmente superior ao dano que se origina ao imputado com sua privação de liberdade. Essa exigência de proporcionalidade em sentido estrito somente parece ficar satisfeita naquelas hipóteses em que cabe afirmar que a liberdade do imputado supõe uma situação de perigo grave e iminente para a vida, a integridade física ou sexual de outras pessoas, ou então um elevado risco de agressão muito grave a bens jurídicos supraindividuais que visem, de forma indireta, a proteção dos bens pessoais mencionados.

Destarte, com tais critérios restritivos, é possível fazer uma interpretação conforme a Constituição e admitir a finalidade da reiteração delitiva como fundamento legítimo da prisão para garantia da ordem pública¹⁶⁴.

Como se vê, Odone Sanguiné adota os critérios do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos como limites objetivos para a prisão preventiva fundada no risco de reiteração criminosa. Além disso, o Desembargador sustenta uma interpretação do argumento conforme a Constituição, demandando um juízo de proporcionalidade em sentido estrito entre a liberdade do indivíduo e o bem jurídico em perigo. Assim, só deverá ser decretada a prisão preventiva como forma de impedir que o acusado cometa novos crimes quando, além da elevada probabilidade de reincidência, aferida com base em elementos concretos, houver situação de perigo de dano grave à valores fundamentais, como a vida e a integridade física ou sexual de outras pessoas.

É realmente difícil conciliar o princípio da presunção de inocência com a prisão preventiva com vistas a impedir que o acusado cometa novos crimes. Mesmo

¹⁶⁴ BRASIL. Tribuna de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas corpus N. 70038231841**. Relator: Odone Sanguiné, Terceira Câmara Criminal, julgado em 02/09/2010, DJ 10/09/2010.

que se pressuponha que nossa atual sociedade não esta preparada para abrir mão dessa medida, ao menos há de se reconhecer que ela deve ser limitada a casos extremos. O STF adota alguns parâmetros, especialmente ao exigir que a decisão seja fundamentada em indícios concretos, embora ainda remanesça um amplo espaço para o subjetivismo na avaliação desses elementos.

O magistrado, ao realizar o juízo de periculosidade, deve ter como foco principal o fato criminoso imputado e não a vida pregressa do acusado, evitando recair em um direito penal do autor. Além disso, é imprescindível a observância dos princípios gerais relativos às prisões cautelares, especialmente a motivação, a excepcionalidade e a proporcionalidade. Além de uma robusta colheita de provas no tocante à materialidade e autoria do crime, é importante que a decisão demonstre a partir de fatos concretos quais são os indícios do perigo. Por fim, a prisão preventiva em função do risco de reiteração deve se ater a casos realmente excepcionais e ser proporcional em relação ao fim pretendido: a proteção da vida, da liberdade sexual etc. Crimes patrimoniais que não envolvem violência ou grave ameaça, ou então, fraudes e tráfico de entorpecentes não parecem se enquadrar muito bem nessa hipótese.

4.3 O CLAMOR PÚBLICO E A CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES

Um dos sentidos tradicionalmente atribuídos pelos tribunais à “garantia da ordem pública” é o “clamor público”¹⁶⁵, o qual diz respeito a um suposto descontentamento da população, comovida em face de um crime de grande repercussão. Nas decisões judiciais o clamor público pode ser encontrado sob diversas expressões sinônimas: “comoção pública”, “indignação social”, “repercussão do crime”, “intranquilidade”, “revolta” etc. Relacionado a estes, também é recorrente o argumento da “credibilidade das instituições”. Neste caso, alega-se que, devido à indignação popular diante de um delito grave, é necessária uma

¹⁶⁵ Tal expressão encontrava-se no inciso V do art. 323 do CPP, o qual vedava a concessão da fiança nos crimes que fossem punidos com reclusão e que causassem clamor público. Entretanto, tal dispositivo foi revogado pela Lei 12.403/11.

“pronta resposta ao crime”, sob o risco de descrédito das instituições públicas (do poder judiciário, em especial).

Os magistrados e doutrinadores que entendem que tais fundamentos são legítimos interpretam a “ordem pública” em sentido amplo, de modo que ela não se limita a impedir que o acusado continue a cometer infrações penais, mas também a aplacar as possíveis reações negativas da sociedade, impressionada com o crime e suas consequências. De acordo com Nucci, a prisão preventiva é necessária para apaziguar os ânimos de uma sociedade traumatizada com um crime grave e de grande repercussão, a fim de preservar a crença quanto à efetividade do Judiciário e das demais instituições. Ao se referir ao alcance do conceito “ordem pública”, diz o autor:

Entende-se pela expressão a necessidade de manter a ordem na sociedade, que, como regra é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente¹⁶⁶.

Do mesmo modo, Julio Fabbrini Mirabete aduz que o conceito de ordem pública também se destina a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça e que “a conveniência da medida deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa”¹⁶⁷.

Percebe-se que, se em relação ao risco de reiteração criminosa, a prisão cautelar cumpre uma função de prevenção especial negativa, neutralizando o possível delinquente, na hipótese do clamor público e suas variantes, ela assume um papel de prevenção geral, positiva e negativa¹⁶⁸. A ideia de que uma imediata resposta judicial é necessária para acautelar o meio social e assegurar a credibilidade da justiça exprime uma função de prevenção geral positiva, ao passo que a crença de que a prisão provisória é um instrumento capaz de desestimular a prática de novos delitos na sociedade denota uma função de prevenção geral negativa.

Como explica André Szesz, nesta hipótese o juízo de periculosidade é diverso daquele realizado na prisão preventiva em face do risco de reiteração, pois o

¹⁶⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 658.

¹⁶⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004, p. 418.

¹⁶⁸ SZESZ, André. Op. cit., p. 64.

perigo não reside exatamente na pessoa do acusado, mas na “potencialidade de reações indesejadas pelo restante da sociedade”¹⁶⁹. Além disso, o método de aferição da periculosidade é diferenciado, pois a magnitude da lesão à “ordem pública” depende da maior ou menor repercussão do fato¹⁷⁰. Diz o autor:

[...] o diagnóstico do risco não é claro – não se trata de um fato concreto como uma prática de um novo crime pelo acusado, uma obstrução de uma instrução criminal ou uma frustração de uma execução penal, mas de um evento incerto [...]. A prisão, nessa hipótese, pretende evitar os eventos decorrentes da lesão ou não restabelecimento da ordem, os quais não se sabe ao certo quais são. Como alguns autores relacionam essa hipótese prisional com os fins da pena, poder-se-ia dizer que o que se pretende evitar é o descrédito no judiciário e nas demais atividades do Estado (prevenção geral positiva) ou que a impunidade momentânea do réu estimule terceiros à prática de novos crimes (prevenção geral negativa)¹⁷¹.

