

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUCAS CAVINI LEONARDI

A PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA NO  
PROCESSO PENAL BRASILEIRO

CURITIBA

2019

LUCAS CAVINI LEONARDI

A PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA NO  
PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato.

Coorientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

CURITIBA

2019

L581p

Leonardi, Lucas Cavini

A prisão preventiva para a garantia da ordem pública no processo penal brasileiro / Lucas Cavini Leonardi; orientador: Paulo César Busato; coorientador: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. – Curitiba, 2019.

172 p.

Bibliografia: p. 159-172.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2019.

1. Prisão preventiva. 2. Processo penal - Brasil. 3. Acusação (Processo penal). 4. Ordem pública (Direito). I. Busato, Paulo César. II. Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda. III. Título.

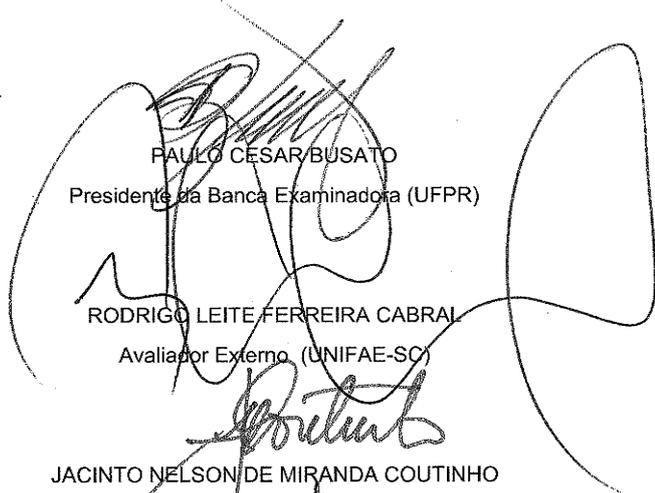
CDU 343.126

**Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná  
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas  
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626**

## ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia vinte e cinco de fevereiro de dois mil e dezenove às 14:00 horas, na sala De defesas - 317, PPGD/UFPR, foram instalados os trabalhos de arguição do mestrando **LUCAS CAVINI LEONARDI** para a Defesa Pública de sua Dissertação intitulada **A PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: PAULO CESAR BUSATO (UFPR), RODRIGO LEITE FERREIRA CABRAL (UNIFAE-SC), JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO (UFPR), ANDRE PEIXOTO DE SOUZA (UTP). Dando início à sessão, a presidência passou a palavra ao discente, para que o mesmo expusesse seu trabalho aos presentes. Em seguida, a presidência passou a palavra a cada um dos Examinadores, para suas respectivas arguições. O aluno respondeu a cada um dos arguidores. A presidência retomou a palavra para suas considerações finais. A Banca Examinadora, então, reuniu-se e, após a discussão de suas avaliações, decidiu-se pela aprovação do aluno. O mestrando foi convidado a ingressar novamente na sala, bem como os demais assistentes, após o que a presidência fez a leitura do Parecer da Banca Examinadora. A aprovação no rito de defesa deverá ser homologada pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais do programa. A outorga do título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, PAULO CESAR BUSATO, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos membros da Comissão Examinadora.

Curitiba, 25 de Fevereiro de 2019.

  
PAULO CESAR BUSATO  
Presidente da Banca Examinadora (UFPR)

RODRIGO LEITE FERREIRA CABRAL  
Avaliador Externo (UNIFAE-SC)

JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO  
Coordenador - Avaliador Interno (UFPR)

ANDRE PEIXOTO DE SOUZA  
Avaliador Externo (UTP)

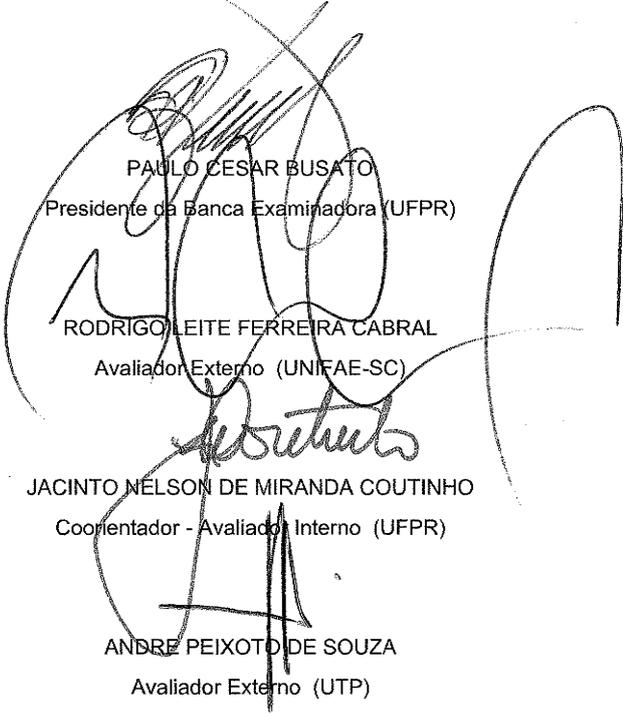


## TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **LUCAS CAVINI LEONARDI** intitulada: **A PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**, após terem inquirido o aluno e realizado a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua aprovação no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

Curitiba, 25 de Fevereiro de 2019.

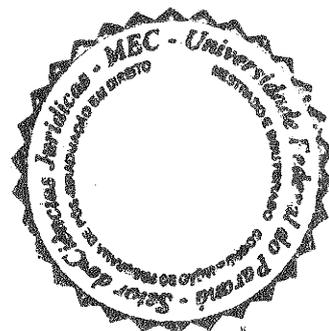


PAULO CESAR BUSATO  
Presidente da Banca Examinadora (UFPR)

RODRIGO LEITE FERREIRA CABRAL  
Avaliador Externo (UNIFAE-SC)

JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO  
Coordenador - Avaliador Interno (UFPR)

ANDRÉ PEIXOTO DE SOUZA  
Avaliador Externo (UTP)



## AGRADECIMENTOS

Agradeço:

Aos meus pais, Maria Cecília e Oswaldo, pelo incentivo.

À minha esposa, Rafaela, pela compreensão.

Aos meus orientadores, professores Paulo César Busato e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, pela inspiração.

Aos membros de banca, André Peixoto de Souza e Rodrigo Leite Cabral, pela disposição.

Aos meus amigos de mestrado, Shalom e Maurício, pelo companheirismo.

Ao meu amigo de profissão, Alexandre Ramalho de Farias, pelo apoio.

A Deus, por tudo isso.

## RESUMO

Este trabalho tem por objetivo central compreender em que medida, ou com quais contornos, a ideia de garantia da ordem pública tem sido utilizada como fundamento para decretação de prisão preventiva no processo penal brasileiro. A pesquisa parte da análise da prisão preventiva, apresentando um panorama histórico sobre o instituto, desde seu surgimento positivado, em 1941, até os dias de hoje, articulando-o com os pressupostos cautelares e demais elementos do microsistema normativo e de garantias relacionado à sua aplicação, como presunção de inocência, legalidade, subsidiariedade, temporalidade e proporcionalidade. Procedese a uma pausa no texto, de modo a demonstrar a essencial relação entre a decretação de prisão preventiva e o princípio acusatório, enquanto vedador de determinações oficiosas. O tema da ordem pública será enfrentado em tentativa de averiguação de seu conceito, destacando-se a vagueza e a indeterminação da expressão legal, que acabam conduzindo à necessidade de seu preenchimento pelos juízes, conforme as particularidades do caso concreto e com todos os riscos inerentes ao subjetivismo. Serão explorados os principais modelos doutrinários para significação da garantia da ordem pública, dentre os quais se destacam o clamor público, a credibilidade das instituições, a periculosidade do agente, a propensão à reiteração criminosa e a gravidade do delito. A perspectiva da jurisprudência sobre os diversos sentidos desse motivo prisional será apresentada a partir de exame de julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. A controvérsia a respeito da constitucionalidade da garantia da ordem pública será discutida como fechamento do estudo.

Palavras-chave: Direito processual penal. Prisão preventiva. Princípio Acusatório. Garantia da Ordem Pública.

## ABSTRACT

The main objective of this work is to understand in what measure, or with what contours, the idea of public order has been used as a foundation for pre-trial detention in Brazilian criminal process. The research begins with the concept of pre-trial detention, presenting a historical panorama about the institute, from its positive appearance in 1941, to the present day, articulating it with precautionary measures and other elements of the normative microsystem and guarantees related to its application, as presumption of innocence, legality, subsidiarity, temporality and proportionality. There is an intermission in the text that demonstrates the essential relationship between the decision of pre-trial detention and the accusatory principle, while prohibitive of office actions. The public order issue will be faced in an attempt to check its concept, with highlight to the vagueness and indetermination of its legal expression, which end up leading to the need for its completion by judges, according to the particularities of the concrete case and with all the risks innate to subjectivity. Central doctrinal models to signifying the legal expression will also be presented, such as public outcry, institutions' credibility, danger of the criminal agent, possibility of felony reiteration and gravity of the offense. The perspective of the jurisprudence on the various meanings of this prison reason will be presented based on recent judgments of the Brazilian Supreme Court and Superior Court of Justice. The controversy about the constitutionality of the measure will be discussed at the close of the study.

Keywords: Criminal procedural law. Pre-trial detention. Accusatory principle. Guaranty of public order.

## LISTA DE ABREVIATURAS OU SIGLAS

CPP	- Código de Processo Penal
CF	- Constituição Federal
DL	- Decreto-Lei
HC	- Habeas Corpus
PL	- Projeto de Lei
RHC	- Recurso Ordinário em Habeas Corpus
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
TJPR	- Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>1 A PRISÃO PREVENTIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO</b> .....	<b>13</b>
1.3 DA PRISÃO PREVENTIVA .....	71
1.3.1 PRISÃO PREVENTIVA PARA REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA: DA RELAÇÃO ENTRE DELITO, PENA E PRISÃO PROCESSUAL .....	74
1.3.3.1 Conveniência da instrução criminal .....	88
1.3.3.2 Asseguramento da aplicação da lei penal .....	90
1.3.3.3 Garantia da ordem econômica .....	93
1.3.3.4 Garantia da ordem pública .....	95
<b>EXCURSO: DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO PELO JUIZ À LUZ DO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO</b> .....	<b>96</b>
<b>2 A ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO PARA A PRISÃO PREVENTIVA</b>	<b>105</b>
2.1 O QUE É ORDEM PÚBLICA? .....	105
2.2 DA VAGUEZA DA EXPRESSÃO “GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA” .....	111
2.3 DA NECESSIDADE DE PREENCHIMENTO DO CONCEITO PELO JUIZ NO CASO CONCRETO E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO .....	117
2.4.1 O CLAMOR PÚBLICO E A REPERCUSSÃO MUDIÁTICA .....	125
2.4.3 A PERICULOSIDADE DO AGENTE E A REITERAÇÃO CRIMINOSA .....	131
2.4.4 A GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME .....	137
2.4.5 PROTEÇÃO DO RÉU OU INVESTIGADOS .....	139
2.6 DA CONSTITUCIONALIDADE DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA .....	147
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>160</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>163</b>

## INTRODUÇÃO

Escrever sobre a prisão preventiva consiste em se embrenhar em intrincado campo, em que se pretende conciliar direitos e institutos quase que inconciliáveis – como prisão cautelar e liberdade, eficiência e garantias.

Diversas questões são levantadas quando do acionamento da prisão preventiva, como, por exemplo, sua condição de remédio extremo, sua relação com a presunção de inocência, além do difícil conflito entre a necessidade de prisão e o resguardo dos direitos do investigado ou do acusado.

A dificuldade aumenta quando a abordagem direciona-se à garantia da ordem pública como fundamento prisional. Sabe-se que dentro dos motivos autorizadores da prisão preventiva, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, está a garantia da ordem pública, expressão que há muito é objeto de vigorosos debates entre os autores que se debruçam sobre o tema.

Com efeito, desde sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro em 1941, com o advento do atual Código de Processo Penal, a justificativa prisional da garantia da ordem pública, do ponto de vista da atividade hermenêutica, tem sido superinterpretada, apesar de, mesmo com a reforma promovida pela Lei 12.403/2011, ter preservado seu texto inalterado.

Deste modo, esta pesquisa, cuja atualidade se revela pelo próprio número – em termos quantitativos e percentuais – de presos provisórios no Brasil, objetiva expor, de um ponto de vista teórico e realista, a maneira pela qual a prisão preventiva e seu fundamento mais conhecido e utilizado – a garantia da ordem pública – são atualmente compreendidos no sistema processual penal brasileiro.

Para tanto, além do estudo da tutela cautelar no processo penal e de seus pressupostos, se procederá ao exame dos principais princípios aplicáveis a todas as medidas cautelares pessoais, os quais se configuram em verdadeiras garantias do cidadão em face do poder punitivo/encarcerador do Estado.

No estudo específico da prisão preventiva, além das hipóteses de admissibilidade previstas no artigo 313, do Código de Processo Penal, o estudo se debruçará sobre cada um de seus fundamentos autorizativos: conveniência da

instrução criminal, o asseguramento da aplicação da lei penal, a garantia da ordem econômica e a garantia da ordem pública.

Além disso, no plano crítico, há a pretensão de se estabelecer como tem se dado, nestes tempos de prevalência da justiça sumária, a relação entre delito, pena e prisão processual.

Sopesados os aspectos essenciais do estudo da prisão preventiva, promove-se o fundamental estudo do princípio acusatório e sua aplicação no terreno das providências cautelares penais de cunho pessoal.

No segundo capítulo, a pesquisa terá por particular escopo o aprofundamento do debate acerca da garantia da ordem pública enquanto motivo prisional.

Em direção a essa meta, inicialmente serão explorados aspectos relativos à amplitude semântica da expressão legal, bem como as questões que tocam à discricionariedade judicial e ao subjetivismo interpretativo.

Em seguida, tendo em conta que o uso da garantia da ordem pública é visto em grande parte das prisões processuais brasileiras sob diversos preenchimentos conceituais, serão abordados, de forma individualizada, os principais significados que lhe são conferidos pela doutrina, entre eles clamor público, credibilidade das instituições, reiteração criminosa, periculosidade do agente e gravidade do crime.

Além das definições doutrinárias, procura-se, ainda, esclarecer o que atualmente os tribunais superiores compreendem pela expressão legal, ou seja, demonstrar as tendências observáveis no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal a respeito de quando se está ou não autorizado prender para acautelar a ordem pública.

Por fim, a análise do tema volta-se para a questão da constitucionalidade desse modelo de custódia preventiva, assunto que é palco de forte dissidência dogmática, cuja exata compreensão é primordial não só para este estudo, mas também para os próprios rumos do instituto.

Com o fim de alcançar tais objetivos, além do estudo doutrinário de diversas obras versadas na matéria, nacionais e estrangeiras, efetuou-se a análise de diversos julgados recentes das principais cortes do país.

O trabalho estrutura-se em dois capítulos de desenvolvimento, com um excursão entre eles. No primeiro capítulo, será apresentada uma imagem prefacial de

pontos relevantes da prisão cautelar, definindo-a e traçando sua evolução histórica no direito processual penal brasileiro até os dias atuais, com especial ênfase para a reforma introduzida pela Lei 12.403 de 2011. Ainda nesse capítulo, buscará se enveredar pelo estudo da principiologia cautelar, finalizando com o exame da prisão preventiva propriamente dita. Após, se fará uma pausa no texto, de forma a contextualizar a importância da relação entre decretação da prisão preventiva e o princípio acusatório. No segundo capítulo, será realizada a investigação da expressão “garantia da ordem pública”, tratando de sua indeterminação conceitual e da necessidade de seu preenchimento pelo juiz quando da avaliação do caso concreto. Por fim, serão esquadrihados os principais conceitos de garantia da ordem pública, utilizando como estrutura o ensinamento dogmático e as decisões dos tribunais superiores.

## 1 A PRISÃO PREVENTIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Esse capítulo objetiva traçar um panorama da prisão preventiva enquanto instituto. Para tanto, procura-se definir o que se entende por essa forma de prisão, além de se proceder a uma análise histórica sobre o tema.

Além disso, por serem essenciais à compreensão da custódia preventiva, enquanto prisão cautelar, são traçados os principais aspectos das cautelares penais em geral. Também tecem-se considerações a respeito das mudanças trazidas pela reforma ocorrida em 2011, através do advento da Lei 12.403, abordando o fim da bipolaridade cautelar até então existente, bem como sobre a controvertida relação entre delito, pena e prisão preventiva.

Ao final, após as hipóteses de admissibilidade, apresentam-se os fundamentos legais para a prisão preventiva: conveniência da instrução criminal, asseguramento da aplicação da lei penal, garantia da ordem econômica e garantia da ordem pública, discorrendo sobre eles de forma individualizada.

### 1.1 DA PRISÃO

No estudo da prisão preventiva, não se pode prescindir, no seu início, de algumas considerações sobre a previsão em geral, visto que, em termos práticos, a forma de cumprimento das prisões que antecedem o julgamento é praticamente a mesma das prisões decorrentes de pena privativa de liberdade. Melhor explicando: “a prisão é fisicamente a constrição absoluta da liberdade de locomoção, quer seja ela decretada pela emergência cautelar, quer seja derivada da afirmação de uma responsabilidade”.<sup>1</sup>

De fato, ao tratar da prisão, destacava Romeu Pires de Campos BARROS que “deverá ser levada em consideração a natureza, a finalidade e a origem. Quanto ao primeiro critério, todas as prisões são iguais: a prisão é sempre a privação da liberdade de ir e vir. Disso resulta seu caráter aflitivo (...)”.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas. 2013, 813.

<sup>2</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Atual. de Maria Elizabeth Queijo. Coord. de Ada Pellegrini Grinover. 2ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 95.

Na linguagem comum, usa-se o termo “prisão” em referência ao ato de prender ou capturar alguém que cometeu um crime, fazendo com que essa pessoa perca sua liberdade como forma de responder por esse delito.

Etimologicamente, a palavra prisão origina-se do latim *prehensio*, decorrente de *prehensione* (*prehensio, onis*), que quer dizer prender.<sup>3</sup>

A legislação não utiliza o termo de modo preciso, considerando que ele é empregado para se referir à pena privativa de liberdade (como no artigo 39, parágrafo único, da Lei de Drogas), à captura em decorrência de mandado judicial ou flagrante delito (como no artigo 301 do Código de Processo Penal), ao próprio estabelecimento (estrutura física) em que o preso fica segregado (como no artigo 288 do Código de Processo Penal), ou, ainda, à custódia,<sup>4</sup> tida como recolhimento de alguém ao cárcere (como no artigo 312 do Código de Processo Penal). Este último sentido, diretamente afeto ao processo penal, é o que interessa para este trabalho.<sup>5</sup>

Tomando-se o conceito de prisão como segregação, é importante clarear, também, a própria definição de privação de liberdade. Em geral, não há dúvidas de que se trata de uma privação de liberdade quando se suprime a liberdade física do sujeito, como na prisão preventiva. Contudo, há inúmeras situações em que não se mostra claro se o indivíduo pode ser considerado preso ou não. E isso é de elevada importância, pois dessa constatação depende a aplicação de diversas garantias (legais, constitucionais e convencionais) previstas em favor da pessoa tida como segregada.

De acordo com Andrey Borges de MENDONÇA, não é qualquer restrição da liberdade que caracteriza a prisão, pois há diversas formas em que a polícia

---

<sup>3</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática**. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 67.

<sup>4</sup> Como já salientava João Mendes de ALMEIDA JÚNIOR, “Nós temos as palavras custódia e captura, que poderíamos sempre empregar nas nossas leis (...). A amplitude da palavra prisão tem ocasionado muitas confusões”. (ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, v. I, p. 285).

<sup>5</sup> É o sentido constante do art. 5º, inciso LXI da Constituição Federal de 1988: “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”.

interfere na liberdade de movimento que não é suficiente para caracterizar uma prisão.<sup>6</sup>

Segundo TRECHSEL, a privação de liberdade é uma providência adotada por autoridades públicas, em que uma pessoa “é mantida contra sua vontade por certo período de tempo e em um espaço limitado e obstruído pela força, ou pela ameaça do uso da força, a sair deste espaço”.<sup>7</sup>

Dessa forma, a diferenciação entre a prisão e outras formas de restrição depende da observância dos elementos espacial, temporal e coercitivo. Trazendo a discussão para o direito processual penal brasileiro, a título exemplificativo, a prisão domiciliar (artigos 317 e 318, do Código de Processo Penal), como o próprio nome está a indicar, é considerada forma de prisão, diferentemente, de casos em que há apenas restrição da liberdade ambulatorial, como nas medidas elencadas no artigo 319 do CPP<sup>8</sup> (por exemplo, a proibição de frequentar determinados lugares), ou simples paralisação momentânea da atividade cotidiana, como a parada obrigatória para a realização do exame conhecido como bafômetro.

Noutro giro, sob o aspecto histórico, anota Marcellus POLASTRI que “a prisão surgiu mais como medida cautelar do que como pena, podendo se encontrar traços da prisão cautelar tanto entre os hebreus como na Grécia antiga e em Roma”.<sup>9</sup>

No mesmo sentido, Paulo César BUSATO explica que:

“É sabido, do histórico da pena, que prisão sempre foi utilizada como instrumento de garantia de execução de penas mais gravosas, como a pena

---

<sup>6</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão preventiva na Lei 12.403/2011: Análise de acordo com os modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos**. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Juspodium, 2017, p. 271 a 274.

<sup>7</sup> TRECHSEL, Stefan. **Human Rights in Criminal Proceedings**. New York: Oxford, 2005 *apud* MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão preventiva na Lei 12.403/2011: Análise de acordo com os modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos**. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Juspodium, 2017, p. 272.

<sup>8</sup> Registre-se que Andrey Borges de Mendonça, levando em conta que há cerceamento completo da liberdade, sustenta que a medida de internação provisória se enquadra no conceito de prisão, mesmo estando prevista no artigo 319, do CPP, que trata das medidas *diversas* da prisão. (MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão preventiva na Lei 12.403/2011: Análise de acordo com os modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos**. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Juspodium, 2017, p. 275).

<sup>9</sup> POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 159.

de morte, o desterro, as galés e as mutilações. A evolução das penas, porém, trouxe para o centro da estrutura punitiva a própria prisão (...).<sup>10</sup>

De acordo com FREDERICO MARQUES, a prisão como pena data do século XVI. Segundo o autor, foi o direito canônico que transformou a prisão em castigo ou pena, com o isolamento em calabouço com o fito de levar o condenado, com a inatividade obrigatória, a purificar sua alma.<sup>11</sup>

Dessa maneira, a prisão, que no início ostentava verdadeiros contornos cautelares, passa a assumir – e isso perdura até os dias atuais – diversas funções, dentre as quais a de servir, ela própria, como punição diante do fenômeno delitivo. As finalidades da prisão, aliás, dão ensejo à sua classificação em diferentes espécies.

#### 1.1.1 Modalidades de prisão no ordenamento jurídico brasileiro

Traçadas linhas gerais sobre a prisão, necessário se distinguir as modalidades existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Todas as prisões provêm do poder coercitivo do Estado, podendo-se dizer que elas diferenciam-se pelos fins para os quais a restrição de liberdade foi disposta.

Desse modo, faz-se menção a três espécies de prisão:<sup>12</sup> a prisão extrapenal, na qual estariam inseridas a prisão civil e a militar; a prisão penal, que é a mais conhecida, também chamada de prisão pena ou simplesmente pena; e a prisão cautelar, também conhecida como prisão processual, provisória ou sem pena.

Como destaca MENDONÇA,

<sup>10</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas. 2013, 812.

<sup>11</sup> MARQUES, José Frederico. **Da prisão no direito brasileiro**. Estudos de direito processual penal. São Paulo: Millenium, 2001, p. 220.

<sup>12</sup> Importante destacar que não mais se admite a chamada prisão administrativa. Por esta se entendia a prisão decretada com o objetivo de compelir alguém a cumprir um dever de direito público. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual estabeleceu que ninguém será preso sem *prévia autorização judicial*, ressalvadas as hipóteses de flagrante delito, transgressão militar e crime propriamente militar (CF, art. 5º, inciso LXI), não mais subsiste essa espécie de prisão no ordenamento brasileiro, não mais se reconhecendo, mesmo antes da Lei 12.403/2011, as hipóteses de prisão arroladas na antiga redação do artigo 319 do Código de Processo Penal, como a prisão do devedor de tributos.

“Não há proibição de que a prisão seja utilizada para fins não criminais. O fato de a Constituição tratar com maiores detalhes da prisão para fins criminais não significa, em hipótese alguma, que haja vedação a outras espécies de privação de liberdade, visando outros fins constitucionalmente relevantes. O maior detalhamento da Constituição em relação ao tema da prisão para fins criminais decorre naturalmente da sua maior utilização e do maior risco para os direitos fundamentais que historicamente se verifica.(...) Mas é certo que em qualquer caso de privação de liberdade – seja para fins criminais ou não – há um núcleo comum a ser observado: deve haver previsão legal, que indique os casos e forma da privação da liberdade (...)”.<sup>13</sup>

A prisão civil<sup>14</sup> é aquela decretada para fins de compelir alguém a cumprir um dever civil, sendo, atualmente, apenas cabível no caso de descumprimento de obrigação alimentar.<sup>15</sup>

A prisão disciplinar militar, tendo por norte garantir a hierarquia e a disciplina (com importância realçada pela própria Carta Magna, no art. 142), consiste na privação da liberdade do militar por cometimento de transgressão disciplinar de caráter grave ou de crime propriamente militar, sendo regulada por diplomas de direito material e processual específicos.