A doutrina dominante, já há algum tempo, tem se manifestado contrariamente a legitimidade da prisão preventiva motivada pelo clamor público. Odone Sanguiné, um dos mais críticos acerca desta matéria, defende que a prisão cautelar não deve servir como meio de satisfazer a opinião pública, especialmente quando insuflada por um sentimento de vingança. Tal autor explica que o argumento da “exemplaridade” e da eficácia da prisão preventiva como meio de combate à criminalidade, restabelecendo o sentimento de confiança da população no ordenamento jurídico, extrapola a natureza cautelar e processual oficialmente atribuída ao instituto e evidencia suas funções reais de pena antecipada (nesse caso, como prevenção geral). Sanguiné diz que é inconstitucional conferir à prisão preventiva a função de aplacar o clamor público, uma vez isto claramente ofende o princípio da presunção de inocência. Desta feita, o caminho legítimo para acalmar o alarma social (esta “sede de vingança coletiva”), não pode ser o encarceramento provisório, mas uma rápida (e justa) sentença sobre o mérito da causa, condenando ou absolvendo o acusado¹⁷².

Até mesmo Fernando Capez, o qual dizia que a prisão cautelar era necessária para acautelar o meio social, diante de crimes que, pela sua brutalidade, causavam sensação de impunidade e descrédito pela demora jurisdicional¹⁷³, mudou

¹⁶⁹ Ibidem, p. 74.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 74/75.

¹⁷¹ Ibidem, p. 83.

¹⁷² SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. **Revista de Estudos Criminais**, n. 10. Porto Alegre: Nota Dez, 2003, p. 113-115.

¹⁷³ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 279.

de posicionamento e passou a adotar uma concepção mais restrita acerca do conceito de “ordem pública”, limitando-o à necessidade de evitar que o agente cometa novos crimes. Em edição mais recente de sua obra, tal autor reconhece que o clamor público não é um fundamento apto, por si só, a embasar a prisão preventiva:

O clamor popular nada mais é do que uma alteração emocional coletiva provocada pela repercussão de um crime. Sob tal pálio, muita injustiça pode ser feita, até linchamentos (físicos ou morais). Por essa razão, a gravidade da imputação, isto é, a brutalidade de um delito que provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, não pode por si só justificar a prisão preventiva. Garantir a ordem pública significa impedir novos crimes durante o processo¹⁷⁴.

Se a comoção social em torno de um crime já é um questionável fundamento para o cárcere, ela é ainda mais controversa quando identificada com a repercussão que o crime adquire na mídia, dado que, muitas vezes, o chamado “clamor público” é provocado não pelo fato em si, mas pelo estardalhaço dos meios de comunicação, que não raro exploram de maneira sensacionalista determinados crimes¹⁷⁵. Nesses casos, Lopes Junior salienta que o “clamor público” acaba se confundindo com a “opinião publicada” e alerta que são comuns as situações em que a exploração de determinado fato pela mídia tem o propósito de fabricar uma falsa comoção social¹⁷⁶.

Nucci, por sua vez, assume uma postura um pouco diversa quanto a essa questão. Segundo o autor, a divulgação que o delito alcança nos veículos de comunicação é um fator que deve ser considerado na apuração do abalo à ordem pública, uma vez que o juiz, assim como qualquer pessoa, toma conhecimento dos fatos cotidianos através de tais meios. Todavia, o autor pondera que não se pode dar crédito ao sensacionalismo de certos setores da mídia, ou seja, é preciso distinguir as situações em que a imprensa devidamente informa, daquelas em que há apenas um estardalhaço, objetivando angariar audiência ou elevar o número das vendas¹⁷⁷.

¹⁷⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 330.

¹⁷⁵ Delmanto Jr. diz que muitas vezes não é o crime cometido que gera a chamada “vigorosa reação social”, mas sim a desmedida dramatização e até mesmo alteração da versão dos fatos pela imprensa [...]. DELMANTO JUNIOR, Roberto. Op. cit., p. 188.

¹⁷⁶ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit., p.122.

¹⁷⁷ NUCCI. Guilherme de Souza. Op. cit., p. 659.

A prisão preventiva diante do clamor público visa oferecer uma resposta rápida ao crime, a fim de conter os ânimos da comunidade e preservar a crença quanto à efetividade do Judiciário. Desse modo, o encarceramento serve como exemplo ao restante da sociedade, não só como forma de intimidação, mas também com a função simbólica de demonstrar que “a justiça foi feita” e que os criminosos estão sendo punidos.

Colocando a questão nesses termos, é fácil compreender que a prisão preventiva em razão do clamor público não tem qualquer função cautelar e representa uma pena antecipada. Nesse sentido, diz Gomes Filho:

O apelo à exemplaridade, como critério de decretação da custódia preventiva, constitui seguramente a mais patente violação do princípio da presunção de inocência, porquanto parte justamente da admissão inicial da culpabilidade, e termina por atribuir ao processo uma função meramente formal de legitimação de uma decisão tomada a priori. Essa incompatibilidade se revela ainda mais grave quando se tem em conta a referência à função de pronta reação do delito como forma de aplacar o alarme social; aqui se parte de um dado emotivo instável e sujeito a manipulações, para impor à consciência do juiz uma medida muito próxima a ideia de justiça sumária¹⁷⁸.

No tocante à credibilidade da justiça, a prisão preventiva teria por fim remediar o desgaste da instituição e melhorar sua imagem frente à opinião pública. Deste modo, mediante uma prisão que por vezes é ilegal, busca-se oferecer à sociedade uma falsa sensação de justiça, baseada na sumariedade, o que nitidamente fere os princípios do devido processo legal e do estado de inocência¹⁷⁹. Nesse sentido, como bem coloca Lopes Junior, o argumento de que o crime afeta a credibilidade das instituições é falacioso, pois “nem as instituições são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é um instrumento apto para esse fim, em caso de eventual necessidade de proteção”. Além do mais, como alerta o autor, é preocupante que a crença nas instituições dependa da prisão de pessoas¹⁸⁰.

¹⁷⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. Op. cit., p. 68.

¹⁷⁹ “Quando os poderes públicos precisam lançar mão da prisão para legitimar-se a doença é grave, e anuncia um grave retrocesso para o estado policialesco e autoritário, incompatível com o nível de civilização alcançado”. LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit., p. 126.

¹⁸⁰ SILVA, Luciana Leonardo Ribeiro. **O alcance do conceito de ordem pública para fins de decretação de prisão preventiva**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13690-13691-1-PB.pdf>>. Acesso em 06/09/14, p. 36.

“Aplacar o clamor social” é um argumento que confere à prisão preventiva um caráter de pena. Utilizar a prisão provisória como instrumento exemplar, de forma a apaziguar os temores causados pelo delito, implica na presunção da culpabilidade do acusado. Como bem coloca Delmanto Jr.:

[...] nesses termos, a prisão preventiva se distânciava de seu caráter instrumental – de tutela do bom andamento do processo e da eficácia de seu resultado – insito a toda e qualquer medida cautelar, servindo de inaceitável instrumento de justiça sumária.

Não há como negar, com efeito, que ao se aceitar a prisão provisória de alguém, para que a sociedade não se sinta perturbada, amedrontada, desprotegida etc., estar-se-á presumindo a culpabilidade do acusado [...]¹⁸¹.

Mas enfim, a Suprema Corte admite a prisão cautelar com base na repercussão do crime e na credibilidade das instituições?

Esses fundamentos costumavam a ser aceitos nos tribunais pátrios, inclusive no STF, como se pode ver neste trecho da decisão proferida pelo Ministro Francisco Rezek no HC nº 60.973/PR, em meados de 1983, julgado que serviu como precedente em diversas outras ocasiões:

A ordem pública, em cujo interesse essa custódia foi determinada, é conceito mais amplo do que pretende o recurso. Não se cuida, no caso, de proteger as pessoas à luz da ideia, hipotética e abstrusa, de que o paciente possa reproduzir, neste momento, a trama homicida que vitimou seu marido, à traição, por motivo torpe, e por meio cruel.

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 julgamento¹⁸².

Atualmente, entretanto, ao menos em tese, é pacífico na Suprema Corte o entendimento de que o clamor público e a suposta necessidade de resguardar a credibilidade das instituições não justificam, por si só, a decretação da segregação cautelar. Nesse sentido, no HC nº 80.719/SP¹⁸³, julgado em 2001, o STF, por unanimidade, deferiu a concessão do habeas corpus por entender que a prisão cautelar era absolutamente desnecessária e que os fundamentos invocados no

¹⁸¹ DELMANTO JUNIOR, Roberto. Op. cit., p. 183.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 60.973/PR**. Relator: Min. Francisco Rezek, Segunda Turma, julgado em 27/05/1983, DJ 24/06/1983.

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 80.719/SP**. Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 26/06/2001, DJ 28/09/2001.

decreto prisional não eram idôneos. Segue trecho do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello:

O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade.

[...]

Não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação do ato excepcional de privação cautelar da liberdade individual, a alegação de que o réu, por dispor de privilegiada condição econômico-financeira, deveria ser mantido na prisão, em nome da credibilidade das instituições e da preservação da ordem pública.

Como se vê, o STF considerou que o clamor público e a credibilidade das instituições não são motivos aptos a justificar o cárcere preventivo. Cumpre notar que, no caso, o paciente era Marco Antonio Pimenta Neves, ex-diretor de redação do jornal “O Estado de São Paulo”, acusado de ter assassinado Sandra Gomide, sua namorada, em agosto do ano 2000, crime que gerou enorme divulgação na imprensa nacional.

Outro exemplo, mais recente, é o HC nº 112.244/SP, no qual o relator Min. Ayres Britto consignou que a credibilidade da justiça e a comoção social em torno do crime não são fundamentos aceitos pelo STF para preencher o conteúdo da “garantia da ordem pública”:

[...] muito já se escreveu sobre esse fundamento específico da prisão preventiva, previsto no art. 312 do CPP. Para alguns estudiosos, serviria ele de instrumento para evitar que o acusado, em liberdade, praticasse novos crimes ou colocasse em risco a vida das pessoas que desejassem colaborar com a Justiça, causando insegurança no meio social. Outros preferem associar a ordem pública à credibilidade do Poder Judiciário e das instituições públicas. Por fim, há também aqueles que encaixam no conceito de ordem pública a gravidade do crime ou a reprovabilidade da conduta, sem falar no proverbial “clamor público”, muitas vezes confundido com a repercussão, na mídia, causada pelo suposto delito.

[...]

Pois bem, no seu cotidiano exercício de interpretação constitucional do Direito Penal e Processual-Penal, o Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento de que o uso de expressões fortemente retóricas ou emocionais, além do apelo à credibilidade da Justiça ou ao clamor público, não se prestam para preencher o conteúdo da expressão “ordem pública”. Seja porque não ultrapassam o campo da mera ornamentação linguística, seja porque desbordam da instrumentalidade inerente a toda e qualquer

prisão provisória, antecipando, não raras vezes, o juízo sobre a culpa do acusado¹⁸⁴.

Ademais, convém destacar que, no trecho do HC nº 60.973/PR de 1983, citado anteriormente, o Ministro Rezek também aponta outro sentido que, à época, era comumente empregado ao conceito de ordem pública, qual seja, o de “garantir a incolumidade física do réu”. Atualmente, entretanto, é pacífico no STF o entendimento de que “ninguém pode ser preso para sua própria proteção”¹⁸⁵, independentemente da revolta popular contra o acusado ou do risco de represálias por parte dos familiares da vítima. Afinal, se a prisão for o melhor meio para proteger as pessoas, o Estado estará assumindo sua falência como responsável pela segurança pública¹⁸⁶.

Como vimos, o STF não considera que o clamor social e a credibilidade das instituições são motivos legítimos para a custódia cautelar. Todavia, uma observação mais atenta da jurisprudência revela que, em certos casos, os tribunais cedem à pressão da opinião pública.

Um exemplo emblemático é o caso Isabella Nardoni, amplamente noticiado. Alexandre Alves Nardoni e Anna Carolina Jatobá haviam sido denunciados pela prática do crime de homicídio triplamente qualificado contra a menor Isabella Nardoni (art. 121, § 2º, III, IV e V do CP), sendo que a prisão preventiva fora decretada em nome da garantia da ordem pública, a fim de preservar a credibilidade da justiça, ameaçada pela repercussão que o crime, por sua gravidade, causou no meio social. Eis trecho do decreto prisional¹⁸⁷, proferido pelo juiz de primeira instância:

No presente caso concreto, ainda que se reconheça que os réus possuem endereço fixo no distrito da culpa, posto que, como noticiado, o apartamento onde os fatos ocorreram foi adquirido recentemente pelos mesmos para ali estabelecerem seu domicílio, com ânimo definitivo, além do fato de Alexandre, como provedor da família, possuir profissão definida e emprego

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 111.244/SP**. Relator: Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 10/04/2012, DJe-124, data de publicação: 26/06/2012.

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 100.863/SP**. Relator: Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 04/12/2009. DJe-022 data de publicação: 05/02/2010.

¹⁸⁶ “Segregar, cautelarmente, o indivíduo a fim de assegurar sua integridade física, é transferir para o cerceamento de sua liberdade de locomoção a responsabilidade do Estado de manter a ordem e a paz no seio da sociedade, reconhecendo a incompetência dos poderes constituídos de atingir os fins sociais a que se destinam.” RANGEL, Paulo. Op. Cit., p. 766

¹⁸⁷ Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/integra-decisao-juiz-que-levou-cadeia-nardoni-anna-carolina/>>. Acesso em 01/09/2014.

fixo, além de não ostentarem outros antecedentes criminais e terem se apresentado espontaneamente à autoridade policial para cumprimento da ordem de prisão temporária decretada anteriormente, isto somente não basta para assegurar-lhes a manutenção de sua liberdade durante todo o transcorrer da presente ação penal, conforme entendimento já pacificado perante a jurisprudência pátria [...]

Na visão deste julgador, prisão processual dos acusados se mostra necessária para garantia da ordem pública, objetivando acautelar a credibilidade da Justiça em razão da gravidade e intensidade do dolo com que o crime descrito na denúncia foi praticado e a repercussão que o delito causou no meio social, uma vez que a prisão preventiva não tem como único e exclusivo objetivo prevenir a prática de novos crimes por parte dos agentes, como exaustivamente tem sido ressaltado pela doutrina pátria, já que evitar a reiteração criminosa constitui apenas um dos aspectos desta espécie de custódia cautelar.