A prisão-pena é a que resulta da condenação transitada em julgado, conforme previsto no Código Penal e na Lei de Execuções Penais, sendo que “além de expressar a satisfação da pretensão punitiva ou a realização do Direito Penal objetivo, caracteriza-se pela definitividade”.<sup>16</sup>

A prisão cautelar é aquela decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, com o objetivo, basicamente, de assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal, sendo a mais drástica medida pessoal em desfavor do agente imputado.

<sup>13</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão preventiva na Lei 12.403/2011**: Análise de acordo com os modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos. 2ª ed. São Paulo: Juspodium, 2017, p. 278-279.

<sup>14</sup> FREDERICO MARQUES dispunha que “a prisão civil se opõe à prisão penal. O conceito daquela é dado por exclusão: toda a prisão que não for penal tem a natureza civil (...). Na prisão civil, há que distinguir a prisão civil em sentido estrito e a prisão administrativa. Esta última é toda providência de privação de liberdade imposta por autoridade administrativa, pelo que nela não se incluem prisões civis decretadas pelo juízo, no curso da relação processual” (MARQUES, José Frederico. **A prisão no direito brasileiro**. Estudos de direito processual penal. São Paulo: Millenium, 2001, p. 224).

<sup>15</sup> A Súmula Vinculante n. 25 pôs fim à prisão do depositário infiel: *É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito*.

<sup>16</sup> BECHARA, Fábio Ramazzini. **Breves notas acerca da prisão**. São Paulo: IOB Publicações Jurídicas, ano 08, n. 94, 2004, p. 5.

Por meio da prisão cautelar, mesmo enquanto não emitido um juízo de cognição profundo sobre a culpabilidade do sujeito processado, ele é levado ao cárcere e impedido de exercer o seu direito de ir e vir.

Além da prisão preventiva, objeto deste estudo e que será analisada mais à frente, atualmente, existem outras duas subespécies de prisão cautelar.<sup>17</sup> São elas: prisão em flagrante e prisão temporária.

Com efeito, a Lei 12.403/2011, a qual realizou profunda reforma no sistema de medidas cautelares no Código de Processo Penal, corrobora esse entendimento. Veja-se que a nova redação do art. 283, *caput* do CPP<sup>18</sup> demonstra que as espécies de prisão admitidas no âmbito processual penal são a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão preventiva, e a prisão decorrente de sentença penal condenatória com trânsito em julgado.

No que toca à prisão em flagrante, válido registrar que a palavra “flagrante” provém do latim *flagrans*, *flagrantis*, do verbo *flagrare*, que quer dizer queimar, em chamas, ardente ou brilhando.<sup>19</sup>

Como destaca Paulo RANGEL, a prisão em flagrante relaciona-se com:

“O delito no momento do seu cometimento, no instante em que o sujeito percorre os elementos objetivos (descritivos e normativos) e subjetivos do tipo penal. É o delito patente, visível, irrecusável do ponto de vista de sua ocorrência.

(...)

Neste sentido, a prisão em flagrante exige, para sua configuração, dois elementos imprescindíveis: a atualidade e visibilidade. A atualidade é expressa pela própria situação flagrancial, ou seja, algo que está acontecendo naquele momento ou acabou de acontecer. A visibilidade é a ocorrência externa ao ato. É a situação de alguém atestar a ocorrência do fato ligando-o ao sujeito que o pratica. Portanto, somadas a atualidade e a visibilidade tem-se o flagrante delito”.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> As prisões decorrentes (como efeito automático) da pronúncia ou de sentença condenatória recorrível, antes vistas como espécies autônomas de prisão processual, foram revogadas pelas leis que alteraram o procedimento do júri (Lei 11.689/2008) e o procedimento comum ordinário (Lei 11.719/2008).

<sup>18</sup> 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”

<sup>19</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 730.

<sup>20</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 730.

É uma característica da infração penal que está sendo ou acabou de ser cometida, permitindo-se a prisão do agente mesmo sem autorização judicial em virtude da certeza visual do crime.<sup>21</sup>

Na realidade, a prisão em flagrante consiste em uma medida de autodefesa da sociedade,<sup>22</sup> consubstanciada na privação da liberdade de locomoção daquele sujeito que é surpreendido em situação de flagrância. Fundamenta-se no fato de que o Estado, como detentor da força policial, não é onipresente e nem onipotente, garantindo-se que o cidadão se invista no poder de determinar a prisão do transgressor.

Tal autorização está expressa na própria Constituição Federal (art. 5º, inciso LXI),<sup>23</sup> entendendo a doutrina<sup>24</sup> que a expressão “delito” abrange não só a prática de crime, como também a de contravenção.<sup>25</sup>

Por conta desta não dependência de ordem judicial prévia para ser efetivada, possui rígido controle *a posteriori* do ato prisional, a começar pela própria autoridade policial – que pode entender que não é o caso de prisão em flagrante – passando pela necessidade de comunicação da prisão a diversos órgãos encarregados de zelar pela legalidade do ato (Poder Judiciário, Ministério Público e, ocasionalmente, Defensoria Pública).<sup>26</sup>

A prisão em flagrante ostenta funções bastante significativas, destacando-se o impedimento de fuga do infrator; o impedimento da consumação do crime no caso em que a infração está sendo praticada (CPP, art. 302, inciso I), ou de seu exaurimento, nas demais hipóteses (CPP, art. 302, incisos II, III e IV); e o auxílio à

---

<sup>21</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática**. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 187.

<sup>22</sup> De acordo com Miguel Tedesco Wedy, uma medida “de reação social.” (WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e Prisões Cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 86).

<sup>23</sup> Com supedâneo no texto constitucional, também o CPP traz a previsão no art. 301, o qual enuncia que “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

<sup>24</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática**. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 187.

<sup>25</sup> Não obstante, válido registrar que, tratando-se de infração de menor potencial ofensivo, não se procede à lavratura do Auto de Prisão em Flagrante, mas sim de simples Termo Circunstanciado, caso o agente assumo o compromisso de comparecimento ao juizado especial criminal ou lá compareça imediatamente (Lei n. 9.099/95, artigo 69, parágrafo único).

<sup>26</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 134.

colheita de elementos informativos que poderão subsidiar a propositura de futura ação penal.

Antes das alterações perpetradas pela Lei 12.403/2011, na versão original do Código de Processo Penal, a prisão em flagrante, judicialmente homologada, tinha a força de, por si só, manter o flagrado preso ao longo do processo, até a sentença condenatória definitiva ou até que decisão posterior concedesse a soltura. Com a nova redação do artigo 310, II do Código de Processo Penal, acentuando-se seu caráter precário, para que haja a manutenção da custódia, a prisão em flagrante deverá necessariamente ser convertida em prisão preventiva.

De fato, após a edição da referida lei, ao receber cópia do auto de prisão em flagrante, o juiz deverá examinar não só a legalidade da medida, para fins de eventual relaxamento ou homologação da ordem de prisão, como também examinar a existência ou não de algum dos motivos autorizadores da prisão preventiva.

No mais, para os fins que são pertinentes a este trabalho, importante esclarecer que, diante dessa alteração legislativa, controverte a doutrina a respeito da natureza jurídica da prisão em flagrante, havendo aqueles que entendem se tratar efetivamente de providência cautelar como sustentam Fernando da Costa TOURINHO FILHO<sup>27</sup> e Andrey Borges de MENDONÇA,<sup>28</sup> e aqueles que se posicionam no sentido de que essa modalidade de prisão se consubstancia, em verdade, em medida pré-cautelar, sendo, por exemplo, o entendimento de Renato Brasileiro de LIMA,<sup>29</sup> Aury LOPES JR.,<sup>30</sup> e, também, de Franco CORDERO.<sup>31</sup>

Já quanto à prisão temporária, é válido registrar que foi introduzida pela Lei n. 7.960, de 1989, tendo sido criada com o objetivo de assegurar a eficácia das

---

<sup>27</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 3, 33<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 491.

<sup>28</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 134.

<sup>29</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática**. 2<sup>a</sup> ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 192

<sup>30</sup> Para o autor, o flagrante não é uma medida cautelar pessoal, mas sim pré-cautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas destina-se a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar. (LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 592).

<sup>31</sup> De acordo com o jurista italiano, a prisão em flagrante se trata, em verdade, de uma subcautela (*subcautele*), com efeitos frágeis e mensuráveis em horas, cuja legalidade deve ser confirmada pela autoridade judicial, pois decorrente de poderes extrajurisdicionais (CORDERO, Franco. **Procedura Penal**. 4 ed. Milão: Giuffrè, 1998, p. 472-473).

investigações criminais quanto a alguns crimes considerados graves, conforme se denota da própria Exposição de Motivos da referida lei, o qual enuncia que “Muitas vezes o criminoso, em liberdade, coage a vítima, as testemunhas ou os agentes policiais, forja e adultera prova, perturba ou tumultua a investigação, prejudicando o esclarecimento da verdade real”.<sup>32</sup>

Essa modalidade de prisão cautelar encontrou grande resistência doutrinária em seu nascedouro, tendo em conta que, como assenta Rogério SCHIETTI CRUZ,

“Ora a identificava como uma 'legalização' das nefastas 'prisões para averiguações', tão presentes em nossa tradição ditatorial, ora a acoimava de ser inconstitucional, visto que fora introduzida no sistema normativo por meio de uma Medida Provisória, instrumento legislativo impróprio para legislar sobre matéria de direito penal e de direito processual penal”.<sup>33</sup>

De qualquer forma, não se tem notícia de que essas objeções tenham encontrado eco significativo na jurisprudência dos tribunais, de maneira que, desde seu advento, não houve o afastamento da possibilidade de o Estado se valer dessa providência de cunho cautelar para prover, excepcionalmente, situações que reclamem a intervenção do Poder Público para tutelar a atividade investigatória preliminar.

Na verdade, como anota Antonio Scarance FERNANDES, essa lei visou a regularizar a anterior prisão para averiguações, ilícita, mas utilizada<sup>34</sup>, consignando, mais uma vez em sua Exposição de Motivos, que “a prisão só pode ser executada depois da expedição do mandado judicial. Com isso, procura impedir que a representação policial se transforme em simples comunicação ao Poder Judiciário”.<sup>35</sup>

Como registra Diaulas Costa RIBEIRO:

---

<sup>32</sup> Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1989/lei-7960-21-dezembro-1989-365581-norma-pl.html>. Acesso em 10/01/2019.

<sup>33</sup> CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar** – Dramas, Princípios e Alternativas. 4a ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 239.

<sup>34</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 301.

<sup>35</sup> Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1989/lei-7960-21-dezembro-1989-365581-norma-pl.html>. Acesso em 10/01/2019.

“A prisão temporária é modalidade de prisão para investigação, porque parte de um fato criminoso, delimitado no tempo e no espaço, para uma pessoa certa e determinada. Ao contrário, a prisão para averiguações desenha-se sob um ponto de vista absolutamente diferente, eis que por meio dela as autoridades prendem, aleatoriamente, pessoas, para depois descobrir crimes que não estavam sequer investigando ou para apurar crimes nos quais essas pessoas nem ao menos figuravam como suspeitas, caracterizando o que vulgarmente se conhece como 'operação arrastão', realizada em áreas de contingente criminoso e cujo único critério utilizado para limitar o direito de ir e vir é a simples presença nesses locais. Somente após a implementação de uma prisão, neste último sentido recorrido, é que as pessoas serão conduzidas a uma Delegacia e, daí, então, se principiará por averiguar eventual envolvimento delas com alguma infração penal, o que é bem diferente de prender para investigar um crime já conhecido e depois de, razoavelmente, consolidada e definida a suspeição de alguém”.<sup>36</sup>

De forma sucinta, pode-se afirmar que a prisão temporária será decretada pelo juiz, caso defira pedido do Ministério Público ou a representação da autoridade policial, ouvindo, nesta segunda hipótese, o Promotor de Justiça antes de decidir (art. 2º, §1º da Lei 7.960/89). O tempo de prisão é de cinco dias (art. 2º, §7º da Lei 7.960/89) ou de trinta dias (art. 2º, §4º da Lei 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos). Admite-se a prorrogação por igual período (cinco ou trinta dias) em casos de extrema e comprovada necessidade, sendo que a não liberação após o prazo – a qual é automática, ou seja, independe de nova determinação judicial – implicará crime de abuso de responsabilidade (art. 4º da Lei 7.960/89).

Nos termos do art.1º da Lei 7.960/89, a prisão temporária será cabível quando: imprescindível para as investigações do inquérito policial (inciso I); o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (inciso II); quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes<sup>37</sup> expressamente catalogados na Lei (inciso III).

<sup>36</sup> RIBEIRO, Diaulas Costa. **Prisão temporária – Lei n. 7960, de 21/12/89 – um breve estudo sistemático e comparado**. Revista dos Tribunais, n. 707, set. 1994, p. 273.

<sup>37</sup> a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou

Ante a má redação do texto legal, a doutrina majoritária passou a considerar não ser possível a exegese no sentido de ser bastante o preenchimento de um só dos requisitos do mencionado artigo. Firmou-se o entendimento de que se faz imperioso a conjugação ou do inciso I ou do inciso II com o inciso III, que possui elenco taxativo de crimes, sempre num viés de respeito à natureza cautelar de toda prisão durante a investigação ou durante o processo.<sup>38</sup>

Constata-se, por fim, que o inciso III exige, para a decretação da prisão temporária, fundadas razões de autoria ou participação do indiciado em determinados crimes. Essas fundadas razões devem ser aferidas de acordo com dados do caso concreto, que permitam uma análise positiva por parte do julgador a respeito da autoria ou da participação do investigado. Já por meio dos incisos I ou no inciso II, justifica-se a medida constritiva como forma de assegurar o resultado futuro da investigação.

#### 1.1.2 Evolução legislativa brasileira: de 1941 até os dias atuais

O equilíbrio entre o interesse do Estado na segurança social e a liberdade do cidadão – a qual, em verdade, também se consubstancia em interesse de todos – está estritamente relacionado com o momento histórico e do direito que rege determinado país.<sup>39</sup>

O direito, para que se possa visualizá-lo de forma mais perscrutada e racional, deve ser enxergado como um objeto cultural, possibilitando ao operador uma percepção mais próxima da realidade de determinada época. Assim, se mostra essencial conhecer o contexto – histórico, político e jurídico – pelo qual o Brasil passava quando do surgimento do Código de Processo Penal, em 1941.

---

medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986); p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016).

<sup>38</sup> Nesse sentido, FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 304.

<sup>39</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Efetividade, processo penal e dignidade humana**. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 532.

As alterações políticas ocorridas ao longo do tempo possuem influência decisiva no tratamento dos institutos processuais, dos direitos e garantias do acusado e dos órgãos incumbidos da persecução penal. Nessa toada, como bem assevera Julio MAIER, é no âmbito penal e processual penal que a influência da ideologia vigente ou imposta pelo efetivo exercício do poder se percebe mais “à flor da pele”.<sup>40</sup>

Assim, o que se pretende nesse tópico é verificar como se deu a edição do Código e, em seguida, debruçar-se sobre a evolução e a mutação<sup>41</sup> que a prisão processual sofreu até se chegar à Lei 12.403/2011.

De início, é preciso se fazer um registro crítico quanto às reformas parciais, as quais, no mais das vezes, criam um sistema confuso e assimétrico, permeado de algumas evoluções, alguns retrocessos e muitos paradoxos.

Tendo em conta a ideia kantiana de sistema,<sup>42</sup> no sentido da existência de um princípio unificador que o caracteriza, qualquer modificação implica em reflexos inevitáveis em todo o regramento. Conforme bem registra COUTINHO, essas reformas, em geral, levam a resultados desastrosos, trazendo inúmeros problemas e gerando um absurdo “achismo” em sua aplicação. Arremata o autor salientando que:

“Na matriz do problema está uma razão simples: *reformas parciais* – com boas intenções ou não – tendem a *destruir os sistemas* (ou quase) se eles não são levados em consideração, justo porque os elementos que os integram estão umbilicalmente relacionados entre si, de modo a qualquer alteração produzir reflexos gerias e, por isso, produz-se ‘furos’ que os desfiguram”.<sup>43</sup>

Sem deixar essa advertência de lado, volta-se a atentar ao momento histórico da edição do CPP, quando havia, mundialmente falando, um movimento de endurecimento das leis penais e processuais penais – particularmente relevante no

<sup>40</sup> MAIER, Julio B. **Derecho processual penal**. 2ª ed., Buenos Aires: Del Puerto, 2004, t. I, p. 260.

<sup>41</sup> Mutação, aqui, no sentido do direito constitucional: mudanças informais, que levam à modificação do sentido e da interpretação de normas ao longo do tempo, sem que haja alteração legislativa.

<sup>42</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 584. Resumidamente, na noção kantiana, o conhecimento humano ganha contornos científicos principalmente em razão da organização sistemática fundada em uma *ideia central*, a qual se consolida como *princípio unificador*.

<sup>43</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Reformas parciais no processo penal: breves apontamentos críticos**. Disponível em < <http://emporiododireito.com.br/leitura/reformas-parciais-do-processo-penal-breves-apontamentos-criticos>>. Acesso em 09/12/2018.

tocante à prisão processual, objeto de especial atenção pelos governos ditatoriais –, decorrente das ideias positivistas e da Escola Técnico-Jurídica. Observou-se que, no período entre guerras, tendo por base esses ideais, a tendência liberal da Escola Clássica se reverte, se negando, inclusive, a presunção de inocência.<sup>44</sup>

Tendo por base as premissas ideológicas autoritárias dessas escolas, surge o *Codice Rocco* italiano, em 1930. Segundo MENDONÇA:

“A disciplina da questão da liberdade pessoal no referido diploma refletia uma visão de tipo autoritário, que prescindia da ideia de ligação funcional entre prisão preventiva e a estrita necessidade processual, para colocar-se ao serviço dos interesses superiores do Estado, em uma perspectiva de defesa social”.<sup>45</sup>

Ou seja, passou a prevalecer, em todos os casos, o interesse da coletividade sobre o interesse do indivíduo, isto é, do interesse público de punir em face da liberdade do sujeito. A própria finalidade do processo passou a ser quase que unicamente a realização da pretensão punitiva do Estado, e não a proteção do indivíduo contra o arbítrio.

E, como se sabe, o Código italiano de 1930 influenciou de forma crucial o Código de Processo Penal brasileiro de 1941. Influência explícita, com alusão expressa nesse sentido na Exposição de Motivos ao Código de Processo Penal, item II.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> Nesse sentido, Andrey Borges de Mendonça explica que nas três primeiras décadas do século XX e no período entre guerras, ganham força as ideias da Escola Positiva (Positivismo Criminológico) e Escola Técnico-Jurídica (também chamada de Neoclássica ou Positivista Jurídica), quando a defesa social volta ao centro do processo penal e a presunção de inocência é atacada fortemente, fazendo se sobrepor o interesse coletivo ao interesse pessoal. “Nesta linha, os adeptos da Escola Técnico-Jurídica se mostram inclinados a um uso quase normal e generalizado da prisão preventiva.” Segundo o autor, os maiores representantes dessa escola foram Manzini e Rocco, tendo ela seu esplendor no período do fascismo italiano, de Benito Mussolini. (MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011**: Análise de acordo com os modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos. 2ª ed. São Paulo: Juspodium, 2017, p. 70-71).

<sup>45</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão preventiva na Lei 12.403/2011**: Análise de acordo com os modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos. 2ª ed. São Paulo: Juspodium, 2017, p. 73.

<sup>46</sup> “(...) Quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, mas são também de repetir-se as palavras de Rocco: 'Já se foi o tempo em que a alvoroçada coligação de alguns poucos interessados

O CPP é editado em meio à 2ª Guerra Mundial, no cenário externo, e no vigor da outorgada Constituição de 1937, no cenário interno. Referida Constituição tinha inspiração autoritária e nem ela e nem o código de 1941<sup>47</sup> faziam qualquer menção à presunção de inocência. Em verdade, segundo Maurício Zanoide de MORAES:

“(...) muito mais do que afirmar que não há presunção de inocência no código de processo penal, elaborado em 1940 e ainda hoje vigente, o que se deve ter em mente, devido àquela clara e direta influência positivista italiana, é que o atual código rejeita em sua estrutura toda a dimensão juspolítica da presunção de inocência. Está forjado estruturalmente com base na concepção de que há é uma 'presunção de culpa' e sempre um 'inimigo' a ser perseguido e punido”.<sup>48</sup>

Traçada a estrutura repressiva e autoritária do Código de Processo Penal de 1941, cumpre-se agora tratar da fisionomia originária da prisão provisória. Pode-se afirmar que o regime inicial do CPP previa a prisão como regra e a liberdade como exceção. A fórmula adotada fazia com que o agente permanecesse preso ao longo de todo o processo, com predominância dos interesses persecutórios sobre a liberdade, sendo esta tomada como interesse meramente individual.

Essa sistemática de limitação da liberdade emergia da manutenção da prisão após o flagrante durante o desenrolar do processo, da sensível restrição de concessão de liberdade provisória e da previsão da prisão preventiva obrigatória. Neste último ponto, que é o que mais interessa para este estudo, constou a obrigatoriedade na própria exposição de motivos do Código, a qual estabeleceu que “tratando-se de crime a que seja cominada pena de reclusão por tempo no máximo

---

podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas'.” (Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, publicada no Diário Oficial da União de 13 de outubro de 1941).

<sup>47</sup> A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal brasileiro explicita que: “Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. [...]. Este o critério que presidiu a elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos.” (Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, publicada no Diário Oficial da União de 13 de outubro de 1941).

<sup>48</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 159.

igual ou superior a dez anos, a decretação da prisão preventiva será obrigatória, dispensando outro requisito além da prova indiciária contra o acusado”.<sup>49</sup>

Assim, de acordo com a redação do original art. 312 do CPP, nos crimes com pena cominada no patamar igual ou superior a dez anos eram suficientes, para a determinação da prisão preventiva, a prova da materialidade e os indícios de autoria, retirando do juiz a apreciação de sua necessidade. Havia, portanto, em crimes graves, uma presunção absoluta do perigo da liberdade.

O magistrado, nesses casos, segundo redação do art. 316, não poderia nem mesmo revogar a prisão ao longo do processo, de maneira que apenas havia a possibilidade de soltura em situações em que se vislumbrassem excludentes de antijuridicidade.

Além disso, ao lado dessa prisão obrigatória, existia a previsão da prisão preventiva facultativa, quando além de prova da materialidade e indícios de autoria, era preciso que a custódia servisse para a garantia da ordem pública, para a conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal. Essa prisão facultativa tinha cabimento para os crimes inafiançáveis e, excepcionalmente, aos crimes afiançáveis, quando houvesse dúvida sobre a identidade e, por fim, no caso de o agente ser reincidente em delitos dolosos.

Percebe-se, desse modo, que a prisão preventiva tinha íntima relação com a gravidade abstrata do crime, o que parece explicar a razão pela qual o legislador tratava conjuntamente os requisitos de admissibilidade com os fundamentos autorizativos da prisão.

Ademais, quando da edição do CPP, era efeito da sentença condenatória recorrível e da pronúncia o réu ser preso ou mantido preso, salvo se afiançável o crime ou se condenado por infração que se livrasse solto. Eram hipóteses de encarceramento automático, distintas da prisão preventiva, que não demandava qualquer requisito cautelar para sua concretização.<sup>50</sup>

Com o passar dos anos, com a proteção internacional dos direitos humanos ganhando força no pós-guerra, e, sobretudo, com o avanço dos estudos sobre

---

<sup>49</sup> Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, publicada no Diário Oficial da União de 13 de outubro de 1941, item VIII.

<sup>50</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Atual. de Maria Elizabeth Queijo. Coord. de Ada Pellegrini Grinover. 2ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 235.

cautelaridade<sup>51</sup> e sobre o processo penal constitucional, o instituto da prisão preventiva passou por significativo processo de mutação e de alteração legislativa. Com efeito, principalmente após os acontecimentos da 2ª Guerra Mundial, tomou-se a consciência de que a criação de um sistema efetivo de proteção dos direitos humanos, que não se restringisse apenas ao âmbito interno de cada Estado, era imprescindível.<sup>52</sup>

Dessa compreensão, trazendo em seu bojo normas processuais penais de cunho protetivo ao acusado, inúmeras convenções internacionais vão surgindo, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (de 1948), o Pacto de Direitos Civis e Políticos, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ambos de 1966) e, em especial, a Convenção Americana de Direitos Humanos (também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, com entrada em vigor em 1978, e internalizada no Brasil em 1992 pelo DL 678).

Nessa mesma linha, passou-se a perceber a necessidade de que normas de direito processual penal fossem previstas no texto constitucional, como garantias do cidadão em face do Estado.<sup>53</sup> Desse modo, passa-se a exigir um exame constitucional do processo, com controle de constitucionalidade de normas previstas nos códigos e nas leis esparsas, prevalecendo os valores abrigados pela Carta Magna. Em outras palavras, consagra-se o princípio da supremacia da Constituição, assegurando sua força normativa enquanto Lei Maior da ordem jurídica.