Como se vê, o magistrado partiu do entendimento de que a garantia da ordem pública não se destina somente a impedir que o agente cometa novas infrações penais, mas também a preservar a credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão. Nota-se que o juiz considerou que as condições pessoais favoráveis dos acusados não eram suficientes para afastar a necessidade da prisão. Aliás, disse que o clamor público não pode ser ignorado, mesmo que tenha sido causado em certa medida pela exposição do crime pela mídia:

Queiramos ou não, o crime imputado aos acusados acabou chamando a atenção e prendendo o interesse da opinião pública – em certa medida, deve-se reconhecer, pela excessiva exposição do caso pela mídia que, em certas ocasiões, chegou a extrapolar seu legítimo direito de informar a população – o que, no entanto, não pode ser ignorado pelo poder judiciário e fazer-se de conta que esta realidade social simplesmente não existe, a qual dele espera uma resposta, ainda mais se levarmos em consideração que o inquérito policial que serviu de fundamento à presente denúncia encontra-se embasado em provas periciais que empregaram tecnologia de última geração, raramente vistas – o que é uma pena – na grande maioria das investigações policiais, cujos resultados foram acompanhados de perto pela população, o que lhe permitiu formar suas próprias conclusões – ainda que desprovidas, muitas vezes, de bases técnico-jurídicas, mas, mesmo assim, são conclusões – que, por conta disso, afasta a hipótese de que tal clamor público seja completamente destituído de legitimidade.

O STJ confirmou a necessidade da prisão ao denegar a concessão de liminar, tendo o relator afirmado que a garantia da ordem pública se destina, além de prevenir “conflitos e tumultos”, a resguardar a integridade das instituições e a credibilidade da sociedade em relação aos mecanismos oficiais de repressão a criminalidade:

A preservação da ordem pública não se restringe apenas a medidas de prevenção da irrupção de conflitos e tumultos, embora essas sejam maximamente importantes, mas abrange também a promoção daquelas providências de resguardo à integridade das instituições, à sua credibilidade social e ao aumento da confiança da população nos mecanismos oficiais de repressão às diversas formas de delinquência.

No HC nº 95.344/SP, impetrado perante o STF contra a referida decisão do STJ, a defesa do casal Nardoni sustentou que a custódia cautelar era desnecessária, tendo em vista que os pacientes, “primários e de bons antecedentes”, não representavam qualquer perigo, seja ao processo, seja à sociedade.

A Min. Ellen Gracie do STF, em decisão monocrática¹⁸⁸, entendeu que a decisão do STJ estava devidamente fundamentada e que o ato atacado não configurava constrangimento ilegal. Interessante notar que a relatora não expressou com suas palavras as razões que justificavam o cárcere, limitando-se a dizer que a decisão do STJ era idônea. Em todo caso, percebe-se que o STF, nesta situação, aceitou a prisão preventiva com base na mera comoção social gerada em torno do crime, pois sequer havia risco de reiteração criminosa. A posição da ministra contradiz o posicionamento firmado na Corte, a qual defende que a prisão não pode se justificar por tal fim.

Também cabe dizer que, apesar da orientação jurisprudencial dominante negar a legitimidade da prisão preventiva motivada pelo clamor público, razões de tal ordem continuam a aparecer em decisões de 1ª instância. Contudo, como na maioria dos casos o “clamor público” não aparece isoladamente, mas acompanhado de outros motivos, como a periculosidade do agente ou a gravidade do crime, o STF costuma ignorar aquele argumento, levando em consideração apenas os sentidos mais pacíficos acerca da garantia da ordem pública. Assim, se o juiz embasa a prisão preventiva na comoção social e na periculosidade do agente, o STF tende a considerar válida a fundamentação da prisão em razão deste último fundamento, e não do primeiro.

Não obstante, a ênfase e a emotividade dos magistrados de primeiro grau ao expressar a comoção social gerada pelo crime são indícios de que tal fato assume um importante papel na formação das suas reais razões de convencimento. Em

¹⁸⁸ Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14771277/habeas-corpus-hc-95344-sp-stf>>. Acesso em: 01/09/2014.

contrapartida, talvez a Suprema Corte tenda a demonstrar mais neutralidade em suas decisões devido a seu maior distanciamento em relação aos problemas e temperamentos regionais.

Isso não significa que a comoção social não tem nenhuma influência nas decisões dos Ministros do STF. Além do caso Nardoni, há situações em que o clamor público constitui um fundamento velado, oculto sob o manto de outros argumentos.

Nesse sentido, o AG. Reg. no HC nº 102.097/AM¹⁸⁹ trata de paciente denunciado pela suposta prática dos crimes de mediação para servir à lascívia de outrem (art. 227 do CP), favorecimento da prostituição (art. 228 do CP), manutenção de casa de prostituição (art. 229 do CP), e exploração sexual de adolescente (art. 244-A da Lei nº 8.069/1990). O acusado foi preso preventivamente para assegurar a aplicação da lei penal e para garantia da ordem pública.

Em relação à garantia da ordem pública, o juiz de primeiro grau pautou-se na repercussão que o crime gerou na pequena comunidade, especialmente em razão do fato de que o acusado ocupava o cargo de prefeito municipal e que, portanto, exercia enorme influência no local. O decreto ressalta, ainda, que o sentimento de indignação e insatisfação da população, a exigir uma resposta judicial, foi demonstrado por meio de passeatas nas ruas da cidade, veiculadas, inclusive, pela imprensa nacional:

[...] a influência e o poder político do denunciado, o qual se denota público e notório, inclusive pelo exercício reiterado do cargo de Prefeito Municipal de Coari, cidade onde foram praticadas as infrações penais, as relações ainda evidentes com segmentos da sociedade local e a repercussão dos fatos apontados pelo Ministério Público nos autos, servem para a utilização da subsunção do cenário esposado ao conceito de ordem pública referido, posto que se trate de um Município localizado no interior do Estado do Amazonas, com menos de 100 mil habitantes, à espera de um posicionamento da justiça. Como não admitir a necessidade de acautelamento da justiça em relação ao denunciado, sem que isto pudesse representar descrédito para o Poder Judiciário, quando ele tenta esquivar-se de sua citação pessoal? Ainda mais porque os fatos aludidos – crimes que teriam sido perpetrados em desfavor de menores de idade – representam maior indignação social e se encontram, atualmente, no centro dos holofotes.

[...]

Notório reconhecer que a população continua angustiada e insatisfeita, clamando por uma resposta efetiva e segura do Poder Judiciário local.

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no habeas corpus n. 102.097/AM**. Relator: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 25/02/2014, DJe-054, data de publicação: 19/03/2014.

Demonstração deste sentimento pode ser revelado por ocasião de várias passeatas que ocorreram há pouco tempo pelas ruas da cidade com transmissão pela mídia televisiva nacional e os depoimentos de alguns dos envolvidos prestados para os membros integrantes da CPI da pedofilia.

O Ministro Roberto Barroso, apesar de reconhecer que o juiz de primeira instância havia incorrido no uso de “expressões de mero apelo retórico”, considerou que havia elementos suficientes nos autos para embasar a prisão provisória, tendo em vista a gravidade concreta dos fatos. Para tanto, o relator valeu-se das razões da decisão do STJ, o qual ressalta que a gravidade do delito se extrai do fato de que o crime se passou em pequena e desassistida localidade do interior do Estado do Amazonas, onde o acusado detinha elevado prestígio social e exercia forte influência na comunidade.

Ora, observa-se que, nessa situação, a repercussão do crime continua sendo, em última análise, o fator determinante da prisão, uma vez que as decisões dos tribunais superiores também remetem ao prestígio que o acusado detinha no município. A única diferença é que o STF e o STJ esconderam tal motivo sob outro rótulo, qual seja, a gravidade do crime, este, de maior aceitação no âmbito da jurisprudência.

O “clamor público” e a “credibilidade das instituições” são fundamentos que imprimem à segregação um nítido caráter de pena antecipada, dotada de função simbólica. Em outras situações representam meros enfeites retóricos, conferindo à decisão judicial um toque apelativo e emotivo. Um crime pode abalar a comunidade, mas tal revolta não pode motivar, por si só, o cárcere preventivo.

Concluindo, resta consolidado na doutrina e na Suprema Corte o entendimento de que o “clamor público” e a “credibilidade das instituições” não bastam para motivar a prisão processual. Todavia, tais fundamentos podem ser encontrados com certa frequência em decisões de primeira instância, ainda que na maioria das vezes acompanhados de outras razões, como a “periculosidade do agente” e a “gravidade do crime”. Aliás, às vezes o próprio STF, ao julgar casos de grande divulgação na imprensa, cede à pressão popular e decreta a prisão preventiva voltada a atender ao clamor público e preservar a imagem da Justiça (ainda que o faça de forma velada).

4.4 A GRAVIDADE DO CRIME

Primeiramente, cabe dizer que a gravidade do delito é um importante elemento no que se refere ao instituto da prisão preventiva, uma vez que o próprio CPP, no art. 313, proíbe a custódia em casos de crimes culposos, ou então, crimes dolosos cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos de reclusão. De fato, por força do princípio da proporcionalidade, não seria razoável decretar uma medida tão severa contra suspeitos que, se condenados, provavelmente não cumprirão a pena no cárcere. Aliás, a gravidade da conduta assume um relevante papel no momento em que o magistrado avalia a real necessidade da prisão provisória, pois, sem dúvida, é um fator que deve ser considerado na mensuração do risco que a liberdade do acusado representa.

O problema, contudo, é que, se considerada isoladamente, a gravidade do delito não diz nada, isto é, não demonstra o “periculum libertatis”. Por esta razão, para a Suprema Corte, tal argumento, por si só, não autoriza a segregação cautelar. No HC nº 118.818/PE, por exemplo, o relator Ministro Marco Aurélio consignou que “a gravidade da imputação não respalda a prisão preventiva, sob pena de tornar-se, em certas situações, automática”¹⁹⁰.

Também, cabe citar trecho do HC nº 118.648/SP:

Segundo remansosa jurisprudência desta Suprema Corte, não basta a gravidade do crime e a afirmação abstrata de que os réus oferecem perigo à sociedade para justificar a imposição da prisão cautelar. Assim, o STF vem repelindo a prisão preventiva baseada apenas na gravidade do delito, na comoção social ou em eventual indignação popular dele decorrente¹⁹¹.

No entanto, a Suprema Corte considera que a gravidade concreta do delito, extraída das circunstâncias em que foi praticado, é um indicativo da periculosidade do agente. Destarte, o STF costuma distinguir a gravidade “concreta” da gravidade “abstrata”.

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 118.818/PE**, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 20/05/2014, DJe-113, data de publicação:12/06/2014.

¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental em recurso ordinário em habeas corpus nº 118.684/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 25/02/2014, DJe-051, data de publicação: 17/03/2014.

Entende-se que a gravidade abstrata, inerente ao tipo penal, sua “hediondez”, ou então, considerações genéricas acerca dos males causados por determinado tipo de crime na sociedade não são justificativas idôneas para a prisão cautelar.

Entretanto, ainda é possível encontrar, com certa frequência, decisões de primeira instância pautadas em meras afirmações abstratas sobre a gravidade do crime e isso acontece principalmente nos casos relacionados ao tráfico de entorpecentes. Um exemplo é HC nº 121.286/PE¹⁹², no qual a Segunda Turma concedeu a ordem de habeas corpus. Assim dizia a decisão do juiz de primeiro grau:

Cabe registrar que o crime descrito no art. 33 da Lei nº 11.343/06 foi apontado pelo legislador como sendo de extrema gravidade, em face das suas nefastas consequências à saúde pública, sendo um delito assemelhado aos Hediondos (Lei nº 8.072/90).

Com o(a)s autuado(a)s Tiago Rocha de Melo, Claudio Barbosa de Almeida Filho e Carlos Felipe Barbosa da Silva soltos existirá, sempre, a real possibilidade de ele(a)s disseminarem drogas ilícitas de poder ofensivo comprovado no seio da sociedade. Com efeito, essa possibilidade representa uma ameaça para a ordem pública.

'A ordem pública resta ofendida quando a conduta provoca acentuado impacto na sociedade, dado ofender significativamente os valores reclamados, traduzindo vilania do comportamento' (STJ - RHC 3169-5 — Rei. Min. Vicente Cernicchiaro - DJU 15/05/95, p. 13446), tal como ocorre no caso em tela.

O caso requer, sem sombra de dúvida, a custódia preventiva, para garantia da ordem pública. Segundo narra o APFD foram apreendidos 158,05 gramas de maconha. O autuado Carlos Felipe Barbosa da Silva, segundo consulta no sistema JUDWIN e no site da SDS, responde a um processo criminal na vara de Camaragibe- PE.

Infere-se que o magistrado não apontou qualquer circunstância concreta acerca da gravidade do delito, pois apenas aduziu que o tráfico de drogas, em si, é de extrema gravidade, destacando o fato de que tal tipo de delito é equiparado aos “hediondos”. Desta feita, como bem colocou o relator Min. Ricardo Lewandowski, “não bastam a gravidade do crime e a afirmação abstrata de que os réus oferecem perigo à sociedade e à saúde pública para justificar-se a imposição da prisão cautelar”.

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 121.286/PE**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 13/05/2014, DJe-104, data de publicação: 30/05/2014.

Em relação ao tráfico de entorpecentes, cumpre mencionar o HC nº 104.339/SP¹⁹³, julgado em 2012.

Nele, o Plenário da Suprema Corte, por maioria de votos, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus a paciente preso em flagrante pelo delito de tráfico de drogas, a fim de que o juiz responsável avaliasse a necessidade da prisão à luz dos requisitos do art. 312 do CPP, e declarou, incidentalmente a inconstitucionalidade da previsão contida no art. 44 da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), a qual veda a concessão de liberdade provisória aos crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes.

De acordo com o relator Min. Gilmar Mendes, a vedação apriorística da concessão de liberdade provisória é incompatível com os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, sendo que a Lei de Drogas, por meio de tal dispositivo, retira do juiz competente a oportunidade de, no caso concreto, analisar a necessidade cautelar do cárcere, em inequívoca antecipação da pena.

O relator consignou que o art. 44 da Lei 11.343/06 estabelece um tipo de prisão preventiva obrigatória, “na medida em que torna a prisão uma regra, e a liberdade, a exceção” e salientou que a Constituição de 1988, sob lógica contrária, exige que qualquer prisão provisória seja fundamentada, mesmo em crimes de tráfico de drogas.