Nesse espírito, mesmo antes da promulgação da CF/88, várias alterações legislativas posteriores à edição do CPP foram efetivadas, na grande maioria, com efeitos liberalizantes. Já em 1967, há uma relevante alteração acerca da prisão

---

<sup>51</sup> Com os avanços sobre o tema, além de reforçar-se a ideia de excepcionalidade da custódia cautelar, foram afastadas as hipóteses de prisão preventiva obrigatória, em razão da ausência de cautelaridade, pois, nesses casos, haveria confusão inegável entre pena e medida cautelar. Passou-se a reconhecer, destarte, que a acusação feita ao imputado é apenas um dos pressupostos para a fixação da medida, havendo verdadeira antecipação de pena quando a prisão é determinada de forma automática, sem demonstração do *periculum libertatis*. (Nesse sentido: LUCA, Giuseppe de. **Lineamenti della tutela cautelare penale**. Padova: Editora CEDAM, 1953, p. 187).

<sup>52</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 116.

<sup>53</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 26.

preventiva, abolindo-se a sua obrigatoriedade.<sup>54</sup> Em seguida, editou-se a Lei 5.941/73,<sup>55</sup> que passou a permitir que o acusado pronunciado ou condenado não fosse preso automaticamente, se primário e de bons antecedentes. Outra alteração muito expressiva ocorreu em 1977, com a Lei 6.416, a qual permitiu que o juiz concedesse liberdade provisória sem fiança, mediante comparecimento aos atos do processo, em caso de inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizassem a prisão preventiva, invertendo, ao menos em tese, a lógica da manutenção da custódia ao longo do processo. Assim, a prisão provisória foi reordenada sob o enfoque da necessidade da medida, mesmo em pleno período ditatorial.<sup>56</sup>

A Constituição Federal de 1988, seguindo esse caminho e pretendendo um processo penal democrático, trouxe um elenco recheado de garantias envolvendo a liberdade. Foram fixadas diversas regras e diretrizes fundamentais para a prisão de qualquer pessoa, especialmente a jurisdicionalidade, a presunção de inocência,<sup>57</sup> o devido processo legal, a vedação à incomunicabilidade e a motivação das decisões.

Assim, tendo por base novo fundamento de validade, as normas do CPP tiveram que ser reinterpretadas de acordo com as diretrizes constitucionais.

Não obstante, com o avanço da criminalidade ao longo do tempo, mesmo após a Constituição da República e seu viés democrático, passam a ser criadas normas de cunho repressivo, freando-se, de certo modo, aquela tendência mais progressista e liberalista. Conforme registra MENDONÇA,

---

<sup>54</sup> Foi o que passou a prever a Lei n. 5.349 de 3 novembro de 1967. Essa lei modificou, ainda, os artigos 311 e 312 do CPP, de modo que o *fumus commissi delicti*, consistente na prova da existência material do crime e indícios suficientes de autoria, é realocado do art. 311 para o art. 312, passando-se a exigir, assim, além da questão da materialidade/autoria, também, a presença de um dos fundamentos da prisão preventiva para que houvesse sua decretação, isto é, o *periculum libertatis*. Segundo, CHOUKR, essa lei permitiu que a prisão preventiva se desprendesse dos “limites estreitos”. (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 635).

<sup>55</sup> Referida lei ficou conhecida como “Lei Fleury”, aprovada em regime de urgência para supostamente beneficiar um delegado, Sérgio Paranhos Fleury, que estava preso, acusado de homicídio doloso.

<sup>56</sup> É claro que não só de avanços liberais viveu aquele período. Com efeito, existiu uma linha de endurecimento legislativo e policial, sobretudo com a Lei de Segurança Nacional (DL n. 314/67), a qual possibilitava detenções arbitrárias, além de permitir a incomunicabilidade do preso por longos períodos; e com o surgimento do famigerado AI-5, o qual, entre incontáveis medidas autoritárias, suspendeu o *habeas corpus* e restringiu sobremaneira a apreciação judicial de atos praticados pelo Executivo.

<sup>57</sup> O princípio da presunção de inocência nunca havia sido mencionado anteriormente, de maneira expressa, embora já fizesse parte de nosso ordenamento. (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de Inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 30).

“Ao mesmo tempo em que há reformas destinadas a adequar o CPP às normas constitucionais, ganha espaço movimento baseado em um sistema emergencial. Há, assim, tendência de recrudescimento da prisão cautelar em relação a certos tipos de criminalidade, privilegiando a prisão em detrimento da liberdade”.<sup>58</sup>

Nessa esteira, exemplificando, editaram-se várias leis mais severas, como a Lei 7.960/89, que cria a prisão temporária, a Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que estabeleceu a proibição da liberdade provisória para os delitos nela catalogados,<sup>59</sup> a Lei 8.884/94, que introduz a garantia para a ordem econômica como fundamento da prisão preventiva, além da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento)<sup>60</sup> e da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas),<sup>61</sup> que impediam, *ex lege*, a liberdade provisória em determinados crimes.

Depois, em 2008, seguindo entendimento jurisprudencial da época, extirparam-se do ordenamento a prisão decorrente de pronúncia (Lei 11.689/2008) e a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível (Lei 11.719/2008). Deixam de existir essas modalidades de prisão, e, caso decretada nesses momentos processuais, a custódia passa a ter caráter de prisão preventiva, conforme enunciam os artigos 413, §3º e 387, parágrafo único, ambos do CPP.

Já em 2011, editou-se a Lei 12.403, que trouxe diversas alterações qualitativas e quantitativas quanto ao instituto da prisão processual, sobretudo, da prisão preventiva.

<sup>58</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011**: Análise de acordo com os modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos. 2ª ed. São Paulo: Juspodium, 2017, p. 118.

<sup>59</sup> A Lei dos Crimes Hediondos, em sua redação originária proibia a liberdade provisória com ou sem fiança (Lei 8.072/1990, art. 2º, inciso II). Todavia, com a alteração promovida pela Lei 11.464/2007, aos crimes hediondos restou vedada apenas a liberdade provisória mediante fiança (nova redação do art. 2º, inciso II), em consonância com a própria restrição constitucional, que considera tais delitos inafiançáveis (CF, art. 5º, inciso XLIII).

<sup>60</sup> No entanto, para fins de registro, importa mencionar que quando do julgamento da ADI 3.112 (rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2.5.2007, Plenário DJE 26.10.2007), o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional essa previsão do Estatuto do Desarmamento, assentando que “o texto magno não autoriza a prisão *ex lege*, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente”.

<sup>61</sup> Da mesma forma, em 2012, o plenário do STF, no julgamento do HC 104.339 – São Paulo, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da vedação da liberdade provisória constante na Lei de Drogas.

Estruturalmente, a Lei nº 12.403/11 criou um novo dispositivo e promoveu a alteração de outros 32 (trinta e dois) do Código de Processo Penal, alterando inclusive a redação do Título IX, o qual agora vigora com o nome "*Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória*".

A intenção foi, mesmo com os defeitos inerentes a toda reforma parcial, ir ao encontro de um direito processual penal constitucional, principalmente no tratamento da prisão como *ultima ratio* e na criação de um rol de medidas cautelares alternativas à prisão (art. 319, CPP).

## 1.2 PRISÃO CAUTELAR

Neste ponto, desde logo, cabe posicionar o processo penal enquanto direito constitucional aplicado,<sup>62</sup> nele reconhecendo a dupla função

“de um lado, tornar viável a aplicação da pena e, de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado”.<sup>63</sup>

Assim, em um Estado que consagra o princípio da presunção de inocência, o ideal seria que a privação da liberdade de locomoção do imputado somente fosse possível por força de uma prisão penal, ou seja, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Entretanto, entre a prática do delito e a obtenção do provimento jurisdicional definitivo, existe o risco de que certas ações do imputado comprometam a atuação jurisdicional ou de alguma forma afetem negativamente a eficácia da condenação. Daí a necessidade da invocação de medidas cautelares, como a prisão, a fim de atenuar esse risco.

A prisão cautelar (*carcer ad custodiam*)<sup>64</sup> é, por tal razão, autorizada pela própria Constituição Federal (especialmente, artigo 5º, incisos LXI e seguintes),

<sup>62</sup> DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Processual Penal**. 1.º volume. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 74: “Numa dupla dimensão, aliás: naquela, já caracterizada, derivada de os fundamentos do direito processual penal serem, simultaneamente, os alicerces constitucionais do Estado, e naquela outra resultante de a concreta regulamentação de singulares problemas processuais ser conformada jurídico-constitucionalmente”.

<sup>63</sup> LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 37.

podendo ser definida como aquela decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, com o objetivo, basicamente, de assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal, sendo a mais drástica medida pessoal em desfavor do agente imputado. Para KARAM, essa prisão, de natureza processual, tutela “os meios e os fins do processo penal de conhecimento, de modo a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada ao final e possibilitar a normalidade da instrução probatória”.<sup>65</sup>

A seguir, por serem essenciais ao tema, será abordada a questão da cautelaridade no processo penal, bem como os pressupostos e princípios a ela correlatos, os quais – registre-se – se aplicam a todas as medidas cautelares, inclusive à prisão processual.

### 1.2.1 Aspectos gerais sobre a tutela cautelar no processo penal

É de conhecimento geral que o tempo é inerente ao processo. Durante a tramitação processual, é intuitivo que se demandará um lapso temporal, dentro do qual é possível que existam ou apareçam alterações fáticas que possam comprometer o seu resultado final.

Justamente por ter conhecimento desta possibilidade é que o legislador processual prevê providências que tenham o condão de impedir que o processo, quando atinja o seu fim, seja inútil. Essas providências são conhecidas como medidas cautelares, as quais visam ao resguardo de um processo de conhecimento ou de execução, possibilitando-se uma prestação jurisdicional justa.

Os estudos de cautelaridade começaram a se desenvolver com estudos no processo civil, a partir, principalmente, do começo do século XX, sendo depois – não obstante as dificuldades e incorreções inerentes a essa transposição<sup>66</sup> – trazidos ao

---

<sup>64</sup> TOURINHO FILHO, **Fernando da Costa**. **Processo Penal**. Vol. 3, 33<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 445.

<sup>65</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Prisão e liberdade processuais**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 1, n. 2, abril.jun.1993, p. 83-93.

<sup>66</sup> Nesse sentido, NICOLITT, André. **Processo Penal Cautelar: Prisão e demais medidas cautelares**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 23. Também já identificava GOLDSCHMIDT que existe um sério problema no paralelismo entre processo civil e processo penal, principalmente quando se buscam categorias e definições do processo civil e pretende-se sua aplicação automática

processo penal, passando a influenciar a análise da prisão processual. Dentre diversos renomados autores italianos que se dedicaram ao tema, como Chiovenda e Carnelutti, destaca-se Piero CALAMANDREI, considerado o primeiro e grande sistematizador da doutrina sobre os provimentos cautelares. Como já observava o jurista florentino, os provimentos cautelares têm como objetivo imediato assegurar a eficácia do procedimento definitivo, tendo como características principais a provisoriedade e a instrumentalidade.<sup>67</sup>

Pela provisoriedade, como o próprio nome está a indicar, entende-se que o provimento cautelar possui vigência limitada no tempo, durando um período determinado ou, no máximo, até a sentença definitiva.

A instrumentalidade significa que as medidas cautelares visam a tutelar outros bens jurídicos e assegurar o cumprimento das medidas definitivas, não consistindo-se em um fim em si mesmas. Diz-se que essa instrumentalidade é hipotética, tendo em conta que ela pretende garantir um resultado futuro, e, por isso mesmo, incerto,<sup>68</sup> ou seja, a medida cautelar é concedida sempre à luz de uma provável hipótese de ser concedida a medida definitiva.

Como registra Paulo César BUSATO, não se admite, por ser absolutamente contraditório, uma cautelar que não se preste a garantir o provimento principal do processo, se sustentando em um fim em si mesma, numa “espécie de cautelar autossatisfativa”.<sup>69</sup>

Assim, conforme explica Romeu Pires de Campos BARROS, a “cautela”:

“É espécie de um gênero mais amplo: a tutela jurídica. Quando se fala de uma tutela cautelar, a referência é feita para indicar as características peculiares a essa modalidade de tutela, cuja função deriva da própria raiz etimológica da palavra: do latim *caveo*; estar em guarda. Ao passo que a tutela é sinônimo de proteção, defesa. Daí por que a atividade de tutela desenvolve-se em relação a um objeto, representado este pela coexistência humana, ou seja, a sociedade, importando na defesa da sociedade mediante o direito”.<sup>70</sup>

---

no processo penal, o que resulta em conceitos utilizados de maneira equivocada. (GOLDSCHIMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona, Bosh, 1935, p 8).

<sup>67</sup> CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos procedimentos cautelares**. Trad.: Carla Roberta Andreasi Bassi. Servanda: Campinas, 2000, p. 32-42.

<sup>68</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 266.

<sup>69</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas. 2013, 813.

<sup>70</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Atual. de Maria Elizabeth Queijo. Coord. de Ada Pellegrini Grinover. 2<sup>a</sup> ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 3.

A função da cautela, portanto, se assemelha com o de garantia, estando a indicar uma atividade que se desenvolve necessariamente em relação a um evento futuro, do qual é conceitualmente inseparável. Em sendo assim, opera fisiologicamente no futuro, enquanto a tutela repressiva desenvolve sua eficácia no passado.<sup>71</sup>

Além de instrumental e provisória, a medida cautelar é acessória, dependente de um processo principal, não possuindo existência autônoma, ou seja, o destino das medidas cautelares está estritamente ligado ao do processo que visa a proteger.<sup>72</sup>

Superadas essas linhas gerais, aplicáveis a todo provimento cautelar, não se pode perder de vista que o presente estudo é restrito à cautela penal. Neste terreno, do processo penal, o risco de prejuízo ou inutilidade do resultado final do processo pode ser trazido sobretudo pela liberdade do investigado ou acusado, que poderá comprometer interesses relevantes ao longo do curso processual, seja destruindo provas, ameaçando testemunhas, fugindo ou, ainda, insistindo na prática de delitos.<sup>73</sup>

Em decorrência, surge para o Estado um poder de cautela, o qual pode ser utilizado em face do imputado desde que haja a verificação de determinados pressupostos de fato e de direito.

O legislador estabeleceu as medidas cautelares no processo penal com o intuito de proteger bens jurídicos relevantes, seja para o processo (intraprocessuais) ou da sociedade (extra ou metaprocessuais),<sup>74</sup> sendo expressão da própria coerção estatal, em que, de acordo com a lei, são restringidas liberdades ou faculdades dos indivíduos, com o objetivo de alcançar determinado fim.

---

<sup>71</sup> LUCA, Giuseppe de. **Lineamenti della tutela cautelare penale**. Padova: Editora CEDAM, 1953, p. 9.

<sup>72</sup> Por tal razão, extinto o processo de conhecimento ou absolvido o réu, não há como se conservar a medida cautelar, seja ela qual for, nos próprios termos do artigo 386, parágrafo único do Código de Processo Penal.

<sup>73</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 23.

<sup>74</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 315.

Embora majoritariamente<sup>75</sup> se afirme não haver um processo penal cautelar autônomo, o fato é que, no direito processual penal, foram estabelecidas medidas que exercem e concretizam essa função cautelar.

Através das providências de cunho cautelar penal, interesses e direitos podem vir a ser sacrificados, em maior ou menor grau, sendo que “o grande problema das medidas cautelares consiste em que, se não adotada, corre-se o risco da impunidade; se adotada, corre-se o perigo da injustiça”.<sup>76</sup>

Essas medidas cautelares podem ser reais, relativas à prova e pessoais.<sup>77</sup>

As reais são aquelas que têm por escopo a reparação do dano ou a garantia do futuro perdimento do bem, tendo, assim, natureza assecuratória. Recaem sobre o patrimônio do acusado ou sobre o proveito do crime, sendo o caso do sequestro, do arresto e da hipoteca (artigos 125 e seguintes do Código de Processo Penal).

Providências relativas à prova são as que buscam protegê-la, impedindo a sua destruição ou perecimento ao longo do processo. O grande exemplo é a busca e apreensão (artigo 240 e seguintes do Código de Processo Penal), mas existem diversas outras, como a inserção da testemunha em programa de proteção (com

---

<sup>75</sup> Em verdade, a existência de um processo cautelar autônomo demandaria um estudo próprio, em razão de sua profundidade. De qualquer forma, cita-se a posição de alguns doutrinadores a respeito do tema. Pela ausência de autonomia: Renato Brasileiro de Lima (LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática**. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 3); Marcellus Polastri (POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 91); Afrânio Silva Jardim (JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 265); Andrey Borges de Mendonça (MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 26); e Rogério Lauria Tucci, para quem não existe propriamente um sistema cautelar, até porque sequer há, verdadeiramente, ações cautelares, mas apenas medidas cautelares, de diversas naturezas, espalhadas por todo o Código de Processo Penal (TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 107). Em sentido contrário, sustentando a existência de um processo cautelar penal autônomo: Luis Antonio Câmara (CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas Cautelares Pessoais: Prisão e liberdade provisória**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 93) e Romeu Pires de Campos Barros, o qual afirmava que “Cumprir observar que a cautela processual penal desenvolve uma função instrumental com relação ao direito e ao processo principal, necessitando, por isso mesmo, de um procedimento para atuar” (BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Atual. de Maria Elizabeth Queijo. Coord. de Ada Pellegrini Grinover. 2ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 4).

<sup>76</sup> ARAGONESES, Pedro. **Instituciones de derecho procesal penal**. Madrid: Rubi, 1981, p. 258 *apud* CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar – Dramas, Princípios e Alternativas**. 4a ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 21.

<sup>77</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 297.

previsão na Lei 9.807/99) e a produção antecipada de prova testemunhal (artigo 225 do Código de Processo Penal).

Já as medidas cautelares de natureza pessoal são aquelas medidas restritivas ou privativas da liberdade de locomoção, tomadas contra o investigado ou acusado durante as investigações ou no curso do processo, com o objetivo de acautelar seu resultado, mesmo diante do sacrifício, em diferentes gradações de intensidade, da liberdade do sujeito passivo da cautela. São as prisões cautelares (prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva), as medidas cautelares diversas da prisão, previstas principalmente no artigo 319 do Código de Processo Penal, e a liberdade provisória,<sup>78</sup> comumente chamada de medida de contracautela.<sup>79</sup>

#### 1.2.1.1 Pressupostos cautelares

A adoção de medidas cautelares exige que seja demonstrada a existência de pressupostos que se manifestam de dupla forma, sendo a primeira delas de natureza probatória e a segunda de natureza propriamente cautelar. Nas palavras de Luiz Antonio CÂMARA:

“Para legitimar a medida constrictiva devem existir pressupostos probatórios (referindo-se à prova do delito e à prova da autoria) e outros, de natureza cautelar (referenciados à instrumentalidade da medida com fulcro em um ou mais dos casos legalmente tipificados). Adotando terminologia própria, a doutrina processual penal estrangeira chama ditos pressupostos de *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, respectivamente. (...) Somente a integração do elemento probatório incompleto com um elemento cautelar, isto é, com um fato significativo da exigência de prover os fins de garantia de efetividade da jurisdição, pode legitimar a adoção da medida de cautela”.<sup>80</sup>

<sup>78</sup> Rogério Schietti Cruz critica o adjetivo provisória acrescido ao vocábulo liberdade, vez que denota uma ideia de excepcionalidade da liberdade, quando, na verdade, a exceção é a prisão. Segundo ele, o uso do termo “provisória” se justificaria no sistema original do Código Processual Penal, quando a prisão em flagrante autorizava um juízo de antecipação da responsabilidade penal, de modo a caracterizar a liberdade de meramente provisória. Arremata o autor no sentido de que “Nada mudou, nesse aspecto, na reforma legislativa de 2011, porquanto a Lei n. 12.403/2011 continua a empregar tal expressão com significado equívoco.” (CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar – Dramas, Princípios e Alternativas**. 4a ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 104).

<sup>79</sup> POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 31.

<sup>80</sup> CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas Cautelares Pessoais: Prisão e liberdade provisória**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 117.

Assim, como espécies de provimentos de natureza cautelar, todas as medidas cautelares pessoais devem ter presentes, de forma simultânea, dois pressupostos essenciais, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*<sup>81</sup>, mais chamados pela doutrina processualista penal, como visto no excerto acima, de *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*. De qualquer forma, independentemente das variações terminológicas, o que realmente se afigura essencial é, como salienta SCHIETTI CRUZ, identificar qual o tipo de urgência ou de exigência cautelar que justifica a adoção das medidas cautelares previstas na legislação processual penal.<sup>82</sup>

O *fumus comissi delicti* está relacionado à plausibilidade e à expectativa legítima do direito de punir<sup>83</sup> diante da existência de um fato criminoso,<sup>84</sup> isto é, há um “bom direito” na pretensão de condenar quem cometeu o crime.

No ponto, cumpre observar que apesar de o art. 282 do CPP não exigir expressamente a presença do *fumus comissi delicti* para adoção das medidas cautelares diversas da prisão, não se pode perder de vista que se está diante de um provimento de natureza cautelar, demandando, dessa forma, para sua fixação, a presença de indícios fundados de autoria e prova da existência material do crime, presentes explicitamente no artigo 312, o qual trata da prisão preventiva.

Feita essa ressalva, pode-se dizer que a lei exige, portanto, um juízo de certeza<sup>85</sup> quanto à materialidade delitiva, a qual deve estar estampada quando da decretação da medida, seja através do exame de corpo de delito nos crimes que

<sup>81</sup> CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos procedimentos cautelares**. Trad.: Carla Roberta Andreasi Bassi. Servanda: Campinas, 2000.

<sup>82</sup> CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar – Dramas, Princípios e Alternativas**. 4a ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 237.

<sup>83</sup> No ponto, válida a advertência de BUSATO, no sentido de que, na realidade, “não existe um *direito* de punir, posto que não é o *Estado* quem exige nada para si. São os demais indivíduos que *exigem* como direito *seu* que o Estado empregue o mecanismo de controle social do Direito penal. Assim, para o Estado remanesce somente um *dever* de punir e jamais um *direito*. (BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas. 2013, p. 19).

<sup>84</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática**. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 40.

<sup>85</sup> É válido ressaltar que enxerga-se um problema possível, pouco atentado pela doutrina, com a noção de certeza do crime, considerando a possibilidade de contaminação do julgador. Melhor explicando, é certo que não basta qualquer indício da existência material do delito para o decreto prisional, mas nesse momento processual não há que se falar em certeza, tendo em vista que, ao se exigirem indícios fundados, não obstante ser mais fácil prender, gera-se menor risco do julgador se vincular ao fato de ter prendido.

deixam vestígios, ou por outros meios de provas (mesmo que testemunhal) nos demais delitos ou quando desaparecidos os vestígios (corpo de delito indireto).

No que tange à autoria, estabeleceu-se o critério da suficiência indiciária.<sup>86</sup> Não se exige, assim, uma cognição profunda, uma certeza de que aquele agente cometeu o delito. O texto legal reclama um prognóstico positivo<sup>87</sup> de que se trata do autor do crime para a decretação da cautelar.<sup>88</sup> Essa prognose cautelar refere-se à aferição da culpabilidade do agente, buscando impedir que se prenda alguém com maiores chances ser absolvido ao final.

Isto é, o juiz para determinar a providência cautelar não precisa dispor de prova inequívoca da culpabilidade do sujeito, mas deve, diante de elementos consistentes de que dispõe, ser, essa prova, de tal grau a formular um juízo cuidadoso de probabilidade dessa futura responsabilização.

Assim, diante do altíssimo custo que representa a decretação de uma cautelar pessoal, especialmente da prisão, não é suficiente o mero juízo de possibilidade, tendo em conta que, segundo CARNELUTTI, existe possibilidade em lugar de probabilidade quando as razões favoráveis ou contrárias à hipótese são equivalentes, sem predomínio das razões positivas sobre as razões negativas ou vice-versa.<sup>89</sup> Por exemplo, não podem existir, no mesmo nível de aparência de que a conduta é típica, ilícita e culpável, causas de exclusão da antijuridicidade<sup>90</sup> ou da culpabilidade.

Sendo assim, tem-se no *fumus commissi delicti* o requisito para a fixação da medida cautelar penal.

---

<sup>86</sup> Até mesmo porque, como bem registra Antônio Magalhães Gomes Filho, não pode ser uma conclusão peremptória, a ponto de revelar um prejulgamento da causa (FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 187).

<sup>87</sup> FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 223.

<sup>88</sup> Como sintetiza Renato Brasileiro de Lima, quanto à materialidade é necessário que haja prova, isto é, certeza de que o fato delituoso existiu. Já no tocante à autoria delitiva, não se exige que o juiz tenha certeza, bastando que haja elementos probatórios que permitam afirmar a existência de indício suficiente, isto é, probabilidade de autoria, no momento da decisão, sendo a expressão indício utilizada no sentido de prova semiplena. (LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática**. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 265).

<sup>89</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el Proceso Penal**, Trad. Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Bosh, v. 2, 1950, p. 181-182.