Frisou-se também que a inafiançabilidade do delito de tráfico de entorpecentes, prevista constitucionalmente (art. 5º, XLIII), não significa que tal crime é insuscetível de liberdade provisória, uma vez que a lei possibilita a sua concessão sem fiança.

Sendo assim, segundo o STF, qualquer vedação legal à concessão de liberdade provisória é inconstitucional, uma vez que configura prisão “ex lege”, a exemplo não só do art. 44 da lei nº 11.343/11, mas também do art. 7º da Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento). Destarte, é imprescindível que a decisão que decreta a prisão preventiva seja fundamentada, qualquer que seja o crime apurado.

Como bem salienta Ricardo Gloeckner:

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 104.339/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2012, DJe-239, data de publicação: 06/12/2012.

Proibir-se, pura e simplesmente a concessão da liberdade provisória sem examinar-se a necessidade da mesma, em referência aos pressupostos das medidas cautelares, é ferir, uma vez mais, o status de presumidamente inocente que goza o acusado e, de outro, sequer justificar a necessidade da medida¹⁹⁴.

Não obstante, ainda é possível observar certa resistência por parte de alguns magistrados de primeiro grau em adotar a orientação da Suprema Corte. Nesse sentido, em um julgado recente¹⁹⁵, o STF concedeu a ordem de habeas corpus ao paciente denunciado pelo crime de tráfico, dado que o mesmo teve o pedido de liberdade provisória negado pelo juízo de primeira instância em razão da gravidade abstrata do crime e da previsão contida no art. 44 da Lei nº 11.343/06. Disse o relator Min. Marco Aurélio:

No que se refere à ordem pública, a preventiva deve estar baseada em análise das circunstâncias concretas do caso penal, não sendo suficiente a mera referência à gravidade abstrata dos crimes em apuração. A extrema gravidade concreta do fato delitivo, a revelar periculosidade do agente, tem sido aceita, pela jurisprudência desta Corte, como fundamento idôneo da preventiva. Entretanto, no presente writ, não demonstrada a presença desse fundamento.

[...]

Já o indeferimento do pedido de liberdade provisória forte na vedação legal do art. 44 da Lei 11.343/06, nada colhe. O Plenário desta Corte, no julgamento, em 11.5.2012, do HC 104.339, Relator Ministro Gilmar Mendes, decidiu, por maioria, pela inconstitucionalidade da vedação abstrata à concessão de liberdade provisória em crimes de tráfico de drogas, invalidando parcialmente a previsão da espécie contida no art. 44 da Lei 11.343/2006.

De fato, há de se reconhecer que a gravidade abstrata do crime, tomada com base na mera pena cominada ou na natureza da infração, não é um fundamento idôneo para autorizar a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, já que o delito em si mesmo é, em regra, uma conduta grave. Destarte, admitir que a ocorrência de um crime grave, por si só, dê ensejo à privação da liberdade implica em um regresso ao sistema da prisão preventiva compulsória.

Por outro lado, a Suprema Corte tem admitido a prisão preventiva fundada na chamada “gravidade concreta do crime”, ou seja, aquela respaldada em circunstâncias que extrapolam as que são inerentes a conduta descrita no tipo

¹⁹⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. cit., p. 322.

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 114.661/MG**. Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 27/05/2014, DJe-148, data de publicação: 01/08/2014.

penal, configurando elementos empíricos capazes de demonstrar a efetiva gravidade.

Nessa linha, o RHC 118.407/DF¹⁹⁶ trata de policial militar condenado a 18 anos e 04 meses de reclusão pela prática de dois homicídios qualificados, sendo um deles na forma tentada. A Primeira Turma, por unanimidade, considerou que a segregação provisória estava devidamente motivada. Eis trecho do voto do relator Min. Luís Roberto Barroso:

Embora, realmente, a natureza abstrata do crime não constitua motivo hábil e suficiente para a determinação da segregação cautelar, é certo que a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ele foi cometido, basta para justificar a custódia preventiva no resguardo da ordem pública.

O AG. Reg. no HC nº 121.386/SC¹⁹⁷ trata de agravante acusado pela prática dos crimes de formação de quadrilha, estelionato, fraude na entrega da coisa, apropriação indébita e crimes contra a economia popular. No caso, o juiz de primeira instância lastreou a garantia da ordem pública na gravidade do crime, pois o acusado “teria causado vultuoso prejuízo a centenas de pessoas” por meio de uma grande fraude no setor imobiliário. O magistrado também aduziu que a gravidade da conduta excedia aquela que é inerente ao tipo penal, dado que o delito foi praticado de forma reiterada, perfazendo um elevado número de vítimas. Eis trecho da referida decisão:

Segundo a denúncia, o paciente teria causado vultuosos prejuízos a centenas de vítimas, na medida em que comercializava diversos apartamentos na modalidade “na planta”, ou seja, a serem edificados posteriormente pela construtora pertencente a ele, contudo, após receber parte do valor referente às vendas, em dinheiro ou mesmo em bens (automóveis, motocicletas etc), ele não foi mais encontrado na cidade de Joinville/SC. O mesmo modus operandi teria sido empregado por outra empresa pertencente ao paciente, uma loja de materiais de construção, pois, através dela, antes de fugir da cidade, teria comercializado materiais de construção a diversos clientes e recebido parte ou a íntegra do pagamento, contudo sem entregar os produtos aos respectivos compradores. (...) o agir do indiciado aparentemente consistiu em um embuste meticulosamente planejado para obter vantagem ilícita sobre as vítimas. Assim, ao mesmo tempo em que comercializava os materiais de

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus n. 118.407/DF**, Relator: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 04/02/2014, DJe-046, data de publicação: 10/03/2014.

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental em habeas corpus n. 121.386/SC**, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 22/04/2014, DJe-090, data de publicação: 10/05/2014.

construção e os apartamentos aos desafortunados clientes, o indiciado dissimuladamente passou a transferir seu patrimônio para local ainda ignorado. Em tal contexto, convém registrar que a conduta atribuída ao indiciado excedeu em muito a gravidade inerente ao tipo penal supostamente afrontado, na medida em que a conduta foi praticada reiteradamente, perfazendo um número de vítimas que deve superar a centena.

A prisão também foi decretada em razão do prejuízo financeiro causado à coletividade:

Assim, dado que a conduta atribuída a Marcos atingiu a toda uma coletividade, causando um prejuízo estimado em R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), é certo que a decretação da segregação cautelar faz necessária também para a garantia da ordem econômica, a fim de evitar que o indiciado persevere na prática criminosa, causando maiores danos à economia local ou em outras praças.

O relator Min. Luiz Fux disse que a segregação preventiva estava devidamente fundamentada, diante da gravidade concreta do crime e do modus operandi por meio do qual ele foi praticado, destacando que o elevado prejuízo econômico demonstra a necessidade da prisão em função da garantia da ordem pública e econômica.