<sup>90</sup> O próprio art. 314 do CPP enuncia que havendo plausibilidade de que o agente praticou o fato justificado em causa de exclusão de ilicitude, não pode ser imposta a prisão preventiva.

Já o *periculum libertatis* refere-se à demonstração de que a medida pleiteada é urgente e necessária para evitar um perigo a algum bem jurídico relevante para o processo ou para a sociedade.<sup>91</sup> Assim, o fator determinante para a aplicação das medidas cautelares pessoais decorre da própria liberdade irrestrita do sujeito, diante de uma real situação de perigo por ele provocada.<sup>92</sup>

Esse pressuposto se configura no *fundamento* da medida cautelar consubstanciado nas hipóteses destinadas à tutela da investigação ou do processo perante uma situação de ameaça ao seu normal desenvolvimento.

Relaciona-se a situações fáticas previstas expressamente no art. 282, inciso I e no art. 312, ambos do Código de Processo Penal,<sup>93</sup> cuja tutela se faz necessária, sendo que ao menos uma delas deve estar presente para que a prisão preventiva possa ser decretada. Aqui, portanto, procede-se a um juízo de necessidade da imposição da medida.

O *periculum libertatis* deve estar identificado em qualquer medida cautelar – seja privativa de liberdade, seja restritiva de direitos – sob pena de aquela configurar-se em antecipação de pena. Com efeito, os fundamentos que antes se aplicavam apenas para a prisão preventiva (art. 312, do Código de Processo Penal), agora, com a previsão do art. 282, inciso do Código de Processo Penal, são ampliados para toda e qualquer medida cautelar pessoal. Muda-se apenas o grau de lesividade, mas as finalidades são as mesmas.

Esses fundamentos são alternativos, isto é, para que a medida cautelar seja fixada, não é preciso que existam no caso, de forma concomitante ou cumulativa, todos esses motivos, bastando a ocorrência de apenas um deles para que a exigência legal seja preenchida. Claro que a presença de dois ou mais fundamentos confere ainda mais legitimidade à decretação, devendo o juiz consignar todos na decisão.

---

<sup>91</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 30.

<sup>92</sup> Como assenta CORDERO, “*Anzitutto, dev'essere un concreto pericolo*”. (CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. 4 ed. Milão: Giuffrè, 1998, p. 466).

<sup>93</sup> Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.

Sobre sua verificação, como explica MENDONÇA, “o modelo de constatação parece ser o da prova clara e convincente, com a ressalva de que não se pode exigir certeza sobre a ocorrência de fatos futuros”.<sup>94</sup> Com efeito, também quanto ao *periculum libertatis*, não há como se exigir prova plena relativa ao perigo de dano futuro, tendo em vista que não há como se ter convicção de que, por exemplo, o agente fugirá ou praticará novos crimes. “O juízo será *delibativo* e não definitivo”.<sup>95</sup>

### 1.2.1.2 Princípios reitores das medidas cautelares pessoais penais

Assentadas noções essenciais para a compreensão da sistemática cautelar, especialmente no campo processual penal, cumpre-se examinar os mais importantes princípios aplicáveis à cautelar pessoal penal.

Desde logo, é preciso frisar que além dos princípios elencados, há diversos outros, regentes de todo o processo penal, os quais também são aplicáveis às medidas cautelares, como, por exemplo, os princípios da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal e do contraditório. Contudo, procedendo-se a um necessário corte temático, optou-se por limitar o debate a princípios com aplicação mais estreita e direta com a sistemática cautelar, elegendo-se aqueles mais recorrentes na doutrina.

Isso exposto, desde a definição de princípios fundamentais enquanto os critérios ou diretrizes basilares do ordenamento, sendo linhas mestras de acordo com as quais se deverá guiar o intérprete,<sup>96</sup> importa resguardar a centralidade dessas normas aplicáveis quando se trata de uma das mais violenta modalidades de intervenção do Estado na esfera de direitos individuais do cidadão, que é o cerceamento de sua liberdade.

---

<sup>94</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011**: Análise de acordo com os modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos. 2ª ed. São Paulo: Juspodium, 2017, p. 314. No mesmo sentido, BADARÓ, que ressalta que “Há consenso de que a tutela cautelar não é prestada com base em uma certeza judicial. Em razão do caráter urgente da medida, a doutrina ressalta que, nos processos e nas medidas cautelares, o juiz exerce uma cognição sumária.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 418).

<sup>95</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; FISHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 5 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo. Atlas, 2013, p. 646.

<sup>96</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 102.

Assim, enquanto garantias,<sup>97</sup> com o primordial escopo de se estabelecer limitação em relação às medidas de coerção pessoal, tais princípios deverão ser observados quando da análise da adoção de toda providência cautelar.

#### 1.2.1.2.1 Princípio da presunção de inocência

Pode-se afirmar que um dos mais relevantes alicerces das discussões científicas sobre a adoção de medidas cautelares em face do agente investigado ou processado é a sua relação com a presunção de inocência,<sup>98</sup> enquanto direito fundamental.

Cesare BECCARIA, em sua obra *Dos delitos e das penas*, já no século XVIII, ensinava que “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”.<sup>99</sup>

A presunção de inocência é “fruto da evolução civilizatória do processo penal”,<sup>100</sup> desdobramento do princípio de submissão à jurisdição, na medida em que esta significa a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu

<sup>97</sup> Como aponta FERRAJOLI, garantias “não são outra coisa senão a técnica voltada para minimizar a violência e o poder punitivo, ou seja, para reduzir ao máximo possível a previsão do delito, o arbítrio dos juízes e a aflição da pena” (FERRAJOLI, Luigi. **A pena em uma sociedade democrática**. In: Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002. p. 32).

<sup>98</sup> Ao analisar o termo, Maurício Zanoide de Moraes explica que: “'Presunção' vem do latim *praesumptio, onis*, cujo verbo é *praesumere*, significando antecipar, tomar antes ou primeiro, prever, imaginar antes. Resulta da combinação do verbo “*sum, es, fui, esse*” – cujo significado é, entre outros, acontecer, existir, suceder, valer – com o prefixo “*prae*”, que indica prioridade no tempo e no espaço e, ainda, anterioridade. Sua origem latina, portanto, indica ser a presunção uma forma de se tomar, antecipadamente, algo que ainda não aconteceu ou que se prevê provável de acontecer. Há um juízo antecipado, uma pré-concepção de que algo deve ser tratado ou concebido de determinada maneira. (...). 'Inocência' advém do termo latino “*innocentia, ae*”, cujos significados também podem ser múltiplos, quase todos em acepção vulgar ou religiosa do termo. Inocência pode ser, em sentido vulgar: inteireza ou simplicidade de costumes; candidez, virgindade, ausência de malícia, pureza, desinteresse ou ingenuidade. No campo religioso, é a qualidade de quem nunca pecou e ignora o mal. (...) Inocência é, essencialmente, um atributo, uma qualidade ou uma característica positiva do 'ser humano'” (MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 83-89).

<sup>99</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Lúcia Guidicini, Alessandro Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 69.

<sup>100</sup> LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 587.

um crime e sem seu cumprimento “nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido à pena.”<sup>101</sup>

Para FERRAJOLI, a presunção de inocência constitui um “corolário lógico do fim racional consignado ao processo (...), a primeira e fundamental garantia que o procedimento assegura ao cidadão (...)”.<sup>102</sup>

Como explica LOPES JR, valendo-se da ancestral lição de James GOLDSCHIMIDT,<sup>103</sup> “se o processo penal é o termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de uma Constituição, a presunção de inocência é o ponto de maior embate entre eles”,<sup>104</sup> sendo ela direito consagrado nos diplomas tidos como as maiores conquistas da humanidade em termos legislativos ou regulatórios – como na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (art. 9º), na Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU de 1948 (art. 11.1) e na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (art. 8º, §2º).

No ordenamento brasileiro, como já se teve a oportunidade de anotar, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, a presunção de inocência só existia de forma implícita, fruto da cláusula do devido processo legal.<sup>105</sup>

Com a CF/88, o princípio passou a constar expressamente no art. 5º, consistindo em direito fundamental do cidadão,<sup>106</sup> reconhecendo explicitamente, com essa opção ideológica – de presumir a inocência –, o alto preço da restrição ou supressão prematura da liberdade do investigado ou do réu. Essa opção clara e destacada feita pelos constituintes, ao proclamar este princípio

<sup>101</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: RT, 2014, p. 441. Segundo o mestre italiano, o princípio da presunção de inocência é um princípio fundamental de civilidade, decorrente de uma opção protetora do indivíduo.

<sup>102</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: RT, 2014, p. 505.

<sup>103</sup> “*Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución. Partiendo de esta experiencia, la ciencia procesal ha desarrollado un número de principios opuestos constitutivos del proceso. La mutua lucha de los mismos, el triunfo ya del uno, ya del otro, o su fusión, caracterizan la historia del proceso. El predominio de uno o otro de estos principios opuestos em el Derecho vigente, no es tampoco más que el tránsito del Derecho del pasado al Derecho del futuro.*” (GOLDSCHIMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Barcelona: Bosh, 1935, p. 67).

<sup>104</sup> LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015., p. 587.

<sup>105</sup> Nesse sentido: STF, 1ª Turma, HC n. 67.707/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14/08/1992.

<sup>106</sup> CF, art. 5º, inciso LVII – “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

“representa uma escolha evidente por uma concepção de processo penal em que a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana são tidas como valores centrais do sistema”.<sup>107</sup>

Devido à redação do princípio conforme disposta no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal,<sup>108</sup> interpretação conservadora afirma ser ele meramente presunção de não-culpabilidade, traduzindo sentido puramente técnico referente à necessidade de prova no momento da sentença. Reduz-se o princípio, desta forma, à máxima do *in dubio pro reo*, o que não se coaduna com o conteúdo político a ele inerente, o qual remonta a um estado de ânimo frente ao acusado e uma *norma de comportamento* que deve informar todo o processo penal.

É claro que por força da regra probatória nela contida, a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado para além de qualquer dúvida razoável, e não este provar sua inocência. “Em outras palavras, recai exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar que o acusado praticou o fato delituoso que lhe foi imputado na peça acusatória”.<sup>109</sup>

Contudo, a presunção de inocência se impõe não apenas como regra probatória, mas, também, e de modo ainda mais relevante, como regra de tratamento do suspeito, indiciado ou acusado,<sup>110</sup> buscando garantir, no âmbito da justiça criminal, a igualdade do cidadão no confronto com o poder punitivo, através de um *processo justo*.<sup>111</sup>

---

<sup>107</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de Inocência e prisão cautelar**, p. 65. De acordo com o autor, isso exprime uma concepção de processo penal totalmente diversa daquela que presidiu a elaboração do CPP e de suas alterações.

<sup>108</sup> De forma diversa dos tratados internacionais que prevêm a presunção de inocência, percebe-se que o texto constitucional, em nenhum momento utiliza as expressões inocente ou inocência, e, por conta dessa diversidade terminológica, é que o preceito passou a ser denominado por parte da doutrina como presunção de não culpabilidade.

<sup>109</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática**. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 15.

<sup>110</sup> “Diz-me como tratas o arguido, dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o instituiu (FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra editora, 1. vol., 1984, p. 428.).

<sup>111</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de Inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 35-37. Com efeito, como destaca MORAES, isso não pode ser encarado como uma vantagem ao investigado ou acusado, mas como uma proposição de “Equilíbrio, no sentido de que a persecução penal, iniciada e em desenvolvimento, já teve seu início e desenvolvimento autorizados pelo ordenamento para a verificação de qualquer violação de comportamento do cidadão” (MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 352).

Assim, por ser inerente ao Estado Constitucional e à democracia plena, a presunção de inocência impõe a prevalência da liberdade. De fato, a liberdade e a presunção de inocência são premissas que só podem ser limitadas em situações excepcionais, obedecidas todas as exigências constitucional e legalmente previstas, sendo que “a liberdade no curso persecutório deve ser a normalidade”.<sup>112</sup>

Até porque – deve-se reconhecer – na, verdade, a defesa do direito de *um indivíduo* (e o reconhecimento de suas garantias enquanto cidadão) significa a defesa dos direitos e das garantias de *todos*, pois “se trata de estabelecer, democraticamente, as *regras de um jogo* do qual *todos* participam”.<sup>113</sup>

De qualquer modo, não obstante sua relevância ímpar, o princípio da presunção de inocência não proíbe a adoção de medidas cautelares de natureza pessoal,<sup>114</sup> contanto que por razões excepcionais e tendentes a garantir a efetividade do processo. Como bem registra J. J. Gomes CANOTILHO, se o princípio for visto de uma forma radical, nenhuma medida cautelar poderá ser aplicada ao acusado, o que, sem dúvida acabará por inviabilizar o processo penal.<sup>115</sup>

Com efeito, o art. 5º, inciso LVII da Lei Maior não impossibilita a fixação de medidas cautelares pessoais antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.<sup>116</sup> O permissivo, aliás, também decorre da própria Constituição, no art. 5º, inciso LXI, sendo possível compactuar os dois dispositivos constitucionais e os direitos conflitantes, sob a condição de que a medida, seja ela qual for, não perca seu caráter excepcional, sua qualidade instrumental, e se mostre, com base empírica idônea, necessária à luz do caso concreto.

É, ainda, comumente utilizado o argumento de que a providência cautelar, desde que se conserve como instrumento do instrumento – de modo a servir ao

---

<sup>112</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 352.

<sup>113</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A crise da segurança pública no Brasil. In **Garantias constitucionais e processo penal**. Org. Gilson Bonato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 182-183.

<sup>114</sup> Nesse sentido, RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 26.

<sup>115</sup> CANOTILHO, J. J., Gomes. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 1993, p. 203.

<sup>116</sup> Esse é o entendimento há muito tempo consagrado nos tribunais superiores, sendo emblemático o enunciado 9 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência” (DJ 1209.1990).

processo e a seus fins, e não às funções da pena<sup>117</sup> –, se coaduna com a presunção de inocência.<sup>118</sup>

Ademais, prevalece que nenhum direito fundamental é absoluto, tampouco o é o da presunção de inocência.<sup>119</sup> Ele possui natureza *iuris tantum*, o que, por certo, não lhe retira a necessidade de ser aplicado na maior medida possível.<sup>120</sup>

Por fim, mostra-se importante destacar – a fim de demonstrar essa grande aceitação da coexistência de princípio da presunção de inocência e provimento cautelar – que diversos tratados internacionais de direitos humanos, e que consagram o princípio em comento, versam também sobre as medidas cautelares pessoais, inclusive a prisão, para admiti-las de forma excepcional e restrita. Como exemplos, citam-se o art. 7º, da Comissão Americana de Direitos Humanos e o art. 5º, inciso I da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

#### 1.2.1.2.2 Princípio da legalidade

---

<sup>117</sup> De acordo com Andrey Borges de Mendonça, “a prisão processual somente não viola o princípio da presunção de inocência se for decretada de maneira excepcional e sempre com caráter cautelar, para proteção dos fins do processo penal (...)” (MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 36-37).

<sup>118</sup> Conforme expõem PRADO e SANTOS, Enrico Ferri, Giuseppe Bettiol e, principalmente, Vincenzo Manzini, “fizeram críticas à presunção de inocência, sendo que Manzini, apoiado no pensamento de Raffaele Garofalo, pugnou pelo aprisionamento preventivo adotando funções não cautelares e sim de prevenção. Para isso, ou seja, para essa mudança, a presunção da inocência deveria ser rompida” (PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Prezzi Santos. **Prisão preventiva: a contramão da modernidade**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 189).

<sup>119</sup> No ponto, importante destacar que o STF, recentemente, deu interpretação mais restrita à presunção de inocência do que preconizava a sua jurisprudência anterior (delineada em 2009, através do HC 84.078). Passou-se a interpretar de forma diversa o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. De fato, com o julgamento, na data de 17/02/2016, do HC 126292, o pleno do tribunal decidiu que a presunção de inocência não é incompatível com a execução provisória da sentença, após a condenação em segunda instância. Entendeu-se, entre outros argumentos, que não haveria violação ao núcleo essencial do princípio, pois a execução provisória seria “mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado”, e que “a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes”.

<sup>120</sup> Aqui, importante trazer a definição de Robert Dworkin sobre os princípios. Segundo o autor norte-americano, eles são normas dotadas de uma “dimensão de peso” (*dimension of weight*) ou importância, não determinando de maneira absoluta a decisão, mas sim conferindo fundamentos que nela devem ser levados em conta. Na hipótese de colisão com outro princípio, um deles prevalecerá sobre o outro, sem que isso mitigue a validade do princípio que teve sua eficácia diminuída. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 39-42).

Ante sua importância num Estado Democrático de Direito, que tem a liberdade com um de seus principais pilares, o princípio da legalidade assume papel essencial, de elevado destaque. Por conta disso, tal princípio encontra-se estampado já no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira, o qual estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Sobre o tema, leciona BUSATO que

“(…) A organização fundamental do modelo de Estado composto a partir do modelo constitucional se dá através de um postulado básico: a submissão à regra da lei.

Esse princípio condiciona a atuação do Estado durante todo o processo criminal impondo-lhe, antes de tudo, um limite formal que é a necessidade de pautar sua intervenção pelo mecanismo legislativo. Assim, tanto os delitos quanto as penas, os procedimentos de atribuição de responsabilidade e da forma de cumprimento dos castigos, devem resultar todos submetidos à lei. As exigências que derivam da *lex previa*, *lex scripta*, *lex stricta* e da *lex certa* constituem um conjunto prévio de limites contrapostos à vocação arbitrária do Estado”.<sup>121</sup>

Nas medidas cautelares, o princípio da legalidade estabelece que todas as formalidades legais – como, por exemplo, as inerentes à prisão em flagrante, desde a detenção até a lavratura do auto de prisão em flagrante – devem ser obedecidas quando da consecução do ato determinado.

Além disso – e mais importante sob o enfoque ora proposto – a legalidade impõe que todas as medidas cautelares aplicadas sejam expressamente previstas em lei, ou seja, só é possível se determinar uma providência cautelar se houver uma hipótese legal explícita que a autorize.

Com efeito, inexistem<sup>122</sup> medidas cautelares fora das previstas na legislação processual penal.<sup>123</sup> Como se verá, o sistema cautelar brasileiro era bastante pobre

<sup>121</sup> BUSATO, Paulo César. Direito Penal. Parte Geral. São Paulo: Atlas. 2013, p. 27-28.

<sup>122</sup> Em sentido diverso, Renato Brasileiro de Lima entende que as medidas cautelares alternativas à prisão, previstas pelo artigo 319 do CPP, não são taxativas, argumentando que “a legalidade, na sua função de garantia, impede que se imponha uma medida restritiva de direito fundamental mais gravosa que não tenha previsão legal. Entretanto, considerando sua função precípua de garantia de direitos fundamentais, ela autoriza, para cumprir tal função a alternatividade e a redutibilidade das medidas cautelares, objetivando uma medida alternativa menos gravosa (LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**: Doutrina, Jurisprudência e Prática. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 416). Com o mesmo entendimento, Marcellus Polastri explicita que “é de se considerar o Poder Geral de Cautela, como já visto, é previsto na lei processual civil, e o Código de Processo Penal admite a

até o advento da Lei 12.403 de 2011, resumindo-se a prisão cautelar ou liberdade provisória. Diante disso, passaram a surgir decisões judiciais revogando a prisão cautelar, mas impondo determinadas condições ao imputado, como, por exemplo, a entrega de passaporte.<sup>124</sup> Essas decisões eram fundadas no poder geral de cautela do juiz,<sup>125</sup> instituto importado – como ocorre na maioria das vezes – de forma indevida do Processo Civil.

A situação mudou com a consagração das medidas cautelares diversas no CPP, contudo, a não permissão de utilização de medidas atípicas permanece. Como ensina Aury Lopes Júnior, “no processo penal, forma é garantia”,<sup>126</sup> considerando que as medidas cautelares, reais ou pessoais, implicam em diminuição da amplitude de direitos fundamentais do agente.

Exige-se a observância, destarte, do que o mencionado autor chama de *tipo processual*,<sup>127</sup> o qual reivindica obediência estrita ao princípio da legalidade,<sup>128</sup> em sua dimensão da taxatividade, não se tolerando analogias.

Sobre o tema, afirma PACELLI que:

“A admissão de cautelares não previstas em lei pode abrir um perigoso leque de alternativas ao magistrado, dificultando, sobremaneira, o controle

---

aplicação da analogia e dos princípios gerais do Direito (art. 3º do CPP) (...). (POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 84).

<sup>123</sup> Diz-se legislação processual penal porque há outras medidas, fora do CPP, expressamente previstas em lei e, portanto, válidas. Cita-se, como exemplo, o artigo 294, do Código de Trânsito Brasileiro, o qual enuncia que “*Em qualquer fase da investigação ou da ação penal, havendo necessidade para a garantia da ordem pública, poderá o juiz, como medida cautelar, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação da autoridade policial, decretar, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção*”.

<sup>124</sup> Antes da edição da nova lei, os tribunais superiores ora entendiam pelo cabimento, ora entendiam pelo não cabimento da adoção de medidas cautelares atípicas. Pela inadmissibilidade: STJ, 5ª Turma, HC n. 42.994/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 21/11/2005. Pela admissibilidade: STF: 2ª Turma, HC n. 94.147/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 107 12/06/2008.

<sup>125</sup> Sucintamente, pode-se dizer que o poder geral de cautela é um poder atribuído ao Estado-Juiz, destinado a possibilitar a concessão de medidas cautelares não descritas na lei, toda vez que nenhuma medida por ela compreendida se mostrar adequada ou suficiente para proteger, no caso específico, a efetividade do processo principal.

<sup>126</sup> LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 592. Na mesma linha, BADARÓ, que rejeita o emprego de medidas cautelares não expressamente previstas em lei, ante o princípio da taxatividade das medidas cautelares pessoais, de modo a evitar a arbitrariedade e o casuísmo, dando-se total transparência às regras do jogo (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012. p. 710).

<sup>127</sup> LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 592.

<sup>128</sup> CF, art. 5º, inciso II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

de sua pertinência e oportunidade, ficando em mãos do magistrado de primeiro grau a escolha de providências cujo controle de pertinência e de adequação (além da proporcionalidade) seria muito mais difícil (...) em tema de restrições de direitos individuais, o critério da legalidade garante um controle mais eficaz de sua racionalidade e validade (...).<sup>129</sup>

No mesmo sentido, GOMES FILHO:

“Assim, em primeiro lugar, não se pode cogitar em matéria criminal de um poder geral de cautela, em virtude do qual o juiz possa impor ao acusado restrições não previstas expressamente pelo legislador, como sucede no âmbito da jurisdição civil. Tratando-se, sobretudo, de limitação da liberdade, é indispensável expressa permissão legal para tanto, pois o princípio da legalidade dos delitos e das penas não diz respeito apenas ao momento da cominação, mas à legalidade da inteira repressão, que põe em jogo a liberdade da pessoa desde os momentos iniciais do processo até a execução da pena imposta”.<sup>130</sup>

Desse modo, por meio do princípio da legalidade, a lei processual deve tipificar tanto as condições de aplicação, como o conteúdo das intromissões do Poder Público no âmbito dos direitos fundamentais do cidadão, dentre eles, a liberdade.

#### 1.2.1.2.3 Princípio da provisoriedade

Como já asseverado, as medidas cautelares não servem a um fim em si mesmas, destinando-se a tutelar e assegurar o processo ou seus fins, enquanto houver perigo para os bens jurídicos protegidos, ou seja, seus efeitos “persistem enquanto não emana do Judiciário a providência jurisdicional que ela procura garantir ou tutelar”.<sup>131</sup>

Nas palavras de POLASTRI,

<sup>129</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 16<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 516.

<sup>130</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais**. In: **Medidas Cautelares no Processo Penal**: Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. Org. Og Fernandes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 18.

<sup>131</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol. IV; Rio de Janeiro: Forense. 1965, p. 14.

“A duração da tutela cautelar é provisória, se justificando por uma situação de emergência, e, assim, deixa de vigorar quando advém a decisão no Processo Principal ou qualquer motivo que a torne desnecessária”.<sup>132</sup>

Diante dessa constatação, dentre os diversos princípios que regem as medidas cautelares, se destaca o da provisoriedade, também chamado por alguns doutrinadores de precariedade.<sup>133</sup> Este princípio está relacionado ao fator tempo, de modo que toda providência cautelar precisa ter curta duração, ser passageira, não podendo assumir traços de pena antecipada.

Como assevera MENDONÇA, a provisoriedade das medidas advém do próprio princípio da proporcionalidade, uma vez que não é possível se admitir que uma privação excepcional se mostre sem limites no tempo, principalmente em razão de estar a se tratar de réus que são presumivelmente inocentes.<sup>134</sup> Na mesma linha, CÂMARA, defende que

“as medidas cautelares, porque impostas a acusado presumidamente inocente, não podem ultrapassar o limite comunitariamente suportável, o que ganha particular expressão quando as medidas se protelam no tempo para além do razoável”.<sup>135</sup>

E é justamente nesse ponto que é tecida uma das mais ferozes críticas ao instituto jurídico da prisão preventiva no ordenamento brasileiro. Diferentemente de diversas legislações estrangeiras,<sup>136</sup> impera a absoluta indeterminação a respeito da

<sup>132</sup> POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 84

<sup>133</sup> Nesse sentido, CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas Cautelares Pessoais: Prisão e liberdade provisória**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 115.

<sup>134</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 74.

<sup>135</sup> CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas Cautelares Pessoais: Prisão e liberdade provisória**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 115.

<sup>136</sup> Exemplificativamente, o atual *Codice di Procedura Penale* italiano, nos artigos 303 a 308, apresenta um complexo sistema de duração da medida (*Termini di durata massima della custodia cautelare*), em que se utiliza o critério de quantidade de pena abstratamente cominada para determinar o tempo máximo de duração da prisão cautelar, fixando-se que como prazo máximo para a custódia cautelar o patamar de 2/3 da pena máxima prevista para o delito. A legislação espanhola também faz referência ao tempo da prisão processual. Naquele país, o art. 17.4 da Constituição dispõe que por lei se deve determinar o prazo máximo de duração da prisão provisória, estando o regramento desse dispositivo constitucional no art. 504 da LECrim, que disciplina o prazo máximo de duração dessa medida cautelar, levando em conta a pena cominada em abstrato pelo tipo penal. Ainda, se a prisão cautelar for determinada para a proteção da prova (nossa “para conveniência da instrução processual”), não poderá se estender para mais de seis meses.

duração dessa medida cautelar pessoal, não sendo minimamente regulamentada a matéria.

Desse modo, o sujeito preso preventivamente pode ficar recluso por longos períodos, submetido à análise discricionária do juiz ou tribunal acerca da conservação da necessidade da custódia. Segundo WEDY, o traço mais cruel da inobservância da provisoriedade refere-se ao fato de que “Quanto mais tempo o sujeito passivo da prisão padece no cárcere, mais estigmatizado fica e maior é a influência desse estigma na psique do julgador”.<sup>137</sup>

Diversos foram os abusos cometidos ao longo dos anos em razão dessa indefinição, havendo subversão da natureza provisória da providência cautelar

“em inaceitável antecipação executória da própria sanção penal, violando não só o princípio da presunção de inocência, como também o direito à razoável duração do processo”.<sup>138</sup>

Anote-se que a Constituição Federal em 2004, por meio da Emenda Constitucional nº 45, passou a prever de forma expressa, no inciso LXXVIII do art.5º, que “a todos, no âmbito judicial de administrativo, são assegurados, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. É claro que esse direito à razoabilidade na duração do processo não pode fazer com que se busque uma celeridade a qualquer custo, de modo que tal agilidade deve ser perquirida com observância das diversas garantias processuais, como a ampla defesa.<sup>139</sup>

Assim, diante desse cenário de indeterminação, várias foram as tentativas de se elaborar um critério a respeito do tempo da preventiva. Com efeito, ao longo da tramitação do PL 4208, buscou-se fixar prazo certo de sua duração,<sup>140</sup> mas o

<sup>137</sup> WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e Prisões Cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 69.

<sup>138</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**, 2 ed. Niterói. Impetus: 2012, p. 288.

<sup>139</sup> Nesse sentido: LOPES Jr, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro. Lumen Juris: 2006, p. 44.

<sup>140</sup> Seria o art. 315-A do CPP, o qual trazia a previsão de que “a prisão preventiva terá duração máxima de 180 dias em cada grau de jurisdição, exceto quando o investigado ou acusado tiver dado causa à demora”.

dispositivo foi vetado na Lei 12.403, perdendo-se a chance de se colocar um fim a esse problema histórico.

Também a jurisprudência tentou, ao longo do tempo, construir limites globais a partir da soma dos prazos que compunham o procedimento aplicável ao caso. De forma breve, delineou-se que “se superados os tais 81 dias o imputado continuasse preso, e o procedimento (ordinário) não estivesse concluído (leia-se: sentença de 1º grau), haveria 'excesso de prazo', remediável via *habeas corpus*”.<sup>141</sup>

Até cogitou-se, na jurisprudência,<sup>142</sup> em considerar os prazos de forma isolada, como os 5 (cinco) dias para denúncia em caso de réu preso, mas essa posição não teve muita aceitação nos tribunais.

Ademais, a Lei 11.719 de 2008 previu prazos para a realização da audiência de instrução e julgamento de, no máximo, 60 dias para o rito ordinário e 30 dias para o rito sumário. De modo semelhante, na Lei 11.689, do mesmo ano, passou a constar que a primeira fase do procedimento do júri (juízo de acusação) deveria estar acabada em 90 dias. Sobre essa regulamentação, anota LOPES JR.: “são marcos que podem ser utilizados como indicativos de excesso de prazo em caso de prisão preventiva. Contudo, são prazos sem sanção, com um grande risco de ineficácia”.<sup>143</sup>

Segundo LIMA, com o novo procedimento comum ordinário (adotado para os crimes com sanção igual ou superior a 4 anos de pena privativa de liberdade – art. 394, §1, inciso II do CPP), a contagem do prazo para o encerramento do processo criminal quando o acusado estiver preso “foi sensivelmente alterada, podendo variar entre 95 (noventa e cinco) e 185 (cento e oitenta e cinco dias)”,<sup>144</sup> levando-se em conta para tal diferença as particularidades do caso concreto, como, entre outros fatores, a competência, se federal ou estadual, ou se o crime é ou não hediondo.

<sup>141</sup> LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 12 ed. São Paulo. Saraiva: 2015, p. 598.

<sup>142</sup> STF, 2ª Turma, HC n. 78.978/PI, Rel. Min. Nelson Jobin, DJ 13/10/2000.

<sup>143</sup> LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 12 ed. São Paulo. Saraiva: 2015, p. 599.

<sup>144</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática**. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 290.

Ainda, sobre o tema, é válido lembrar do que consta da Súmula 52 do STJ, a qual enuncia que “*Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo*”.

Compreendeu-se que esse prazo deveria ser contado desde o início da prisão do acusado até, não a prolação da sentença, mas sim até o final da instrução criminal, entendida, no antigo procedimento comum ordinário, como a fase do revogado art. 499, CPP, reservada a diligências complementares.

Para parte da doutrina, esse encurtamento do termo final, ou seja, a adoção de um termo *a quo* anterior à sentença, é incompatível com o direito ao processo penal razoável, pois, conforme aponta LOPES Jr, “O direito à 'razoável duração do processo' não pode ser reduzido ao direito à 'razoável duração da instrução’”.<sup>145</sup>

Apesar da crítica, essa súmula continua a ser aplicada atualmente, não obstante relativizada em alguns casos mais agudos,<sup>146</sup> nos quais mesmo finda a instrução, considera-se configurado o excesso de prazo, com conseqüente relaxamento da prisão.

De qualquer sorte, com a complexidade e o aumento do volume dos processos criminais diante da criminalidade crescente, consolidou-se nos tribunais superiores o pensamento de que o prazo para o fim da instrução processual de réu preso não tem natureza absoluta, podendo ser dilatado com fundamento no princípio da proporcionalidade, considerando-se, principalmente, a complexidade da causa e a pluralidade de acusados envolvidos na infração penal.<sup>147</sup>

Com isso, entendeu-se que o simples somatório aritmético dos prazos previstos em abstrato não tem o condão de, por si só, ensejar o excesso de prazo quando ultrapassado. Na verdade, esses prazos serviriam de balizamento para fins de apuração do excesso na formação da culpa, devendo ser analisado o caso em concreto.

---

<sup>145</sup> LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 599.

<sup>146</sup> Como exemplo, cita-se o julgamento do STJ no RHC 20.566/BA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 12/06/2007, em que proveu-se recurso em *Habeas Corpus* para o recorrente que estava preso há mais de 3 anos, mesmo acabada a instrução, permitindo-lhe responder o processo em liberdade.

<sup>147</sup> Foi o que entendeu o STJ no HC n. 91.982/CE, Rel. Min. Jane Silva, Desembargadora convocada do TJ/MG, DJ 17/12/2007.

Assim, a jurisprudência caminha, não é de hoje, para a relativização do excesso de prazo, reconhecendo-o, especialmente quando a mora processual for decorrente de diligências solicitadas pela acusação, ou de inércia do Poder Judiciário, ou mesmo quando for evidentemente incompatível com o princípio da proporcionalidade.<sup>148</sup>

Sobre a matéria, cumpre mencionar, também, que a garantia de ser julgado dentro de um prazo razoável está prevista no art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos.<sup>149</sup>

A Convenção Americana, assim como faz a Europeia, não estabelece um prazo máximo para o julgamento dos processos com réus presos, até mesmo porque há particularidades muito distintas nos países que a congregam. De qualquer sorte, conforme explica MENDONÇA, diante da ausência de marcos legais, compete às autoridades judiciárias a constante observância da duração da custódia cautelar, para que esta não ultrapasse o limite da razoabilidade. Para tanto, a Corte Interamericana estabeleceu a chamada “teoria dos três critérios”, que, em suma, estabelece como balizas: a complexidade do caso; a atividade processual do interessado; a conduta das autoridades judiciais.<sup>150</sup>

No Informe Peirano Basso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos entendeu que, nos países em que não há prazo fixado em lei, um critério guia para determinar o prazo razoável deve ser 2/3 do mínimo da pena correspondente ao delito imputado. Superado esse prazo, presume-se que o prazo é irrazoável.

Por derradeiro, de se registrar, além da falta de regulamentação, o grande problema é a falta de mecanismos efetivos para controlar a inércia e a atividade abusiva das partes e dos juízes.

---

<sup>148</sup> Nesse sentido, se posicionou o 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 criminal* (Habeas corpus nº 122.546/RJ, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 27/05/2014).

<sup>149</sup> 7.5. Toda pessoa detida ou retida (...) tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou 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.

<sup>150</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011**: Análise de acordo com os modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos. 2a ed. São Paulo: Juspodium, 2017, p. 176.

#### 1.2.1.2.4 Princípio da provisionalidade

Pelo princípio da provisionalidade, demonstra-se que os provimentos cautelares são essencialmente, e acima de tudo, situacionais, “na medida em que tutelam uma situação fática”.<sup>151</sup>

Como anota WEDY, quando se fala em provisionalidade “está se querendo realçar a necessidade de uma efetiva situação cautelanda”.<sup>152</sup> Refere-se, portanto, à ideia de variabilidade das medidas cautelares, com estreita relação com a cláusula *rebus sic stantibus*.

De fato, é possível afirmar que as providências cautelares pessoais são circunstanciais, vez que esvaído seu suporte fático legitimador, normalmente corporificado em um dos fundamentos do *periculum libertatis*, deve ser aquela revogada imediatamente. Em outras palavras, desaparecida a razão que justificou a imposição da cautelar, não há razão para a sua manutenção.

No ordenamento processual penal brasileiro, esse princípio foi repaginado e expressamente consagrado pelo novo art. 282 do Código de Processo Penal, especificamente nos parágrafos 4º e 5, inseridos pela Lei 12.403, de 2011.<sup>153</sup> De acordo com LOPES JR., “O desprezo pela provisionalidade conduz a uma prisão cautelar ilegal, não apenas pela falta de fundamento que a legitime, mas também por indevida apropriação do tempo do imputado”.<sup>154</sup>

Trata-se de uma importante garantia conferida ao imputado que, diante de uma situação modificativa favorável, capaz de afastar os indícios de crime e/ou de perigo em manter-se solto, deverá ter sua liberdade, anteriormente restringida ou suprimida, restabelecida. Caso clássico é a soltura do sujeito preso após a oitiva da

<sup>151</sup> LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 596.

<sup>152</sup> WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e Prisões Cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.68.

<sup>153</sup> Art. 282 (...). §4º. No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). §5º. O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

<sup>154</sup> LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 597.

testemunha, a quem, em tese, estava direcionando ameaças para não depor ou para falsear a verdade.

Contudo, deve-se registrar que também é possível, com base nesse princípio e diante de determinada conduta do agente, a fixação judicial de medida anteriormente tida como desnecessária ou inadequada, como quando, durante o curso do processo, o réu tenta fugir ou passa a constranger testemunhas ou outros atores processuais. Nesses casos, sua ação poderá dar ensejo à imposição de diversas medidas, como a monitoração eletrônica e a proibição de aproximação de determinadas pessoas ou, até mesmo, a prisão preventiva.

Antes da reforma da matéria cautelar de 2011, este princípio restringia-se, à luz do disposto no artigo 316, do Código de Processo Penal,<sup>155</sup> à possibilidade de soltura ou de nova decretação, de acordo com as alterações fáticas que porventura atingissem o processo. Havia certa resistência em simplesmente revogar a prisão preventiva anteriormente decretada, tendo em conta que o risco de colocar o sujeito em liberdade, sem qualquer vigilância ou restrição, era demasiado grande.

Contudo, com a atual pluralidade de medidas cautelares, dispostas no art. 319, do CPP, a provisionalidade passa a assumir um papel de muito maior relevância no âmbito da sistemática cautelar, tendo em conta que, diante de uma gama de possibilidades, cabe ao julgador a reapreciação dos suportes legitimadores de tais medidas, possibilitando não só a revogação da antiga decisão, mas também a sua substituição ou cumulação.

De qualquer forma, a despeito da redação do artigo, há necessidade de provocação do juiz pelo Ministério Público para que haja a decretação de medidas cautelares, sejam elas de prisão ou não, não havendo espaço para determinações oficiosas.

Avançando no tema, matéria que também suscita discussões, e que relaciona-se aos princípios da provisionalidade e da provisoriedade, é a questão da reanálise periódica da prisão preventiva já decretada.<sup>156</sup> Da mesma forma que

---

<sup>155</sup> Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

<sup>156</sup> Por exemplo em Portugal, há mecanismos de revisão da decisão que decretou a prisão preventiva, devendo o juiz realizar o reexame de ofício dos pressupostos das medidas impostas, seja no prazo de três meses, seja quando são proferidas determinadas decisões no processo, como é o caso da

sucedeu com o art. 315-A, na reforma da prisão cautelar de 2011 também houve a não inclusão do §7º do art. 282 do Código de Processo Penal, que instituía o dever de reexaminar a prisão preventiva decretada a cada 60 (sessenta) dias ou em prazo menor, se a situação exigisse, para avaliar de forma fundamentada se persistiam os motivos que a ensejaram.

Diante dessa realidade, em setembro de 2009, o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público editaram a Resolução Conjunta 01, determinando que as unidades do Judiciário e do Ministério Público, com competência na área criminal, verificassem, ao menos anualmente, a legalidade da manutenção das prisões.

Dentro desta determinação, tribunais passaram a editar atos normativos para fins de reexame da prisão processual. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por exemplo, publicou a Instrução Normativa Conjunta nº 2/2017, a qual determina a realização de esforço concentrado em todas as unidades judiciárias do Paraná com competência criminal e de execução penal, mediante “*a revisão de todas as prisões provisórias com mais de 90 dias e, naquelas que não houver sentença condenatória ou soltura, apresentar previsão de julgamento*”.<sup>157</sup>

Com isso se pretende forçar o sistema a estar em permanente processo de revisão, de modo a se verificar se os pressupostos que autorizaram a prisão se mantêm no tempo, dentro dos parâmetros de excepcionalidade da medida.

#### 1.2.1.2.5 Princípio da subsidiariedade

---

pronúncia (art. 213 do CPP português). Na Alemanha (StPO §121), além de haver prazo geral de seis meses para a duração da prisão provisória, na hipótese de prorrogação, deve-se proceder à revisão periodicamente, a cada três meses. No Chile, país sul-americano que passou por uma recente e profunda mudança em sua legislação processual penal, indo ao encontro de um sistema acusatório bastante expressivo, a legislação trata da medida cautelar no Título V do CPP, intitulado “Medidas cautelares personales”, entre os artigos 139 e 154. Nesse país, são estabelecidos dois mecanismos obrigatórios para reanálise da prisão preventiva, com previsão, para ambos os casos, de designação de audiência: i) quando ultrapassada metade do tempo de pena cominada ou aplicada, ou ii) se passados seis meses da prisão preventiva ou desde o último debate oral sobre o tema.

<sup>157</sup> Disponível em: <[https://portal.tjpr.jus.br/pesquisa\\_athos/publico/ajax\\_concursos.do?jsessionid=f951cb067483087dce35da1542f5tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7801c49a82351569545dd27fb68d84af89c7272766cd6fc9f7da5a6714875a8620dbbf96e8e503bcabb64d7f139480093c8056b857b61d541e9dd0b0b975d50f7](https://portal.tjpr.jus.br/pesquisa_athos/publico/ajax_concursos.do?jsessionid=f951cb067483087dce35da1542f5tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7801c49a82351569545dd27fb68d84af89c7272766cd6fc9f7da5a6714875a8620dbbf96e8e503bcabb64d7f139480093c8056b857b61d541e9dd0b0b975d50f7)>. Acesso em 31/10/2018.

Tratando da subsidiariedade no âmbito do Direito Penal, BUSATO expõe que é uma característica que decorre do princípio da intervenção mínima, no sentido de que por ela se condiciona a intervenção do Direito Penal à “comprovação da incapacidade dos demais mecanismos de controle social em resolver adequadamente o problema”.<sup>158</sup>

Tal definição, não obstante tocar ao direito material, pode ser perfeitamente aplicada no âmbito do processo penal, e, de modo específico, às medidas cautelares penais.

De fato, é possível dizer que a subsidiariedade na sistemática cautelar do Código de Processo Penal significa que a medida mais gravosa de prisão somente poderá ser imposta ao investigado ou acusado se houver demonstração idônea de que as demais medidas à disposição do juiz são insuficientes ou inadequadas para resolver a situação de risco provocada pelo agente e, assim, resguardar o processo.

Como afirma BUSATO:

“Portanto, se a pena privativa de liberdade necessariamente deve derivar da imposição de uma necessidade absoluta derivada da missão de controle social do intolerável, somente uma situação de absoluta intolerabilidade – traduzida na impossibilidade de realização do mesmo controle por outro mecanismo menos gravoso – a mesma exata justificativa deverá aparecer para a aplicação da pena como instrumento de garantia cautelar”.<sup>159</sup>

CÂMARA pontua que é em decorrência do princípio da subsidiariedade (expressão tomada aos portugueses) “que vem a prisão preventiva configurada como *ultima ratio* do rol cautelar”.<sup>160</sup>

Como já registrado quando da análise da evolução legislativa sobre a matéria, a Lei nº 12.403/11 criou um novo dispositivo e promoveu a alteração de outros trinta e dois no CPP, modificando inclusive a redação do Título IX, o qual agora vigora com o nome "*Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade*

<sup>158</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013, 59-60.

<sup>159</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013, 813.

<sup>160</sup> CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas Cautelares Pessoais: Prisão e liberdade provisória**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 115. Segundo o autor, entre os italianos, utiliza-se a denominação “princípio da gradualidade”.

*Provisória*". Suas precípuas finalidades<sup>161</sup> foram adequar o Código de Processo Penal à Constituição, principalmente no tratamento da prisão como última opção, além de criar de um rol de medidas cautelares alternativas à prisão (art. 319, CPP) e dar nova roupagem ao instituto da fiança (que passa de contracautela para medida cautelar específica).

Assim, uma das previsões mais importantes da nova legislação, embora com algumas falhas,<sup>162</sup> refere-se à previsão de um sistema multicautelar,<sup>163</sup> em substituição ao antigo sistema binário (ou bipolar). Foi introduzido um amplo rol de medidas cautelares alternativas, previstas de forma expressa no art. 319, o que já era objeto de contundentes reclamos pela doutrina.

Muito embora tais medidas não sejam o objeto específico deste trabalho, é certo que a previsão deste leque de providências contribuirá para que a prisão preventiva possa enfim ser relegada para a condição de derradeira medida. Com efeito, pode-se afirmar, à luz do que dispõe o art. 283, §6º do CPP, que “criou-se um novo requisito para a prisão preventiva: a inadequação das outras medidas do art. 319”.<sup>164</sup>

Isto é, na dicção de BADARÓ, as medidas cautelares diversas da prisão são *preferíveis* em relação à prisão preventiva, dentro da ótica de que sempre se deve privilegiar o meio menos danoso a direitos fundamentais.<sup>165</sup>

<sup>161</sup> O Projeto de Lei 4.208/01, que deu origem à Lei 12.403/2011, elaborado por Comissão de juristas presidida por Ada Pellegrini Grinover, tinha como objetivo declarado “proceder ao ajuste do sistema às exigências constitucionais atinentes à prisão e à liberdade provisória e colocá-lo em consonância com modernas legislações, como as da Itália e Portugal” (Exposição de Motivos – EM n. 00022 – MJ, de 25 de janeiro de 2001).

<sup>162</sup> Grande parte delas inerentes à á tratada parcelaridade das reformas e suas inevitáveis inconsistências e incoerências sistêmicas. Preferiu o legislador aprovar o Projeto 4.208 quando já existia em curso um projeto de alteração de todo o CPP, o PLS 156/09, que ainda está em tramitação.

<sup>163</sup> Aury Lopes Júnior prefere a expressão “polimorfologia cautelar” (LOPES JR., Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**: Lei 12.403/2011. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 125). Franco CODERO fala em “*pluralismo cautelare*” (CODERO, Franco. **Procedura Penale**. 4 ed. Milão: Giuffrè, 1998, p. 468).

<sup>164</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011**: Análise de acordo com os modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos. 2ª ed. São Paulo: Juspodium, 2017, p. 34.

<sup>165</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Medidas Cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas** – comentários à Lei 12.403, de 04/05/2011. Coordenação: Og Fernandes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 223.

Tais medidas podem ser empregadas a qualquer tempo, no curso da investigação ou do processo, inclusive, logo após o flagrante, juntamente com a liberdade provisória. Ademais, elas podem, também a qualquer tempo, substituir a prisão preventiva já decretada, quando esta se revelar desnecessária.

No que toca à sua regulamentação, válido registrar que, além de se buscar uma harmonização do instituto da prisão preventiva com princípios de ordem constitucional, dois fatores influenciaram de forma decisiva a consagração legislativa das medidas cautelares diversas.

O primeiro se refere à forte tendência mundial de despenalização, ou seja, de restrição da prisão-pena apenas para situações graves.<sup>166</sup> Como destaca BUSATO, com a pena se busca o controle social e, num Estado social e democrático de Direito, esse controle só é admitido sob o princípio da intervenção mínima, ou seja, somente se deve recorrer à pena nos casos de “ataques mais intoleráveis aos bens jurídicos indispensáveis para o desenvolvimento pessoal do indivíduo na sociedade”.<sup>167</sup>

Essa tendência, com razão, se estende à prisão processual, pois seria um contrassenso substituir a prisão como pena e mantê-la como medida cautelar.<sup>168</sup>

O segundo fator relaciona-se à realidade do cenário carcerário brasileiro, especialmente no que toca aos presos provisórios. Deveras, o Brasil emerge como o quarto país em números absolutos de encarceramento no mundo (atrás de Estados Unidos, China e Rússia). O cálculo mais atualizado a que se teve acesso direciona para 726.712 presos,<sup>169</sup> dos quais aproximadamente 40% são provisórios,<sup>170</sup>

---

<sup>166</sup> Basicamente, essa restrição surge da consciência da baixa eficácia ressocializadora da prisão-pena, de seu alto custo e de seu efeito estigmatizante. Isso se observa com a constante inclusão de alternativas à prisão nas décadas de 80 e 90, como a previsão de regimes de cumprimento de pena (fechado, semiaberto e aberto), a introdução das penas restritivas de direito, além da edição da Lei 9.099/95 e seus institutos despenalizadores.

<sup>167</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas. 2013, 811.

<sup>168</sup> SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madrid: Editorial Colex, 1990, p. 204.

<sup>169</sup> Registre-se que, segundo expõem Luiz Gabriel Batista Neves e Marina Cerqueira, o número superaria 1.300.000 (um milhão e trezentos mil) caso fossem cumpridos todos os mandados de prisão. (NEVES, Luiz Gabriel Batista; CERQUEIRA, Marina. **Por que a prisão cautelar no Brasil é uma medida prima ratio (?)**: Uma análise crítica aos desafios para a efetivação da Lei n. 12.403/2011. In. *Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Dir. Leonel Gonzales. Santiago: CEJA. 2018, p. 104).

tornando o Brasil um país com elevadíssimo índice de presos sem sentença. Estima-se que o *déficit* de vagas vem a ser de mais de 250.00, enquanto que a população carcerária praticamente triplicou entre 2002 e 2016.<sup>171</sup>

A Lei nº 12.403/11, neste diapasão, não é apenas mais um importante instrumento com o fito de possibilitar uma maior relação do acusado com o almejado sistema acusatório, preservando o respeito à presunção de inocência e ao devido processo legal. Mais que isso, como já referido, a mencionada disposição legal fulminou um antigo binômio existente a partir de uma prisão em flagrante: ou se mantinha a prisão cautelar ou se concedia a liberdade provisória. Não havia “meios termos”.

Superou-se essa “lógica maniqueísta”,<sup>172</sup> de tudo ou nada, propiciando ao magistrado a escolha da providência mais ajustada ao caso concreto, dentro de critérios de legalidade e proporcionalidade. Nem sempre a prisão era o instrumento necessário ou mesmo mais adequado para salvaguardar a eficácia processual ou investigativa, mas, diante da ausência de outras possibilidades e do dever de garantir o regular trâmite do processo e seus fins, acabava-se por determinar a prisão preventiva.