Concluindo, a gravidade do crime é um argumento muito utilizado pelos tribunais, especialmente como fator indicativo da periculosidade do agente e do risco de reiteração criminosa. Entretanto, esse fundamento é interpretado com ponderações pelo STF, o qual diferencia a gravidade concreta da gravidade abstrata. Essa distinção às vezes é muito tênue, pois depende da forma como o magistrado relata o fato. Porém, é certo que o decreto prisional deve ser devidamente motivado e que, para tanto, não basta a remissão à “hediondez” do crime, ou então, em relação ao tráfico de drogas, à vedação do art. 44 da Lei nº 11.343/06, dispositivo que, inclusive, foi declarado inconstitucional pela Suprema Corte. Por fim, cabe dizer que a gravidade da infração, seja ela concreta ou abstrata, não é um motivo de cunho cautelar. Quando a gravidade denota a periculosidade do agente, a prisão assume um caráter de prevenção especial, ao passo que, nos casos em que a gravidade dá causa ao clamor público, a prisão adquire a forma de prevenção geral. Além disso, há de se reconhecer que, inevitavelmente, a aferição da gravidade do crime se aproxima de um juízo de culpabilidade, na medida em que as circunstâncias do delito, como a motivação ou seu modo de execução, são elementos que devem ser avaliados pelo magistrado na etapa de fixação da pena.

5 CONCLUSÃO

O tratamento conferido à prisão processual na versão original do Código de Processo Penal de 1941 foi marcado por excessivo rigor e compulsoriedade. Desde sua edição, importantes mudanças legais e jurisprudenciais fizeram com que, gradativamente, o grau de automatismo fosse atenuado. Contudo, foi apenas a partir da Constituição Federal de 1988, abarcando expressamente os valores ligados à presunção de inocência, que se consolidou o entendimento de que a prisão provisória não pode representar uma pena antecipada e que, portanto, deve sempre ser motivada em alguma necessidade “cautelar”. Não obstante, mesmo após o advento da Lei nº 12.403/11, a qual promoveu a mais profunda reforma na matéria, persiste a chamada “garantia da ordem pública” como fundamento da prisão preventiva.

A prisão preventiva, principal espécie de prisão cautelar, tem como fundamentos (“periculum libertatis”) a conveniência da instrução criminal, a segurança da aplicação da lei penal, a garantia da ordem econômica e a garantia da ordem pública.

Os dois primeiros fundamentos não suscitam tanta polêmica na doutrina processualista majoritária, uma vez que suas finalidades cautelares podem ser facilmente identificadas. Contudo, a garantia da ordem pública e a garantia da ordem econômica (especialização da primeira) dizem respeito a interesses estranhos ao processo - grosso modo, à segurança pública - e, por essa razão, são muito criticados por aqueles que consideram que a prisão preventiva somente é compatível com o princípio da presunção de inocência caso atenda a funções estritamente cautelares. Por outro lado, há autores que entendem que o conceito de ordem pública é compatível com a presunção de inocência, desde que seja interpretado à luz da Constituição.

Parece inquestionável, todavia, que a expressão, na forma como tradicionalmente é utilizada, é extremamente vaga, maleável conforme as mais variadas situações, em ofensa ao princípio da legalidade e da segurança jurídica. Essa ampla discricionariedade possibilitou que, ao longo do tempo, os tribunais decretassem a prisão sob diversos argumentos, tais como a periculosidade do

agente, o risco de reiteração criminosa, o clamor público, a necessidade de preservar a credibilidade das instituições, a gravidade do crime etc.

Em face do caráter indeterminado da expressão, o presente trabalho teve como principal objetivo verificar o seu alcance segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como destacar as diferentes posições doutrinárias acerca do tema.

A “periculosidade do agente” e o “risco de reiteração criminosa” são os argumentos mais presentes nas decisões que decretam a prisão preventiva, bem como os mais aceitos pelos Tribunais, incluindo o próprio STF. Nessas hipóteses, a prisão visa impedir que o agente cometa novos crimes, o que denota uma função de prevenção especial, estranha às finalidades estritamente instrumentais da tutela cautelar. O STF enfatiza que a prisão preventiva diante do risco de reiteração criminosa não pode se basear em mera suposição, exigindo que o perigo seja “concreto”, amparado em indícios, sejam eles, circunstâncias do crime (*modus operandi*, motivação etc.) ou circunstâncias pessoais do agente (antecedentes, vínculo empregatício etc.).

Embora tais fundamentos sejam pacificamente aceitos na Suprema Corte, a doutrina divide-se entre aqueles que defendem que as prisões cautelares não podem cumprir atribuições típicas da prisão-pena e aqueles que sustentam que a presunção de inocência é um princípio que pode ser flexibilizado diante de valores constitucionais igualmente relevantes. Em todo o caso, considerando o inevitável conflito com a presunção de inocência, é imprescindível, ao menos, restringir a prisão preventiva para garantia da ordem pública a situações realmente excepcionais, em que há forte probabilidade de que o acusado torne a cometer crimes graves, ameaçando valores jurídicos de suma importância, como a vida, a integridade física e a liberdade sexual.

O “clamor público” e a “credibilidade das instituições” são os fundamentos que mais atentam contra a presunção de inocência, pois, nesses casos, a segregação provisória serve como instrumento de justiça sumária, a fim de oferecer uma resposta exemplar ao restante da sociedade. Por essa razão, atualmente, é pacífico na Suprema Corte o entendimento de que tais argumentos não justificam, por si só, a segregação cautelar. Todavia, eles ainda podem ser encontrados em

decisões de primeira instância e, por vezes, o próprio STF parece ceder à pressão pública, ainda que não de maneira explícita.

A “gravidade do crime” é um argumento que tem sido interpretado com ressalvas pelo STF. Entende-se que a gravidade da infração, isoladamente, não justifica a prisão cautelar, pois, do contrário, implicaria em uma prisão preventiva obrigatória. Por outro lado, ela é considerada um importante indicativo da periculosidade do agente, desde que demonstrada a partir de elementos concretos. Assim, conforme o entendimento do STF, a gravidade abstrata, tomada com base na natureza da infração, na hediondez do crime, na quantidade de pena cominada, ou então, em ilações genéricas acerca dos males causados à sociedade, não é uma justificativa idônea. Aliás, a Suprema Corte considera inconstitucional qualquer forma de vedação apriorística da concessão de liberdade provisória, a exemplo do art. 44 da Lei de Drogas. Destarte, a gravidade do crime capaz de revelar a periculosidade do agente é aquela superior à gravidade inerente ao tipo penal, a qual deve ser extraída das circunstâncias concretas do crime.

É possível perceber que a jurisprudência atual do STF fornece importantes limites à prisão preventiva para garantia da ordem pública, especialmente ao vedar qualquer forma de prisão processual automática e exigir uma fundamentação respaldada em fatos concretos e não meras hipóteses e conjecturas. Além disso, verifica-se uma forte tendência no sentido de restringir a “garantia da ordem pública” à finalidade de evitar que o acusado cometa novos crimes, função que, pela lógica da “ponderação”, seria a única capaz de justificar, em situações excepcionais, a relativização do princípio da presunção de inocência.

No entanto, é preciso reconhecer que o grande problema reside em demonstrar de maneira objetiva o “periculum libertatis”, isto é, individualizar qual é o risco representado pela liberdade do acusado, sem, com isso, recair em um direito penal do autor ou em uma análise genérica da gravidade do crime. Mesmo interpretada restritivamente, a “garantia da ordem pública” é suscetível à discricionariedade do julgador, afinal, a aferição da periculosidade depende em certa medida da impressão pessoal do magistrado.