Logo, ocorreu “a concretização do princípio da adaptabilidade no marco de uma tutela jurisdicional diferenciada”,<sup>173</sup> conformando a prestação jurisdicional e suas ferramentas ao fim desejado.<sup>174</sup>

---

<sup>170</sup> **Infopen – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf/view](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf/view)>. Acesso em 11/09/2018.

<sup>171</sup> **Infopen – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf/view](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf/view)>. Acesso em 11/09/2018.

<sup>172</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar:** Doutrina, Jurisprudência e Prática. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 382.

<sup>173</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar:** Doutrina, Jurisprudência e Prática. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 383.

<sup>174</sup> Na lição de Pierpaolo Bottini, o fim da bipolaridade “protege, de forma mais efetiva, o processo, o acusado e a própria sociedade. O processo, porque surge um novo rol de medidas protetivas à ordem dos trabalhos. O acusado, porque a prisão cautelar, ato de extrema violência, fica restrita como opção extrema e última. A sociedade, porque a redução da prisão cautelar significa o desercarceramento de cidadãos sem condenação definitiva, que eram submetidos desde o início do processo ao contato nefasto com o submundo de valores criados pela cultura da prisão”. (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **As reformas no processo penal:** as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 455).

Com o ordenamento pós-2011, tenta-se substituir o cárcere por outras medidas que causam menor dano para o imputado, porém sem deixar de resguardar a eficácia do processo. Em outras palavras, observando o juiz que tanto a prisão cautelar quanto uma das medidas diversas são idôneas a atingir o objetivo proposto, deverá optar pela medida menos gravosa, apenas restringindo, e não retirando a liberdade de locomoção do agente.

Assim, nos termos da nova redação do art. 310 do CPP,<sup>175</sup> a prisão preventiva só pode ser decretada caso se revelem inadequadas ou insuficientes as outras nove medidas cautelares diversas da prisão, elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal.<sup>176</sup>

Nesse ponto, cabe apontar uma das falhas existentes na nova lei, qual seja, a redação do art. 321 do CPP, que dispõe:

“Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código”.

Este dispositivo ostenta duas incongruências claras: a primeira é inverter a lógica, como se a prisão preventiva fosse a primeira medida a ser analisada e, somente diante de sua insuficiência, devessem ser aplicadas as medidas do art. 319;<sup>177</sup> a segunda é que desconsidera o próprio art. 282, inciso I, pois quando

---

<sup>175</sup> Art. 310, caput, do Código de Processo Penal: "Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:" c/c inciso II de mesmo artigo: "Converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão [...]".

<sup>176</sup> Sendo elas: I – comparecimento periódico em juízo para informar e justificar atividades; II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares para evitar o risco de novas infrações; III – proibição de manter contato com pessoa determinada; IV – proibição de ausentar-se da Comarca; V – recolhimento domiciliar no período noturno e/ou nos dias de folga (sendo exigido residência e trabalho fixos para tal medida); VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, quando houver riscos que essas possam ser utilizadas para a prática de infrações penais; VII – internação provisória do acusado para inimputáveis e semi-imputáveis; VIII – fiança, nas infrações afiançáveis; IX – monitoração eletrônica.

<sup>177</sup> Na verdade, a própria posição topográfica das demais medidas alternativas depois do tratamento da prisão não é recomendada, tendo em conta que sugere uma preferência desta em relação àquelas. Maurício Zanoide de Moraes explica que uma leitura equivocada do art. 321 poderia levar o juiz a primeiro ter que analisar a adequação da prisão preventiva e, somente sendo negativa a resposta, analisar as medidas alternativas. Embora se pudesse alegar que não haveria diferenças práticas, isso somente seria verdade se os critérios de escolha fossem pautados em razões objetivas. Porém, em matéria de decisões sobre medidas cautelares, há uma significativa dose de subjetivismo

aplicadas as medidas do art. 319 não estão “ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva”, ou seja, além do *fumus comissi delicti*, o *periculum libertatis*, como visto, é pressuposto de aplicação de qualquer das medidas cautelares pessoais; ele continua presente, mesmo que em menor intensidade.

Como bem estabelece SCHIETTI CRUZ,<sup>178</sup> não se pode perder de vista que, assim como a prisão preventiva, todas as demais medidas cautelares inserem-se, perfeitamente, na *lógica do sofrimento*, com a imposição de um mal, uma punição contra quem supostamente praticou um delito. Então, não se pode ignorar que todas as medidas consistem em uma reação violenta àquele que cometeu um delito.

Nessa linha, as medidas alternativas não podem ser banalizadas<sup>179</sup> e acabarem servindo para aumentar a intervenção penal de forma injustificada, tendo em mente a seriedade das restrições que elas impõem. Certamente, medidas como a proibição de frequentar determinados lugares, por exemplo, implicam severas restrições ao direito de circulação do agente e em seu relacionamento pessoal, não podendo ser encaradas como mera concessão de benefício.

Revela-se, portanto, questão central verificar não só se os magistrados compreendem a necessidade de se dar atenção ao caráter subsidiário da prisão cautelar diante das demais medidas cautelares alternativas, mas também se eles conseguem externalizar de maneira suficiente em suas decisões os fundamentos exigidos para a decretação dessas providências.

Destarte, é notório que ainda são buscadas justificativas em velhos hábitos e paradigmas para resistir a mudanças, o que é sempre visto em alterações legislativas, sobretudo em um tema tão sensível quanto a prisão cautelar.<sup>180</sup>

---

judicial, seja na análise jurídica, seja na situação concreta. Continua, o autor, salientando que o exame judicial deve partir da medida menos gravosa para a mais invasiva (MORAES, Maurício Zanoide de. **Análise judicial da prisão em flagrante**: por uma abordagem sistêmico -constitucional. In: A reforma do Processo Penal. Revista do Advogado, ano XXXI, n. 113, Setembro de 2011, São Paulo, p. 95-97).

<sup>178</sup> CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar** – Dramas, Princípios e Alternativas. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 8.

<sup>179</sup> LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 661.

<sup>180</sup> Andrey Borges de Mendonça expõe que “as alterações no âmbito penal sempre despertam reflexos conservadores bem conhecidos, que podem ser resumidos em três expressões, sempre repetidas segundo pesquisa do professor americano A. Hirshman: 'inutilidade' (*futility*), pois toda reforma seria mera ilusão destinada a distrair, pois nenhuma mudança pode alterar realmente as políticas enquanto as estruturas profundas da ordem social permanecem intocáveis; 'pôr em perigo' (*jeopardy*), pois se a realidade mudar repentinamente, isto acarretaria custos e consequências

Em verdade, partindo para uma análise mais focada na aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, é possível se atentar para sérios problemas, principalmente a falta de fundamentação apropriada e a imposição acrítica (e muitas vezes de ofício) de cautelares,<sup>181</sup> inclusive pelos tribunais. Como bem menciona COUTINHO, “ter-se-á, portanto, que esperar a *mentalidade* sofrer o câmbio que precisa; e até lá seguimos rezando para os estragos serem os menores possíveis”.<sup>182</sup>

Ainda, outro ponto que merece destaque é a efetividade da adoção das medidas cautelares diversas da prisão. De nada adianta a imposição de determinada medida se a ela não conferir força coercitiva. Isto é, a eficácia desta norma, a qual ordena deveres, está condicionada à existência de sanções, sob pena de se transformar em mera recomendação ou simples advertência.

Por tal razão, a nova lei estabeleceu que a prisão poderá ser decretada no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (CPP, art. 282, §4º). Não obstante, parece claro que não se previu um automatismo dessa custódia sancionatória, devendo o juiz analisar, de início e à luz da provisionalidade, se a substituição da medida ou a imposição de outra em cumulação satisfaz a exigência cautelar existente, e, apenas em último caso, determinar a prisão preventiva.

Ademais, como apontou CARNELUTTI,<sup>183</sup> a presunção de inocência determina ao juiz que presuma também a obediência do acusado ao chamamento do Estado, e somente em caso de quebra dessa presunção é que se pode se socorrer de uma medida restritiva de liberdade.

---

inaceitáveis e, por fim, 'efeito perverso' (*perversity*), pois as medidas que buscam avançar o corpo social em certa direção o levarão ao sentido inverso” (MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011: Análise de acordo com os modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos**. 2ª ed. São Paulo: Juspodium, 2017, p. 34).

<sup>181</sup> Tem prevalecido o entendimento de que não se faz necessário que o juiz se manifeste sobre todas as medidas alternativas individualmente, bastando que na motivação conste as razões pelas quais aquela medida escolhida é a mais indicada para determinado caso. (Nesse sentido, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2ª ed., revista e atualizada. São Paulo: RT, 2013, p. 162).

<sup>182</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Lei Nº 12.403/2011: Mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro**. Disponível em <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigos/262-223-Junho-2011](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/262-223-Junho-2011)>. Acesso em 10/12/2018.

<sup>183</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el Proceso Penal**, v. II, p. 71.

Finalizando o assunto, apesar dos avanços conseguidos com a nova legislação, reservando a determinação da prisão cautelar como último recurso, relevante a crítica no que toca à sua implementação prática. De fato, a fiscalização de algumas medidas cautelares diversas ainda é quase que inexistente, o que torna inefetivo seu objetivo de acautelar o processo e a sociedade. Significa dizer que tal medida poderá ser ineficiente para neutralizar as situações de perigo indicadas no art. 282, inciso I, do Código de Processo Penal.<sup>184</sup>

É certo que essa falha não diz respeito ao imputado, o qual não pode privado de seus direitos por falta de estrutura ou precariedade de atuação dos órgãos de segurança pública. De qualquer modo, a fim de que não se mostre inócua, para cada medida cautelar diversa, devem ser fixados instrumentos aptos para assegurar sua operacionalidade, como, por exemplo, determinar que se verifique periodicamente se o acusado está obedecendo à ordem de se recolher no período noturno.

#### 1.2.1.2.6 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade não está previsto de maneira expressa na Constituição Federal, porém, pode-se dizer que está inserido no aspecto material do princípio do devido processo legal, estabelecido no art. 5º, inciso LIV da CF/88) e, assim, assume *status* constitucional.<sup>185</sup>

---

<sup>184</sup> E ainda há um outro aspecto relevante, bem lembrado por Rosimeire Leite: devido tal precariedade dos mecanismos de fiscalização e “a percepção de ineficácia das medidas, gera-se resistência à sua aplicação, funcionando como estímulo para que o magistrado opte pelo encarceramento preventivo.” (LEITE, Rosimeire Ventura. **A ordem pública como fundamento da prisão preventiva**. In. Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Dir. Leonel Gonzales. Santiago: CEJA. 2018, p. 139).

<sup>185</sup> Como anota Gilmar Mendes, “a cláusula do devido processo legal – objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, inc. LIV, da Constituição, e que traduz um dos fundamentos dogmáticos do princípio da proporcionalidade – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do poder público (*procedural due process of law*), mas, sobretudo, em sua dimensão material (*substantive due process of law*), que atua como decisivo obstáculo à edição de atos normativos revestidos de conteúdo arbitrário ou irrazoável. A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação ou regulamentação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade” (MENDES, Gilmar. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 65). Para Luís Virgílio Afonso da Silva, posiciona-

As medidas cautelares pessoais, em especial a prisão cautelar, estão localizadas no ponto mais crítico e sensível do difícil equilíbrio entre dois interesses que se chocam constantemente e sobre os quais gira o processo penal: o direito de liberdade do indivíduo e a eficácia da repressão dos delitos. “Definido como o princípio dos princípios, a proporcionalidade é o principal sustentáculo das prisões cautelares”<sup>186</sup> e é ele que norteará o juiz frente ao caso concreto para que possa ponderar qual dos interesses deverá prevalecer.

Cumprir observar que “deve haver exame da proporcionalidade não só no que toca à aplicação da medida, mas também à sua duração, extensão e também execução”.<sup>187</sup>

De fato, o Poder Público não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal encontra-se essencialmente condicionada pela razoabilidade,<sup>188</sup> através do que se procederá à aferição dos atos estatais, contendo os excessos do Estado.<sup>189</sup> Até mesmo porque este princípio tem como pressuposto formal o princípio da legalidade, o que significa que as medidas restritivas de direitos fundamentais, ainda mais em âmbito penal, deverão ser sempre previstas em lei (escrita, estrita e prévia), a fim de que se possa saber de antemão quando os agentes públicos agem dentro dos limites legais e se estão autorizados a restringir esses direitos.

A proporcionalidade se revela, portanto, como essencial à racionalidade do Poder, proibindo no campo processual penal o arbítrio das condutas estatais. Como bem observa ROXIN, o princípio da proporcionalidade exige a restrição da medida e dos limites da prisão cautelar ao estritamente necessário:

“Entre as medidas que asseguram o procedimento penal, a prisão preventiva é a ingerência mais grave na liberdade individual; por outra parte,

---

se no sentido de que o assento constitucional decorre “da própria estrutura dos direitos fundamentais” (**O proporcional e o razoável**. In: Revista dos Tribunais, ano 91, n. 798, abril de 2002).

<sup>186</sup> LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 603.

<sup>187</sup> SAAD, Marta Cristina Cury. **As medidas assecuratórias no Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito**. 2007. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 78.

<sup>188</sup> No sentido de que haveria uma fungibilidade entre proporcionalidade e razoabilidade, vide Luís Roberto Barroso, **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 333.

<sup>189</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática**. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 27.

ela é indispensável em alguns casos para uma administração da justiça penal eficiente. A ordem interna de um Estado se revela no modo em que está regulada essa situação de conflito; os Estados totalitários, sob a antítese errônea Estado-cidadão, exagerarão facilmente a importância do interesse estatal na realização, o mais eficaz possível, do procedimento penal. Num Estado de Direito, por outro lado, a regulação dessa situação de conflito não é determinada através da antítese Estado-cidadão; o Estado mesmo está obrigado por ambos os fins: assegurar a ordem por meio da persecução penal e proteção da esfera de liberdade do cidadão. Com isso, o princípio constitucional da proporcionalidade exige restringir a medida e os limites da prisão preventiva ao estritamente necessário”.<sup>190</sup>

Desse modo, caberá ao juiz realizar a ponderada avaliação entre os malefícios inerentes ao sistema carcerário que serão impingidos ao agente e a proteção dos legítimos interesses da sociedade e da eficácia da persecução penal. Em outras palavras, reside nessa ponderação de valores, sob o enfoque da proporcionalidade, a busca da legitimação da prisão preventiva.

De acordo com PACELLI e FISHER, o princípio da proporcionalidade se desdobra em duas perspectivas bem demarcadas. A primeira, atinente à *proibição do excesso*, e, a segunda, à *efetividade dos direitos fundamentais*. Ambas se apresentam como *pauta de interpretação* no paradigma do Estado de Direito, de modo a evitar perigosa e indevida *absolutização* dos direitos e garantias, bem como, de outro lado, dos deveres individuais e da intervenção estatal. Continuam, salientando que, em tema de restrições à liberdade individual na persecução penal, deve se dar destaque à primeira leitura, sem incorrer, contudo, “na fragilização demasiada da proteção de outros direitos fora do processo (e da investigação)”.<sup>191</sup>

Tomando por base a teoria de Robert ALEXYY,<sup>192</sup> SERRANO explicita que o princípio da proporcionalidade, além de se assentar no pressuposto formal da

---

<sup>190</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Trad. Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores de Puerto, 2000, p. 258.

<sup>191</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; FISHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 5ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo. Atlas, 2013, p. 565.

<sup>192</sup> O pensamento de Robert Alexy quanto à (máxima) proporcionalidade, enquanto elemento integrante do método de adequação (sopesamento) que propõe, é o seguinte: “Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade

legalidade e no pressuposto material da justificação teleológica,<sup>193</sup> possui requisitos extrínsecos e intrínsecos.<sup>194</sup> Sua compreensão é de suma importância para se entender diversos aspectos do tema da prisão cautelar e o espírito da reforma perpetrada pela Lei 12.403/2011.

Os requisitos extrínsecos se dividem em judicialidade e motivação. Já os requisitos intrínsecos são conhecidos como subprincípios da proporcionalidade e constituem-se na adequação, na necessidade e na proporcionalidade em sentido estrito.

A judicialidade é compreendida como a exigência de que as limitações aos direitos fundamentais apenas possam ocorrer por decisão do órgão jurisdicional competente. De fato, em obediência ao art. 5º, inciso LXI da Constituição Federal de 1988,<sup>195</sup> não há dúvidas sobre a existência da chamada cláusula de reserva de jurisdição no tocante à prisão processual (salvo aprisão em flagrante e a prisão militar, como já delineado, excepcionadas pela própria Constituição), cabendo ao Judiciário dar a última palavra nessa matéria.

A motivação se consubstancia na necessidade de fundamentação da decisão judicial que restringe o direito de liberdade do indivíduo. O requisito extrínseco da motivação tem base constitucional expressa (art. 5º, inciso LXI e 93, inciso IX da CF),<sup>196</sup> e é através dele que se poderá aferir quais as razões de fato e de direito que foram levadas em consideração pelo magistrado para chegar ao seu convencimento e à sua decisão, garantindo a efetividade da cognição judicial e a imparcialidade do juiz, além de possibilitar ao agente impugnar o ato que entender ilegal ou injusto.

---

significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza." (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 216-217).

<sup>193</sup> Por meio do princípio da justificação teleológica, busca-se a legitimação constitucional do uso da medida cautelar, ou seja, demonstra-se que o fim almejado é constitucionalmente legítimo e possui relevância social.

<sup>194</sup> SERRANO, Nicola Gonzales-Cuellar. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**, Madrid: Colex, 1990, p. 69.

<sup>195</sup> Com a CF/88, pela primeira vez em nossas Constituições se estabeleceu a reserva de jurisdição para a decretação da prisão.

<sup>196</sup> Como afirma Antonio Magalhães Gomes Filho, referida repetição constitucional não foi ociosa ou casual, mas buscou evidenciar uma reforçada exigência de controle em relação aos provimentos restritivos de controle. (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**, 2ª ed., revista e atualizada. São Paulo: RT, 2013, p. 182).

Como aponta FERRAJOLI, ao lado da publicidade, é tida como *garantia das garantias* ou como garantia de segundo grau.<sup>197</sup>

A adequação é o primeiro requisito intrínseco a ser analisado e está relacionada com a averiguação da idoneidade e conformidade da medida adotada, isto é, se ela se mostra apta a atingir o fim desejado. De fato, “não se deve permitir, portanto, o ataque a um direito fundamental se o meio adotado não se mostrar apropriado à consecução do resultado pretendido”.<sup>198</sup>

No terreno das medidas cautelares pessoais, pode-se exemplificar sua utilização da seguinte forma: imagine-se que o objetivo do magistrado é impedir que o acusado fuja. Ora, não se revela adequada – e, portanto, proporcional –, a imposição da medida de proibi-lo de entrar em contato com certas pessoas ou mesmo de frequentar determinado lugar. Muito mais idôneas, para se atingir aquela finalidade proposta, as medidas de proibição de se ausentar da comarca, de monitoração eletrônica ou, em último caso, a prisão preventiva. Foi com base na adequação da medida, aliás, que o legislador fixou, no artigo 282, §1º, do CPP, a possibilidade de aplicar as medidas cautelares isolada ou cumulativamente.

Importante destacar que há controvérsia doutrinária a respeito da possibilidade de consideração de circunstâncias pessoais do agente na aplicação das medidas cautelares, incluída a prisão preventiva. Para MENDONÇA, isso não configura expressão de direito penal do autor, mas sim de, a partir de circunstâncias concretas, melhor adequar a medida ao que sugere a análise do agente e suas condições pessoais, utilizando-as como parâmetros empíricos para aplicá-la de modo a ajustá-la ao caso em concreto.<sup>199</sup>

O segundo requisito intrínseco a ser examinado quando da decretação de medida cautelar é o da necessidade. Este requisito, de cunho valorativo e comparativo, relaciona-se ao princípio da subsidiariedade, e impõe que se adote a

---

<sup>197</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do garantismo penal. 4ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 622.

<sup>198</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**: Doutrina, Jurisprudência e Prática. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 31.

<sup>199</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011: Análise de acordo com os modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos**. 2ª ed. São Paulo: Juspodium, 2017, p. 299. Em sentido oposto, Aury Lopes Jr., para quem “Infelizmente, optou o legislador em seguir na linha de máxima estigmatização do reincidente” (LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 642).

alternativa menos gravosa possível, de modo que haja menor ingerência no campo de direitos do cidadão.

Destarte, dentre várias medidas restritivas aptas e eficientes a atingir o resultado pretendido, deve o Poder Público escolher aquela que menos interfira no direito de liberdade do indivíduo e que, ao mesmo tempo, seja capaz de proteger o interesse público para o qual foi determinada.

A Lei 12.403 de 2011, com a ampliação do rol de medidas à disposição do juiz (CPP, art. 319) efetivou o princípio da proporcionalidade, vez que possibilitou ao magistrado que utilize a prisão preventiva somente na hipótese de imprestabilidade das demais medidas cautelares, isto é, quando se mostrarem insuficientes.

Nessa linha, inclusive, é a nova redação do artigo 282, §6º do Código de Processo Penal, o qual, expressamente, dá concretude ao subprincípio da necessidade, devendo ser observado em toda decretação de medida cautelar. É uma típica regra para o julgamento do juiz, reservando a prisão preventiva para a *ultima ratio* do sistema.

O último requisito intrínseco do princípio da proporcionalidade é a proporcionalidade em sentido estrito, a qual deve ser analisada após já assentadas a adequação e a necessidade da medida a ser utilizada.

Por meio dela, se impõe um juízo de ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, a fim de que se possa verificar se é justificada a ingerência na esfera dos direitos do imputado. Dito de outro modo: é o exame do custo-benefício da medida a ser fixada pelo juiz, se ela traz mais vantagens ou desvantagens.

Relaciona-se à ideia homogeneidade, no sentido de que a medida cautelar não pode ser mais gravosa do que o próprio provimento final que porventura será aplicado.

Com efeito, segundo o critério da *consequência jurídica* na lição de Nicolas Gonzales-Cuellar SERRANO,<sup>200</sup> o sacrifício da liberdade de locomoção do acusado deve ser proporcional (em sentido estrito) à gravidade do crime e às correspondentes sanções que previsivelmente venham a ser impostas ao final do

---

<sup>200</sup> SERRANO, Nicolas, Gonzales-Cuellar, **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990, p. 251-256.

processo, pois é inconcebível admitir-se que a situação do indivíduo ainda inocente seja pior do que a da pessoa condenada.

Nas palavras de BUSATO:

“Assim, se a estrutura de imputação impele a vislumbrar que, afirmada a culpa, não será possível o uso do instrumento privação da liberdade, nada justificará que, no curso da formação da culpa, seja utilizado tal gravame como instrumento de garantia processual.

(...) Isso porque o processo tem um contorno limitador que é a proposta do Ministério Público que o inaugura. Seu resultado jamais poderá passar dos limites ali fixados. Se desses limites não se alvitra prisão, esta não poderá ser estabelecida em seu curso. Trata-se, evidentemente, de uma questão de proporcionalidade”.<sup>201</sup>

Desse modo, não se permite, por ser ilógico, que a prisão cautelar ultrapasse o prazo da pena efetivamente aplicável, sob pena de se tratar o não culpável de forma pior que o culpável. Como asseverou MAIER, “(...) se apresenta como um contrassenso o fato de que, por uma infração penal hipotética, o imputado sofra mais durante o processo que com a pena que eventualmente lhe será aplicada”.<sup>202</sup>

É com base nesse princípio que o artigo 283, §1º do CPP estabelece que não se aplicam as medidas cautelares à infração que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. Também é em obediência à proporcionalidade em sentido estrito que se deu, em consonância com os artigos 43 e seguintes do Código Penal,<sup>203</sup> nova redação artigo 313, quando se dispõe que a prisão preventiva será cabível, em regra, apenas nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, não mais fazendo referência a crimes dolosos punidos com reclusão.

---

<sup>201</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas. 2013, p. 813.

<sup>202</sup> MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal**. 3ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, Tomo I: Fundamentos, p. 526.

<sup>203</sup> De acordo com esses artigos do Estatuto Repressivo, se afasta a possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade quando as circunstâncias indicarem que a substituição por penas restritivas de direito seja suficiente, desde que a pena não seja superior a 4 (quatro) anos e que o crime não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos.

Ora, a prisão cautelar, sob pena de se configurar em antecipação da punição, não pode se constituir em um fim em si mesmo, pois, como se sabe, ela se executa por meio do regime fechado, não devendo ser aplicada para aquele agente que, seguramente, terá que cumprir a pena em regime menos severo, caso seja condenado. Em outras palavras: “não se pode admitir que a medida provisória seja mais severa que a medida definitiva que a irá substituir e que ela deve preservar”.<sup>204</sup>

No mais, como aponta LOPES JR, quando da imposição da prisão, deve-se considerar a imprescindível incidência do princípio da proporcionalidade, “sempre conectado que está ao valor dignidade da pessoa humana”.<sup>205</sup>

De fato, a partir do novel artigo 282 se deixou ainda mais clara a necessidade de observância deste princípio, em qualquer medida cautelar, pois em todas há restrição, maior ou menor, dos interesses do imputado.

Por fim, é preciso se atentar para que a atuação da proporcionalidade não descambe para o perigo do decisionismo.<sup>206</sup> De qualquer forma, quando utilizado de forma correta, conforme leciona Maurício Zanoide de MORAES, pode iluminar e criar critérios racionais para a solução de conflitos,<sup>207</sup> servindo ao juiz quando da difícil decisão de prender ou não prender.

### 1.3 DA PRISÃO PREVENTIVA

Enquanto espécie de prisão cautelar, a prisão preventiva é aquela decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da

---

<sup>204</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012, p. 707-708. Ainda expõe o autor que “Se a medida cautelar for mais gravosa que o provimento final a ser proferido, além de desproporcional, também não será dotada do caráter de instrumentalidade e acessoriedade inerentes à tutela cautelar”.

<sup>205</sup> LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 605.

<sup>206</sup> De acordo com Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, não se admite um sopesamento asséptico, sem indicar critérios úteis na prática. É necessário indicar o conteúdo, os critérios de medição dos interesses em jogo e de solução dos conflitos, apontando os valores preferentes, sendo que essa pauta de valores deve ser extraída do ordenamento jurídico e, com o tempo, da doutrina e da jurisprudência, que vão se encarregando de identificá-la a partir do texto constitucional. (SERRANO, Nicolas, Gonzales-Cuellar, **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990, p. 225-227).

<sup>207</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 327.

autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante<sup>208</sup> ou do assistente,<sup>209</sup> em qualquer fase das investigações ou do processo criminal.

De acordo com CÂMARA, “a prisão preventiva é a prisão cautelar por excelência, ou seja, diferentemente das outras espécies, pode (desde que presentes os necessários autorizativos) ter duração equivalente à do processo (...)”.<sup>210</sup>

Segundo PACELLI:

“Se a prisão em flagrante busca sua justificativa e fundamentação, primeiro na proteção do ofendido, e, depois, na garantia da qualidade probatória, a prisão preventiva revela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade da fase de investigação e do processo”.<sup>211</sup>

Para a efetivação dessa “medida acautelatória de índole pessoal”<sup>212</sup>, devem ser observadas as hipóteses legais de admissibilidade (CPP, art. 313), bem como se fizerem presentes os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319).

Como afirma FIGUEIREDO, o âmbito de aplicação da prisão preventiva é extenso, considerando que são diversas as hipóteses fáticas capazes de se ajustar à sua moldura normativa.<sup>213</sup>

A partir da leitura do Código de Processo Penal, observa-se que a prisão preventiva pode ser imposta de diversas formas: a) de modo autônomo, ou seja, a qualquer momento durante o processo ou a investigação (art. 311); b) através da

<sup>208</sup> Aury Lopes Jr. aponta, quanto ao pedido do querelante, que “Não se pode esquecer do disposto no art. 313, I do CPP, ou seja, do não cabimento de prisão preventiva quando a pena for igual ou inferior a 4 anos. Portanto, incompatível com os crimes em que cabe ação penal privada (nos quais o apenamento é inferior ao exigido pelo art. 313, I). Continua, o autor: “Então que querelante é esse? Pensamos que só pode ser o querelante de ação penal privada subsidiária da pública (art. 29 do CPP)”. (LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 632).

<sup>209</sup> Registre-se que possibilidade de o assistente de acusação requerer a prisão preventiva somente foi inserida expressamente com o advento da Lei. 12.403/2011.

<sup>210</sup> CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas Cautelares Pessoais: Prisão e liberdade provisória**. 2<sup>a</sup> ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 122.

<sup>211</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 542.

<sup>212</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 3, 33<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 543.

<sup>213</sup> 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. 4.

conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, se forem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (art. 310, inciso 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, parágrafo único) ou de medidas protetivas de urgência previstas em legislação específica (art. 313, inciso III).

Relevante também destacar que essa modalidade de prisão cautelar não se confunde com a prisão temporária, já analisada, havendo importantes diferenças entre elas. Com efeito, a prisão temporária somente pode ser decretada durante a fase pré-processual (Lei 7.960/89, art. 1º), enquanto a prisão preventiva pode ser ordenada na fase investigativa e na fase processual (CPP, artigo 311); a prisão temporária só é cabível em relação a um rol taxativo de crimes (Lei 7.960/89, art. 1º, inciso III e art. 2º, §4º, da Lei 8.072/90), não havendo rol para a prisão preventiva, desde que haja enquadramento às hipóteses do art. 313, do CPP; por fim, a temporária possui prazo certo, predeterminado, de 5 (cinco) ou 30 (trinta) dias, prorrogáveis por igual período (Lei 7.960/89, art. 2º e art. 2º, §4º, da Lei 8.072/90), enquanto, como já assentado, não há prazo para a preventiva.

No mais, é imprescindível mencionar que o encarceramento preventivo, ante o enorme custo ao *status libertatis* do cidadão investigado ou processado, configura-se em providência de *extrema ratio*. A propósito, ao tratar dessa modalidade de prisão cautelar, salientava BARROS que:

“A prisão preventiva, como medida de privação da liberdade pessoal, reveste-se de excepcional gravidade e importância, em virtude de ser decretada contra uma pessoa suspeita, ou melhor, contra quem ainda não foi declarado culpado por sentença transitada em julgado. Sendo a liberdade individual um direito fundamental, inerente ao ser humano, amparado pela legislação de todos os países democráticos, representa a medida uma afronta a esse direito, que, somente após o pronunciamento judicial, poderá sofrer qualquer restrição. Daí justificá-la como uma injustiça necessária”.<sup>214</sup>

---

<sup>214</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Atual. de Maria Elizabeth Queijo. Coord. de Ada Pellegrini Grinover. 2ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 111.

Sendo assim, a prisão preventiva configura-se remédio enérgico e excepcional, podendo ser aplicada em determinadas situações, apenas quando obedecidos os limites e controles legais, estabelecidos para a sua admissão.

### 1.3.1 Prisão preventiva para realização da justiça: da relação entre delito, pena e prisão processual

Como já se teve a oportunidade de observar, a finalidade imediata das medidas cautelares pessoais é assegurar a eficácia do procedimento, o qual, este sim, tornará efetivo o direito material.

Na lição de CALAMANDREI: “a tutela cautelar é, quando comparada com o direito material, uma tutela mediata: mais que fazer justiça, serve para garantir o eficaz funcionamento da Justiça”.<sup>215</sup> Para TOURINHO NETO, “dá-se tempo para que a justiça seja feita. Resguarda-se o processo em busca de sua finalidade: fazer justiça”.<sup>216</sup>

Diante disso, Aury LOPES JR. explica que: “as medidas cautelares não se destinam a fazer justiça, mas sim garantir o normal funcionamento da justiça (...)”.<sup>217</sup>

A presunção de inocência, como também já delineado, é regra de tratamento e não apenas de convencimento, reunindo todas as demais garantias individuais do ordenamento processual moderno e vedando, essencialmente, qualquer forma de antecipação da punição. Constitui, assim, postulado fundamental à concepção do processo penal enquanto instrumento de limitação do poder punitivo.

Desse modo, por conta da característica instrumental, a prisão preventiva deve ser diversa da sanção penal. A custódia processual serve para resguardar a eficácia do decreto condenatório e, em última análise, da pena – vista como resposta ao crime cometido –, mas com ela não se confunde.

Em verdade, uma ilusória oferta de segurança, muitas vezes fomentada pela mídia,<sup>218</sup> tem acarretado a resistência à aplicação das normas constitucionais, o que

<sup>215</sup> CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos procedimentos cautelares**. Trad.: Carla Roberta Andreasi Bassi. Servanda: Campinas, 2000, p. 21.

<sup>216</sup> TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Prisão provisória**. Imprensa, Brasília, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, n. 122, maio-jul. 1994.

<sup>217</sup> LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 648.

não se admite em especial “neste tema de prisão e liberdade, notadamente quando se considera a crescente manipulação do clima de pânico e de alarme social em torno do fenômeno da violência”,<sup>219</sup> legitimando uma concepção de direito penal e processual penal enquanto apenas e tão somente instrumentos de luta contra o crime.<sup>220</sup>

Para se compreender uma das razões que levaram a uma quase equivalência entre prisão processual e pena, pertence trazer elementos da teoria de Winfried HASSEMER,<sup>221</sup> que aponta, no estudo da relação entre crime e punição, para o fato de que delito e pena se constituem como duas faces de uma mesma moeda, o que culmina na conclusão de que o círculo vicioso entre delito e punição não é passível de rompimentos. Com isso, o autor pretende demonstrar que a pena existe e deve existir, o que não é sequer uma construção abstrata e distante, mas uma opinião generalizada e aceita pela sociedade de modo geral.

Sob essa ótica, então, na vida cotidiana de qualquer sociedade existe a ideia de “controle social”, conceito que pode ser resumido no tripé “*vivir com normas sociales; sancionar desviaciones con estas normas; y observar, para estos efectos, determinadas normas de procedimiento*”.<sup>222</sup>

Essa lição é importante na medida em que torna evidente que as normas – sejam elas expressas ou tácitas – regem o comportamento humano, notadamente em uma lógica de expectativa de cumprimento, a qual gera, por sua vez, a sensação de segurança sem a qual os grupos sociais estariam fadados ao caos. Tal segurança pode ser vista sob dois aspectos: o positivo, que se relaciona com a

---

<sup>218</sup> Diante do alarmismo coletivo em torno do crime, Marcus Alan Gomes fala em *pânico moral* como “uma forma de gestão da crise social que permite a ilusória recomposição da ordem perdida. Na verdade, um mecanismo que desvia a atenção das pessoas das reais causas dos problemas sociais para concentrá-la na delinquência.” (GOMES, Marcus Alan. **Mídia e Sistema Penal: As distorções da criminalização nos meios de comunicação**. Rio de Janeiro. Editora Revan, 2015, p. 100).

<sup>219</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Prisão e liberdade processuais**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 1, n. 2, abril.jun.1993, p. 83.

<sup>220</sup> Nas palavras de Alexandre Morais da ROSA, “diante do ambiente violento, o acusado passa a ocupar o lugar de quem é o representante do mal, pagando uma conta que não é, necessariamente, sua”. (ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 305).

<sup>221</sup> HASSEMER, Winfried. **Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal**. In: Cursos de Postgrado em derecho de la Universidad de Salamanca, XII, 2012. Revista Penal: doctrina. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2012. p. 31.

<sup>222</sup> HASSEMER, Winfried. **Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal**. In: Cursos de Postgrado em derecho de la Universidad de Salamanca, XII, 2012. Revista Penal: doctrina. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2012, p. 32.

estabilização da norma, e o negativo, que se refere à necessária punição quando da quebra das expectativas de cumprimento da norma.<sup>223</sup>

Assim, essa noção de controle social explica de modo bastante concreto a necessidade de mecanismos que garantam o respeito à norma, consubstanciando-se a pena em ferramenta para a persecução de tal fim desde as teorias retributivas.<sup>224</sup> Estabelecida a sanção penal como necessária, torna-se importante a fixação de parâmetros racionais mínimos para se pressupor legítima a prerrogativa que um indivíduo – agente estatal investido de poder – possui de punir outro.

E como se sabe, um dos principais fins da pena relaciona-se com a ideia de prevenção,<sup>225</sup> sendo um dos defensores vanguardistas dessa finalidade o italiano Cesare BECCARIA, o qual já sustentava que:

“Eis, estão, sobre o que se funda o direito do soberano de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares. Tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano dá aos súditos”.<sup>226</sup>

Destarte, observa-se que de um lado há um conjunto de pessoas que precisa ter sua segurança assegurada e prevenida da prática de crimes; de outro lado há um indivíduo que, a despeito de ter cometido um delito, precisa ter sua liberdade considerada e respeitada; e no meio de tal embate está o Estado, que precisa

---

<sup>223</sup> Nesse sentido, é possível inferir que a punição não é única e exclusivamente um mal, mas, antes disso, é a resposta dada a uma lesão normativa pretérita – resposta esta que precisa estar nitidamente direcionada a uma quebra de expectativa específica, bem como deve guardar uma relação de equilíbrio com o dano causado, de modo a proporcionar que a infração normativa e a punição se limitem mutuamente.

<sup>224</sup> Com fulcro na teoria da retribuição lógico-jurídica hegeliana, a prática do delito é a negação do direito, e a pena, como resposta a esse mal, é a negação da negação do Direito, isto é, a pena é a negação do delito que reforça o Direito. (BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas. 2013, 752-753).

<sup>225</sup> A concepção das teorias relativas, apesar de também criticada, mostra-se consideravelmente mais sofisticada do que aquela lógica meramente restauradora, referindo-se, em linhas gerais, à noção de pena como prevenção (dividida em geral e especial). Assevera-se que, em um Estado racional, não pode haver meramente a ideia de vingança punitiva, devendo o aparato estatal cumprir uma função social, atuando na prevenção de delitos e aplicando penas para que os valores sociais negados pela prática do crime sejam reforçados.

<sup>226</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Lúcia Guidicini, Alessandro Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 29.

posicionar-se de maneira a sacrificar o menor número possível de direitos, e na menor proporção.

Entretanto, considerando o corte temático deste trabalho, para que não se estenda o estudo nessa digressão a respeito do denso debate entre crime e sanção, é preciso se fixar que a pena de prisão é restrição evidente do direito fundamental de liberdade. Essa restrição, no entanto, nos moldes constitucionais, é destinada primariamente aos casos em que o indivíduo tenha sido condenado por sentença penal condenatória transitada em julgado, raciocínio que decorre da principiologia da presunção de inocência.

Nessa perspectiva, sendo a prisão preventiva decretada sem que o indivíduo tenha sido condenado por sentença irrecorrível, a colisão entre esses direitos fundamentais – liberdade e segurança – torna-se ainda mais evidente.

Com efeito, valendo-se, mais uma vez, do ensinamento de HASSEMER quanto à sensação de segurança – relacionada à estabilização da norma e à necessidade de punição quando da quebra das expectativas de seu cumprimento – o que acontece atualmente é a utilização, mesmo que às vezes não consciente, dessa teoria no que toca à prisão preventiva.

Explica-se, utilizando-se lições de FERRAJOLI: com a introdução de inúmeros benefícios legais e a flexibilização da pena, acabou-se por legitimar, em termos teóricos, a manutenção de penas elevadíssimas e, em termos práticos, a revogação de penas mais sérias, prevendo sua redução na fase de execução, o que gera uma incerteza da sanção e a ruptura de correspondência entre pena edital e pena descontada, o que é elevado com o arbítrio extra-jurisdicional na fase de execução.<sup>227</sup>

Dessa forma, em razão da disseminada flexibilização pós-condenação, o que acaba ocorrendo é uma total inversão da ordem das coisas, com prisão durante o processo e a soltura após a sentença.

Como destaca BUSATO:

---

<sup>227</sup> FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. In: Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 37.

“Nesse caso, instaura-se um contrassenso no exercício da prisão como medida de cautela, onde a parte mais grave do controle social é exercida no curso do processo, quando não é afirmada, ainda, a culpa, reduzindo-se drasticamente o nível de intervenção quando se tem a certeza da responsabilidade”.<sup>228</sup>

É o que acontece, diuturnamente, quanto ao crime de tráfico de drogas, o qual apesar de ser equiparado constitucionalmente a crime hediondo, tem tido resposta estatal pouco rígida após o édito condenatório, principalmente por interpretações jurisprudenciais.

Ademais, penas alternativas, como multa ou prestação de serviços à comunidade, por exemplo, na mente dos julgadores, parecem não servir, e “somente quando o criminoso é recolhido a uma prisão há, efetivamente, a esperada punição”.<sup>229</sup> De forma direta: em se tratando de crimes mais graves, somente a imposição do cárcere tem sido tomada como capaz de atender às expectativas punitivas.

Assim, juízes, tendo conhecimento de que, após a sentença, será praticamente incabível a prisão, com o fito de estabilizar a norma, punir o indivíduo diante da transgressão, e não envergar a tutela apenas em direção ao direito à liberdade (em detrimento do direito à segurança), acabam por se valer da prisão durante o processo, num contrassenso que discrepa de qualquer lógica.

A isso ainda se soma a busca por uma justiça rápida, abrupta e pretensiosamente eficiente no chamado processo penal de emergência, que dita os rumos dos trabalhos processuais atualmente. Exigem-se resoluções imediatas, visto que “o tempo se contraiu, tudo está mais célere, mais rápido. Essa relação de velocidade se replica na ansiedade da demora em obter algo, inclusive no campo do processo penal e na segurança pública”.<sup>230</sup>

E, com isso, “se vai industriando o crime e vulgarizando as prisões cautelares”.<sup>231</sup> Como observa Rosimeire Ventura LEITE:

<sup>228</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas. 2013, 812.

<sup>229</sup> CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar**: dramas, princípios e alternativas. 4. ed. Salvador: Juspodium. 2018, p. 28.

<sup>230</sup> PRADO, Luiz Regis; SANTOS; **Diego Prezzi**. **Prisão preventiva: a contramão da modernidade**. 1<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 85.

<sup>231</sup> WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e Prisões Cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.19. De acordo com o autor, a busca por uma justiça rápida, em tempos modernos, revela

“Em um país com altos índices de criminalidade violenta como o Brasil, a prisão do suspeito logo após a ocorrência da infração penal e sua manutenção no cárcere trazem para a sociedade a sensação de eficiência do aparato legal (...). Há excesso de expectativa em relação à prisão preventiva, como se fosse o principal instrumento de política de segurança pública eficaz, o que naturalmente é um equívoco”.<sup>232</sup>

Desse modo, ante a morosidade do processo para o acerto definitivo do caso penal, o descrédito quanto à fase executiva da pena e a dificuldade do Estado de combater, por outros meios, a criminalidade, acaba-se por utilizar a prisão preventiva como resposta inapropriada<sup>233</sup> para a resolução de determinadas situações, tomando o lugar da pena.

E, nessa “penalização de um instituto eminentemente processual”,<sup>234</sup> muitas vezes se coloca o acusado fora da sociedade a qual se pretende garantir o ambiente pacífico, sob a visível finalidade de, por um lado, excluir, neutralizar ou mesmo eliminar o *inimigo* do convívio social, tomado como objeto de atos de coação física,<sup>235</sup> e por outro, assumir a garantia da obediência da norma e da fidelidade ao ordenamento jurídico enquanto função precípua do sistema penal, em prejuízo de seu outro e principal papel, o de protetor de bens jurídicos e limitador do poder estatal.

De acordo com GOMES:

“Os conflitos caracterizados como crime são encenados e assimilados sob o influxo das paixões momentâneas, proporcionando um ambiente em que a

---

uma “ideia utilitarista do processo. Uma ideia que acaba por observar o processo penal apenas como o aríete capaz de agilizar o procedimento, e não aquele filtro capaz de conduzir a verdade possível e válida, a partir de um clima de equilíbrio e ponderação, capaz de alcançar a justiça respeitando garantias, de forma eficiente.(...) A justiça desprovida de forma, de ponderação e de racionalidade, não raro é a própria vingança travestida de ideário nobre.”(WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e Prisões Cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.26).

<sup>232</sup> LEITE, Rosimeire Ventura. **A ordem pública como fundamento da prisão preventiva**. In: *Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Dir. Leonel Gonzales. Santiago: CEJA. 2018, p. 129.

<sup>233</sup> Como registra Antonio MACHADO, “o objetivo da prisão preventiva não é realizar a prevenção geral ou especial da violência ou criminalidade. Este último objetivo, na verdade, é uma das finalidades do processo principal.” (MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 551).

<sup>234</sup> CRUZ, Rogério. Schietti **Prisão Cautelar – Dramas, Princípios e Alternativas**. 4a ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 23.

<sup>235</sup> MALAN, Diogo Rudge. *Processo Penal do Inimigo*. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 230-231.

perseguição aos indesejados – exatamente os desviantes que representam o perigo e instigam o medo – e a sua exclusão permitem purificar novamente a sociedade pelo restabelecimento de seus marcos morais. Em breves palavras: a exclusão do criminoso considerado perigoso – o *outro* representativo do mal – reafirma a coesão social e a identificação das pessoas *de bem*.<sup>236</sup>

Destarte, a prisão preventiva, enquanto instrumental mais gravoso que dispõe o Estado na seara cautelar, revela-se instituto por demais sensível, em que diversos valores essenciais são colocados em jogo, tais como liberdade e presunção de inocência de um lado, e segurança e efetividade do processo, de outro.

De qualquer forma, como medida processual excepcional, para ser válida e condizente com a Constituição, deve manter sua natureza diversa da pena.

Então, procedida a essa breve análise crítica – que, espera-se, seja construtiva<sup>237</sup> – e realista da prisão preventiva, cumpre, agora, examinar a regulamentação desse polêmico instituto processual, analisando suas hipóteses de admissão, bem como os pressupostos necessários para a sua aplicação.

### 1.3.2. Hipóteses de admissibilidade da prisão preventiva

O legislador, em vista da importância do bem jurídico envolvido – a liberdade – e do histórico de abusos, procedeu a uma limitação das possibilidades da decretação da prisão preventiva.<sup>238</sup> Assim, para sua determinação, se faz necessária a observância das hipóteses de admissibilidade previstas no art. 313 do mesmo diploma.

De acordo com Geraldo PRADO,

<sup>236</sup> GOMES, Marcus Alan. **Mídia e Sistema Penal: As distorções da criminalização nos meios de comunicação**. Rio de Janeiro. Editora Revan, 2015, p. 100-101.

<sup>237</sup> Até porque “Crítica-se para transformar; a crítica pela crítica é estéril não porque seja mal-elaborada, mas em razão de não fazer questão (psicanalítica), ou seja, passa despercebida dado não dizer com o Outro (lacaniano), não o comprometer, não fazer o vivente se questionar sobre as suas verdades e, portanto, não ter sequer a chance de mudar. Nesta marca reside um dos grandes nós górdios do Direito, visto no seu devido lugar. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 175, p. 11-13, jun. 2007, p. 1).

<sup>238</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão preventiva na Lei 12.403/2011: Análise de acordo com os modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos**. 2a ed. São Paulo: Juspodium, 2017, p. 316.

“O art. 313 do CPP regula um dos aspectos do critério da excepcionalidade da prisão preventiva, no caso o das hipóteses de cabimento da medida, tendo em vista a homogeneidade entre o bem da vida visado pela providência cautelar e aquele eventualmente afetado com o advento da sentença condenatória transitada em julgado”.<sup>239</sup>

Resumidamente, pode-se mencionar que foi abandonado o antigo critério que somente permitia a medida cautelar em delitos punidos com reclusão, para agora admiti-la, como regra, apenas no caso de crimes dolosos com pena cominada superior a quatro anos (artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal).

Assim, vários delitos que antes permitiam a prisão preventiva, como o furto simples e a posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, agora, pelo novo critério, em regra, não permitem mais.

O dispositivo tem pertinência 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, devem, salvo impedimento legal ser substituídas por penas restritivas de direito previstas no art. 43 do Código Penal.<sup>240 e 241</sup>

Já se pode perceber, assim, que essa mudança está estreitamente relacionada com o princípio da proporcionalidade, buscando, o legislador, evitar que o mal causado ao acusado durante o processo seja pior do que poderá a ele ser infligido quando de seu término.

“Assim, se o juiz *ab initio* percebe que o crime cometido pelo agente terá sua pena privativa de liberdade convertida em restritiva de direitos, não faz

---

<sup>239</sup> PRADO, Geraldo. **Excepcionalidade da Prisão Provisória**. In: Medidas Cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas – comentários à Lei 12.403, de 04/05/2011. Coordenação: Og Fernandes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>240</sup> De fato, o art. 44, inciso I, do Código Penal dispõe que será cabível, em regra, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando for aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Por sua vez, de acordo com o art. 33, § 2, alínea “c”, do Código Penal, o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

<sup>241</sup> De acordo com Paulo César Busato, “Atualmente, também faz parte do programa do Direito penal mínimo a luta contra a *privação de liberdade dessocializante*. Deve-se ter em consideração que as penas de encarceramento de curta duração não produzem ressocialização, mas, ao contrário, produzem, em maior ou menor medida, certa dose de dessocialização. (...) Daí o avanço progressivo e louvável das substituições de encarceramento, tanto em termos de penas alternativas à prisão, quanto de medidas cautelares de vigilância que não impliquem privação de liberdade. Pode-se afirmar, com segurança, que tais avanços são derivações do princípio de intervenção mínima.” (BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas. 2013, p. 70).

sentido que decreta uma prisão preventiva. Impõe-se, pois, a observância da homogeneidade ou proporcionalidade entre a prisão preventiva a ser decretada e eventual condenação a ser proferida”.<sup>242</sup>

Importante se atentar que o dispositivo considera a pena máxima estabelecida pelo tipo penal. Dessa maneira, prevalece que no caso de concurso de crimes, deve ser levado em conta o *quantum* resultante da somatória das penas nas hipóteses de concurso material (art. 69, do Código Penal) e de concurso formal impróprio (art. 70, parte final, do Código Penal), assim como a majoração máxima resultante do concurso formal próprio (art. 70, 1ª parte, do Código Penal) e do crime continuado (art. 71, do Código Penal).<sup>243</sup> Também as qualificadoras devem ser consideradas,<sup>244</sup> o que se mostra de grande aplicação prática, vez que possibilita a prisão no furto qualificado.