O STF frisa que o risco deve ser concreto, porém, mesmo na jurisprudência da Suprema Corte não há clareza sobre o que diferencia a fundamentação concreta da fundamentação abstrata. Em muitas decisões analisadas, o magistrado apenas

descreve a conduta criminosa imputada ao réu e declara que isso é suficiente para demonstrar a periculosidade do sujeito.

Outro problema constatado é que os argumentos utilizados nas decisões são facilmente manipuláveis. O “clamor público”, por exemplo, apesar de oficialmente não ser mais aceito, pode ser substituído pelo argumento da “gravidade do crime”. Isso é sinal de que, em muitos casos, a fundamentação da prisão provisória constitui um mero esforço retórico para legitimar uma decisão que em última análise é arbitrária.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. **Direito processual penal**. Tomo II. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BORGES, Clara Maria Roman. A prisão cautelar e a garantia fundamental da presunção de inocência. In: **Entre Brasil e Polônia: um debate sobre direito e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no habeas corpus n. 102.097/AM**. Relator: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 25/02/2014, DJe-054, data de publicação: 19/03/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental em habeas corpus n. 121.386/SC**. Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 22/04/2014, DJe-090, data de publicação: 10/05/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental em habeas corpus n. 122.297/SP**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Primeira Turma, julgado em 03/06/2014, DJe-114, data de publicação: 13/06/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental em recurso ordinário em habeas corpus nº 118.684/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 25/02/2014, DJe-051, data de publicação: 17/03/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 60.973/PR**. Relator: Min. Francisco Rezek, Segunda Turma, julgado em 27/05/1983, DJ 24/06/1983.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 80.719/SP**. Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 26/06/2001, DJ 28/09/2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 90.387/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/09/2007, DJe-112, data de publicação: 28/09/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 90.726/MG**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 05/06/2007, DJe-082, data de publicação: 17/08/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 97.688/MG**. Relator: Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-223, data de publicação: 27/11/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 100.863/SP**. Relator: Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 04/12/2009. DJe-022 data de publicação: 05/02/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 101.981/SP**, Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 17/08/2010, DJe-209, data de publicação: 03/11/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 104.339/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2012, DJe-239, data de publicação: 06/12/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 107.294/PI**. Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 06/09/2011, DJe-189, data de publicação: 03/10/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 108.314/MA**. Relator: Min. Luiz Fux. Primeira Turma, julgado em 13/09/2011, DJe-191, data de publicação: 05/10/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 111.244/SP**. Relator: Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 10/04/2012, DJe-124, data de publicação: 26/06/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 113.945/SP**. Relator: Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, DJe-223, data de publicação: 12/11/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 114.661/MG**. Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 27/05/2014, DJe-148, data de publicação: 01/08/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 118.818/PE**, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 20/05/2014, DJe-113, data de publicação:12/06/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 118.955/PR**. Relatora: Min. Carmem Lúcia, Segunda Turma, julgado em 11/03/2014, DJe-055, data de publicação: 20/03/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 119.070/MG**. Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 22/04/2014, DJe-097, data de publicação: 22/05/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 119.095/MG**. Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 26/11/2013, DJe-070, data de publicação: 09/04/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 119.398/SP**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 13/05/2014, DJe-102, data de publicação: 29/05/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 119.457/SP**. Relator: Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 13/05/2014, DJe-102, data de publicação: 29/05/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 119.953/SP**. Relator: Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 10/06/2014, DJe-125, data de publicação: 01/07/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 119.997/PB**. Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 10/06/2014, DJe-148, data de publicação: 01/08/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 120.292/PR**. Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 09/04/2014, DJe-091, data de publicação: 14/05/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 121.250/SE**. Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 06/05/2014, DJe-097, data de publicação: 22/05/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 121.286/PE**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 13/05/2014, DJe-104, data de publicação: 30/05/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 122.429/RS**. Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 10/06/2014, DJe-148, data de publicação: 01/08/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 122.546/RJ**. Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 27/05/2014, DJe-115, data de publicação: 16/06/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 61.517/PB**, Relator: Min. Djaci Falcao, Segunda Turma, julgado em 13/12/1983, DJ 16/03/1984.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus n. 118.011/MG**. Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 04/02/2014, DJe-038, data de publicação: 24/02/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus n. 118.407/DF**, Relator: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 04/02/2014, DJe-046, data de publicação: 10/03/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus n. 119.715/TO**. Relator: Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 13/05/2014, DJe-102, data de publicação: 29/05/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus n. 120.051/RS**. Relator: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 27/05/2014, DJe-115, data de publicação: 16/06/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus n. 120.070/RJ**, Relator: Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014, DJe-122 data de publicação: 24-06-2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus n. 121.508/SP**. Relatora: Min. Rosa Weber. Primeira Turma, julgado em 18/03/2014, DJe-071, data de publicação: 10/04/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus n. 121.528/RS**. Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 03/06/2014, DJe-148, data de publicação: 01/08/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 45.466/SP**, Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 19/08/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas corpus n. 70038231841**. Relator: Odone Sanguiné, Terceira Câmara Criminal, julgado em 02/09/2010, DJ 10/09/2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CÂMARA, Luiz Antônio. **Medidas cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CRUZ, Diogo Tebet. Aspectos controvertidos sobre o instituto da prisão preventiva. **Revista brasileira de ciências criminais**, n. 68. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 214-259.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seus prazos de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DUCLERC, Elmir. Princípios constitucionais relativos à prisão processual no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 64. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 274-295.

FERNANDES, Antonio Scarance. Funções e limites da prisão processual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 64. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 239-252.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: 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: Núria Fabris, 2012.

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

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: Jus Podivm, 2009.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

LENART, André. **O STF e a fundamentação do decreto de prisão preventiva**. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/90/93>. Acesso em: 15/06/2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e a sua conformidade constitucional**. Vol. 2. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

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

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Maurício Zanoide. Ordem pública e presunção de inocência: possível compatibilização apenas em um novo sistema processual penal e por meio de uma nova hermenêutica. In: **Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao professor Geraldo Prado**. (Coordenação de Joel Corrêa Lima e Rubens R. R. Casara). 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 697-718.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 11. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Atualização do Processo Penal: Lei 12.403, de 05 de maio de 2011**. Disponível em <http://www.amdepol.org/arquivos/reforma_do_CPP.pdfbbdc4.pdf>. Acesso em 10/08/2014.

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

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

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de direito penal – parte geral**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SZESZ, André. **O juízo de periculosidade na prisão preventiva**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

TAVARES, Leonardo Ribas. **Prisão preventiva ontem e hoje: paradigma e diretrizes pela Lei nº 12.403/2011.121 f. Dissertação (Mestrado) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.**

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. **Revista de Estudos Criminais**, n. 10. Porto Alegre: Nota Dez, 2003, p. 113-119.

SILVA, Luciana Leonardo Ribeiro. **O alcance do conceito de ordem pública para fins de decretação de prisão preventiva.** Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/porta/sites/default/files/anexos/13690-13691-1-PB.pdf>>. Acesso em 06/09/14.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. **Processo penal.** Vol. 3. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ZILLI, Marcos. Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro. **Revista brasileira de ciências criminais**, n. 85. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 447-494.