Desse modo, não superado o patamar de 4 (quatro) anos de pena cominada, o normal é a impossibilidade da prisão. Contudo, é possível que a situação apresentada se enquadre dentro das outras hipóteses legais.

Pelo inciso II do artigo 313,<sup>245</sup> admite-se a desconsideração daquele patamar se o agente for reincidente em crime doloso. A reincidência ocorre quando o agente, nos termos do artigo 63 do Código Penal, comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que o tenha condenado por crime anterior.

Na hipótese em comento, o legislador entendeu que as condições pessoais do investigado ou acusado devem ser levadas em conta, autorizando o decreto preventivo no caso de recalcitrância criminosa, desde que em tipos dolosos e não superado o prazo depurador de 5 (cinco) anos da reincidência.

Para LOPES JR.,

<sup>242</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**: Doutrina, Jurisprudência e Prática. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 276.

<sup>243</sup> Nesse sentido, FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão Cautelar no Direito Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 116. Aliás, é esse o raciocínio extraído da Súmula 723 do STF (“*Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano*”).

<sup>244</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**: Doutrina, Jurisprudência e Prática. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 276.

<sup>245</sup> Sobre o dispositivo, CÂMARA adverte que “Trata-se de mera repetição – piorada – do art. 312, III, do conjunto normativo revogado. Há, inclusive, erro gramatical evidente com a supressão da palavra réu”. (CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas Cautelares Pessoais**: Prisão e liberdade provisória. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 147-148).

“Autorizar uma prisão preventiva com base, exclusivamente, no fato de ser o réu ou indiciado reincidente é uma interpretação equivocada, até porque viola a presunção de inocência (estabelece uma presunção de culpabilidade por ser reincidente), a proporcionalidade e a própria dignidade da pessoa humana”.<sup>246</sup>

No mesmo sentido, Rômulo de Andrade MOREIRA assevera que “evidentemente, merecem críticas tais critérios, muito mais condizentes com as circunstâncias judiciais a ser aferidas em momento posterior quando da aplicação da pena, além de se tratar de típica opção pelo odioso Direito Penal do Autor”.<sup>247</sup>

Em posição semelhante, NICOLITT defende que a Lei 12.403 se valeu de um instituto do Direito penal para autorizar uma medida cautelar, em flagrante violação à presunção de inocência.<sup>248</sup>

Já para MENDONÇA, a hipótese é válida, tendo em conta que ela

“é uma válvula de escape, impedindo que a sociedade fique desprotegida em face de agentes que insistem em praticar crimes dolosos de média e baixa gravidade. Imagine-se a hipótese de alguém que reiteradamente pratica delitos de lesão corporal dolosa, por exemplo”.<sup>249</sup>

Válido registrar, ainda, que se qualquer das duas infrações penais colocadas em confronto para fins de reincidência, for de natureza culposa, mesmo sendo o réu considerado tecnicamente reincidente, não caberá a prisão. Isso decorre da própria redação do dispositivo legal, que enuncia “se tiver sido condenado *por outro* crime doloso”.<sup>250</sup>

O inciso III do artigo 313 do Código de Processo Penal trata da hipótese da prisão preventiva protetiva, uma espécie especial de previsão, voltada para a

<sup>246</sup> LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 587.

<sup>247</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Da prisão preventiva, das medidas cautelares e a liberdade provisória: comentários à Lei n. 12.403/2011**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 15

<sup>248</sup> NICOLITT, André. **Processo Penal Cautelar: Prisão e demais medidas cautelares**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 98.

<sup>249</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 242-243.

<sup>250</sup> Nesse sentido, MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 245. Na mesma linha de entendimento, Renato Brasileiro de Lima (LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática**. 2<sup>a</sup> ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 279) e Jayme de Freitas (FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão Cautelar no Direito Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, p. 2013, p. 117).

proteção da vítima que se encontra em situação de vulnerabilidade, em razão da violência doméstica ou familiar.

Há quem critique a previsão, anotando que há sério problema de proporcionalidade, “vez que o provimento final seria menos gravoso que o provimento cautelar”.<sup>251</sup>

No entanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é serena em conferir validade a essa hipótese de admissibilidade da custódia cautelar.<sup>252</sup>

De fato, esse dispositivo justamente procurou abarcar casos que fugiam do alcance da regra fixada pelo inciso I do artigo 313. Nas palavras de Gustavo BADARÓ, o inciso III “tem por destino os crimes punidos com pena inferior a quatro anos, para os quais a prisão estaria vedada pelo inciso I, mas que resultem de violência doméstica, como o caso das lesões corporais leves”.<sup>253</sup>

Refere-se, assim, a uma tutela de segundo grau,<sup>254</sup> em que se pretende resguardar a imperatividade de outras cautelares anteriormente impostas,<sup>255</sup> além de impedir que o autor repita suas condutas delitivas.<sup>256</sup>

Com efeito, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) introduziu diversos mecanismos a prevenir a violência contra a mulher, especialmente nos artigos 22 a 24. Ao mesmo tempo, inseriu, no artigo 313 do diploma processual penal, a previsão de que a prisão preventiva pode ser decretada para garantir a execução dessas medidas protetivas de urgência.

<sup>251</sup> NICOLITT, André. **Processo Penal Cautelar: Prisão e demais medidas cautelares**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 99.

<sup>252</sup> Cita-se, como exemplo, o HC 170.962, em que ficou assentado que “A despeito de os crimes pelos quais responde o paciente serem punidos com detenção, o próprio ordenamento jurídico – art. 313, IV, do CPP, com a redação dada pela Lei 11.340/2006 – prevê a possibilidade de decretação de prisão preventiva nessas hipóteses, em circunstâncias especiais, com vistas a garantir a execução de medidas protetivas de urgência”.

<sup>253</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012, p. 742.

<sup>254</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 244.

<sup>255</sup> Lícito mencionar que, sem prejuízo de eventual prisão, em caso de descumprimento das medidas protetivas de urgência pelo suposto agressor, há tipificação específica na Lei Maria da Penha, no artigo 24-A, que enuncia: *Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.*

<sup>256</sup> Assim, sobre essa hipótese, adverte BADARÓ que não basta a simples observância da natureza do delito, “sendo acrescida uma exigência teleológica: a prisão se destinará a garantir a execução de medidas protetivas que já tenham sido decretadas, mas tenha havido descumprimento ou haja concreto perigo de descumprimento.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012, p. 742).

A Lei 12.403 de 2011 – anote-se – estendeu essa proteção específica, pela via prisional, a outros grupos em situação de hipossuficiência ou vulnerabilidade, quais sejam: criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

Outra hipótese de admissão da preventiva, prevista no parágrafo único do artigo 313 do CPP, ocorre quando houver dúvida sobre a identidade civil do agente ou quando este não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

Para que o Estado possa deflagrar a persecução penal, mostra-se de suma importância que se tenha conhecimento contra quem será instaurado o processo, buscando-se individualizar a pessoa contra quem se demanda (com nome, sobrenome, profissão, número de documento, endereço, etc.). Essa previsão procura evitar que haja injustiças ou erros judiciários, por conta de processamento de eventuais homônimos do autor do delito.

De qualquer forma, conforme adverte LOPES JR., esse dispositivo legal deve ser interpretado em conjunto com o disposto na Lei 12.037/2009, que regulamenta a identificação criminal prevista no art. 5, inciso LVIII, da Constituição Federal. Por essa lei, só se admite que o suspeito seja submetido à identificação de natureza criminal se não apresentado qualquer documento civil, como carteira profissional, carteira de identidade, passaporte, etc.<sup>257</sup>

À luz da proporcionalidade, para que se confira validade a esse dispositivo, a doutrina tem salientado a necessidade de que anteriormente à determinação da prisão, haja diligências policiais para a identificação. Ou seja, somente no caso de fracasso da atividade policial nessa direção é que se legitima a adoção da medida extrema.<sup>258</sup>

Nessa custódia – registre-se – o tempo de cárcere deve ser o estritamente necessário para a obtenção da identificação, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a sua ocorrência, salvo se outra hipótese recomendar a conservação da medida.

A última hipótese de admissibilidade já foi analisada quando do estudo do princípio da subsidiariedade, aplicável às cautelares penais. Trata-se da prisão

---

<sup>257</sup> LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 645.

<sup>258</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**: Doutrina, Jurisprudência e Prática. 2<sup>a</sup> ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 284.

preventiva sancionatória, prevista pela conjugação dos artigos 312, parágrafo único e 282, §4º, ambos do Código de Processo Penal, que tem cabimento no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Fora essas condições trazidas pela lei processual penal, há quem entenda existir um requisito negativo de admissibilidade,<sup>259</sup> isto é, que não pode estar presente para que surja a possibilidade de segregação preventiva. Com efeito, o artigo 314, do Código de Processo Penal estabelece que a prisão preventiva não será decretada se o juiz verificar pelos elementos de convicção constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do *caput* do art. 23 do Código Penal.

A doutrina tem, inclusive, dado interpretação extensiva a esse dispositivo, ressaltando que também nos casos em que inicialmente se vislumbra absolvição por excludentes de culpabilidade (como erro de proibição, coação moral irresistível e obediência hierárquica) não há se falar em admissão da prisão preventiva.<sup>260</sup>

Por fim, segundo anota BADARÓ, basta a probabilidade razoável de que o agente será absolvido em razão, por exemplo, da legítima defesa, pois somente no final do processo é que o juiz verificará, em cognição exauriente, a ocorrência ou não da justificante.<sup>261</sup>

### 1.3.3 Fundamentos da prisão preventiva

De início, cabe enfatizar que, para a decretação da prisão preventiva, além daquelas hipóteses materializadas no artigo 313, do Código de Processo Penal,<sup>262</sup> é necessária a verificação da existência de determinados pressupostos.

<sup>259</sup> Nesse sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012, p. 732.

<sup>260</sup> Nessa linha de entendimento: MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 252.

<sup>261</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 432.

<sup>262</sup> Imperioso registrar que as medidas cautelares diversas da prisão, inscritas no artigo 319 do Código de Processo Penal, somente precisam observar os pressupostos (e princípios) cautelares para serem aplicadas, não havendo necessidade de enquadramento nas hipóteses de admissão do artigo 313 acima analisadas. Assim, em razão da proporcionalidade, ostentam restrição menos onerosa para a sua fixação, tendo aplicação mais facilitada em relação à prisão preventiva.

Esses pressupostos já foram vistos nesta pesquisa, sendo os mesmos aplicáveis a todas as medias cautelares, quais sejam: *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*.<sup>263</sup>

Assim, quando da averiguação a respeito do cabimento da prisão preventiva, sintetiza Paulo RANGEL:

“*Conclusão:* Para decretar prisão preventiva, o juiz deverá: primeiro, observar se a lei permite: art. 313 do CPP. Segundo, se há *fumus comissi delicti*: prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria (art. 312 do CPP, *in fine*); e terceiro, se há o *periculum libertatis*: garantia da ordem pública ou da ordem econômica, ou necessidade de assegurar a instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal.”<sup>264</sup>

Conforme já examinado, o *fumus comissi delicti* toca ao requisito da prisão preventiva, configurando-se na plausibilidade e na expectativa do direito de punir diante da existência de um fato criminoso, enquanto o *periculum libertatis* – tomado como perigo concreto que a conservação do imputado em liberdade acarreta para a investigação criminal ou para o processo penal e seus fins – relaciona-se aos seus fundamentos autorizativos.

Esses fundamentos, os quais são alternativos, estão expressamente previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal. São eles: i) o asseguramento da aplicação da lei penal, ii) a conveniência da instrução criminal, iii) a garantia da ordem pública, iv) a garantia da ordem econômica.

Repisadas essas premissas, é momento de se examinar, resumidamente, cada uma das situações previstas no art. 312 do CPP, frisando-se que o fundamento da ordem pública, como objeto central do trabalho, será abordado de forma detalhada no segundo capítulo.

<sup>263</sup> Quanto aos pressupostos – pode-se dizer – que o que varia entre a prisão preventiva e as medidas cautelares diversas da prisão é “o grau de intensidade do perigo representado pela maior ou menor liberdade do imputado.” (CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas Cautelares Pessoais: Prisão e liberdade provisória**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 189). Isto é, como explica SCHIETTI, a diferença não é qualitativa, mas quantitativa, sendo que o que muda, portanto, “não é a justificativa ou a razão final da cautela, mas a dose de sacrifício pessoal decorrente de cada uma delas.” (CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 4. ed. Salvador: Juspodium. 2018, p. 183).

<sup>264</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 783.

### 1.3.3.1 Conveniência da instrução criminal

O fundamento da conveniência da instrução criminal começa, como adverte SCHIETTI, com uma impropriedade:<sup>265</sup> não há dúvida de que não basta à decretação da prisão a mera conveniência.<sup>266</sup> Não se pode perder de vista que a prisão preventiva, pelo seu elevado custo a direitos individuais, é medida de *extrema ratio*, e só pode ser determinada quando absolutamente necessária e indispensável.

Feito tal apontamento, pode-se dizer que o fundamento em exame refere-se à tutela da prova,<sup>267</sup> empregado quando houver risco efetivo para a instrução. É, portanto, medida tipicamente instrumental,<sup>268</sup> já que sua finalidade é a conservação dos meios para que se possa chegar ao resultado final do processo.<sup>269</sup>

Aqui, a liberdade do investigado ou acusado coloca em risco a coleta ou a confecção de provas, ou mesmo o regular desenvolvimento do processo, como ocorre, por exemplo, no caso de o acusado (ou alguém com ele conluiado)<sup>270</sup> tentar subornar ou constranger um perito, ameaçar testemunhas, atemorizar ou chantagear o juiz ou o promotor, ou dar cabo de provas documentais.<sup>271</sup> Inclusive, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a possibilidade de prisão preventiva por

<sup>265</sup> CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar – Dramas, Princípios e Alternativas**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 252. Já João Gualberto Garcez Ramos entende de forma diversa: para o referido autor, essa é a expressão utilizada pela lei, restando aos intérpretes colmatá-la. Além disso, dizer que a prisão somente pode ser decretada em termos de necessidade absoluta, levaria a um absurdo lógico. (RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no direito processual penal brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998. p. 133-134).

<sup>266</sup> Em exagerado exemplo, TOURINHO FILHO assevera que “Não se pode confundir conveniência com comodidade. Não pode o juiz, porque o réu reside um pouco distante, mandar prendê-lo por conveniência da instrução, alegando que, quando dever apresentar-se para uma audiência, por exemplo, não será preciso a expedição de precatória ou quejandos”. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 3, 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 491).

<sup>267</sup> No ponto, válido registrar que João Gualberto Garcez Ramos faz a seguinte ressalva: “*instrução criminal*, na acepção do Código de Processo Penal e na doutrina, ou é o próprio processo penal condenatório ou é a fase, dentro dele, em que a *atividade instrutória* predomina. Por isso não corresponde à verdade a afirmação de que tal prisão protege *exclusivamente a prova*; além disso, protege ela a *fase processual em que se dá a atividade instrutória*.” (RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no direito processual penal brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998. p. 133-134).

<sup>268</sup> “A mais visível entre as razões da prisão preventiva, do ponto de vista da instrumentalidade (...)” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; FISHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 5 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo. Atlas, 2013, p. 647).

<sup>269</sup> BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012, p. 737.

<sup>270</sup> Ao conluiado, é possível a instauração de investigação ou propositura de ação penal por, entre outros, crimes de corrupção ativa (CP, art. 333), fraude processual (CP, art. 347) e coação no curso do processo (CP, art. 344), a depender do caso.

<sup>271</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 617.

conveniência da instrução criminal em casos em que o acusado tenta subornar ou coagir corréus.<sup>272</sup>

Conforme expõe FIGUEIREDO, em situações extremas, a medida deve ser adotada, pois, caso contrário “a liberdade dos imputados tornará inócuos os esforços do Estado, diante da impossibilidade, artificialmente estabelecida, de coleta de provas mínimas demonstrativas dos crimes”.<sup>273</sup>

Ainda, válido dizer que mesmo a tentativa de turbar a apuração dos fatos e o andamento da persecução criminal poderá legitimar a adoção da prisão preventiva com base nesse fundamento, não sendo preciso aguardar que haja efetiva alteração ou supressão de provas. Além disso, a conduta lesiva à prova decorre de aparência fundada, não sendo necessárias – por se tratar de uma cautelar – provas plenas de sua ocorrência, até mesmo porque esse “esse tipo de ilícito não é feito às escâncaras”.<sup>274</sup>

No mais, entende-se, atualmente, que não justifica a prisão em nome da conveniência da instrução criminal para fins de obrigar o imputado a participar de algum ato probatório, como se submeter à acareação ou ao reconhecimento pessoal, nem mesmo para o interrogatório. Nos primeiros, se violaria o direito ao silêncio e o *nemo tenetur se detegere*. No segundo, tendo em conta que o acusado não é objeto de prova, consistindo o interrogatório em meio de defesa pessoal, dele se pode abrir mão, desde que o agente faça de forma expressa conjuntamente com sua defesa técnica.<sup>275</sup>

Também assim para Giulio ILLUMINATI:

<sup>272</sup> HC 102.732, julgado pelo plenário em 04.03.2010 (DJE de 07 de maio de 2010).

<sup>273</sup> 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. 102.

<sup>274</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no direito processual penal brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998. p. 136.

<sup>275</sup> LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 638. No mesmo sentido: Informativo n. 402 do STJ, 6<sup>a</sup> Turma, HC n. 115.881/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 13/08/2009. Em sentido diverso, FREDERICO MARQUES, o qual entende que o fato de o réu não comparecer a juízo faria com que vários instrumentos úteis não fossem levados à instrução da causa (MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol. IV; Rio de Janeiro: Forense. 1965, p. 49); e Romeu Pires de Campos BARROS, o qual sustentava que “não há qualquer dúvida de que o acusado é também prova no processo, não só pelo o que possa dizer, cooperando com o juiz na reconstrução fática, mas também pelo seu próprio aspecto somático, bastando pensar num reconhecimento de pessoa, o qual não se realiza sem a sua presença.” (BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Atual. de Maria Elizabeth Queijo. Coord. de Ada Pellegrini Grinover. 2<sup>a</sup> ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 253).

“Quando se fala em assegurar a presença do acusado no processo a fim de submetê-lo ao interrogatório, se entra na mesma lógica que outrora conduzia à tortura, se desta forma pretende-se obter do réu a verdade e talvez alcançar uma confissão. Não se pode esquecer que o interrogatório é essencialmente um meio de defesa, e se o acusado pretende comparecer o faz antes de tudo pelo próprio interesse”.<sup>276</sup>

Cumpra mencionar, também, que a prisão preventiva ordenada com base na conveniência da instrução subsiste enquanto persistir a instrução processual. Nas palavras de RAMOS, a medida “é referível à situação de perigo”.<sup>277</sup> Significa dizer que encerrada a fase instrutória, ou mesmo cessado o motivo específico que deu causa à decretação (como a tomada do depoimento da testemunha ameaçada), deve o juiz revogar a custódia decretada com fulcro nessa hipótese, indo ao encontro do que enunciam os artigos 316, *caput* e 282, §5º, ambos do CPP.<sup>278</sup>

Por fim, vale o registro de que outras alternativas também têm o condão de resguardar a prova. Com efeito, a pedido do Ministério Público, o magistrado pode determinar a produção antecipada da prova, por exemplo, ouvindo desde logo a testemunha que se diz ameaçada. Ainda, a determinação de uma busca e apreensão de determinado documento específico ou de proibição do acusado de se aproximar das testemunhas, são providências, que, ao tempo que interferem em menor grau na liberdade do imputado, podem se mostrar adequadas e suficientes para resguardar a confecção probatória.

### 1.3.3.2 Asseguramento da aplicação da lei penal

---

<sup>276</sup> ILLUMINATI, Giulio. **Presunzione d’innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atípica**. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 964 (Trad. Livre).

<sup>277</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no direito processual penal brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998. p. 137.

<sup>278</sup> Frise-se que a jurisprudência tem entendido, há certo tempo, que em se tratando de processos afetos ao Tribunal do Júri, a prisão preventiva decretada com supedâneo na conveniência da instrução criminal pode, a depender das circunstâncias do caso, perdurar até o julgamento em plenário, já que as testemunhas ameaçadas pelo acusado poderão ser novamente ouvidas perante os jurados, juízes naturais da causa. (Nesse sentido, STJ, 5ª Turma, HC n. 177.774/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 07/10/2010).

Segundo CÂMARA, por esse fundamento cautelar “busca a justiça deixar à sua disposição, acessível, no distrito da culpa, o indiciado ou acusado responsável pela prática de uma infração penal”.<sup>279</sup>

Basicamente, esse motivo relaciona-se com a prisão para evitar que o imputado fuja, tornando, dessa forma, inócua a sentença penal por impossibilitar o cumprimento da pena fixada.<sup>280</sup> Como assenta SCHIETTI CRUZ,

“Dada a complementariedade funcional do Processo Penal em relação ao Direito Penal – porquanto em face do monopólio punitivo estatal, este último somente se materializa por meio daquele – a iniciativa do acusado tendente a furtar-se à aplicação da lei penal poderá ser corrigida com sua segregação preventiva”.<sup>281</sup>

De acordo com LOPES JR., “o risco de fuga representa uma tutela tipicamente cautelar, pois busca resguardar a eficácia da sentença (e, portanto, do processo)”.<sup>282</sup> Em outras palavras, se destina a assegurar a utilidade de um provimento condenatório que se mostra provável, diante do *fumus comissi delicti*.<sup>283</sup>

É certo que a decretação da prisão em nome do asseguramento da aplicação da lei não pode se dar por meras ilações ou projeções realizadas pelo magistrado. Ao contrário, é imprescindível que exista um vínculo sério e fundado com a realidade fática e probatória. “A fuga não pode ser presunção judicial, mas sim fruto de elementos nos autos do processo que demonstrem, cabalmente, que o acusado deseja se subtrair à ação da justiça”.<sup>284</sup>

Assim, deve-se apresentar, como justificativa da prisão, um fato determinado, como a compra de uma passagem aérea ou uma transcrição de uma conversa obtida licitamente, através de interceptação telefônica, em que o agente demonstra seu propósito de sair do país. São fatos concretos que permitem ao juiz verificar a

<sup>279</sup> CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas Cautelares Pessoais: Prisão e liberdade provisória**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 137.

<sup>280</sup> BARROS aponta outra consequência: “a fuga do agente, intimidado pelo castigo que o aguarda, frustrará também a indenização civil, resultante do crime.” (BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Atual. de Maria Elizabeth Queijo. Coord. de Ada Pellegrini Grinover. 2ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 110).

<sup>281</sup> CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar – Dramas, Princípios e Alternativas**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 253

<sup>282</sup> LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 639.

<sup>283</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012, p. 738.

<sup>284</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 617

real intenção do imputado em se furtar dos efeitos de eventual sentença condenatória, o que, conseqüentemente, legitima a determinação da prisão preventiva.

Registre-se que não é motivo suficiente para o encarceramento preventivo o acusado ser pessoa rica, com capacidade financeira de fugir do estado ou do país. Também não é fundamento bastante o inverso, ou seja, o simples fato de o acusado ter má situação econômica, sem residência definida. Em ambos os casos haveria discriminação indevida, salvo nas hipóteses em que efetivamente esses sujeitos se valessem dessas situações para se evadir do distrito da culpa.

Há decisões judiciais – bastante minoritárias – dando conta que a fuga do local dos fatos após a ordem de prisão, por si só, não corporifica o risco para aplicação da lei penal.<sup>285</sup> Segundo tal entendimento, deve-se demonstrar a intenção do sujeito de se subtrair à ação da justiça em momento anterior à expedição do decreto prisional.

Frequentemente, os tribunais superiores realizam importante distinção, para fins de caracterizar-se o fundamento legal para a prisão preventiva, entre o réu que simplesmente não é localizado em endereço constante nos autos e o que de fato se evadiu.<sup>286</sup>

Até mesmo essa prisão para evitar a fuga, pacificamente aceita em um sem número de legislações mundo afora, encontra censuradores de peso, como FERRAJOLI, que raciocina no sentido de que a fuga geralmente ocorre por medo da prisão preventiva e não da condenação,<sup>287</sup> e, não existindo aquela, o acusado teria interesse em se defender da melhor forma possível.

Outra questão importante trata-se do acusado citado por edital que não comparece e nem constitui defensor. Segundo o art. 366 do CPP, além da suspensão do processo e do prazo prescricional, pode o juiz decretar a prisão

---

<sup>285</sup> A respeito: STJ, 6ª Turma, HC n. 91.083/BA, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJ 10/03/2008.

<sup>286</sup> Nessa linha: STF, 2ª Turma, HC94759, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Relator para o acórdão: Min. CEZAR PELUSO, DJE 02/09/2008.

<sup>287</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do garantismo penal. 4ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 448.

preventiva.<sup>288</sup> De todo modo, impera anotar que o citado dispositivo não criou hipótese de custódia preventiva obrigatória, tendo em conta que a própria redação do artigo subordina a decretação à presença dos pressupostos do art. 312 do CPP. Assim, não existe uma presunção absoluta de que o réu citado por edital pretende evitar a aplicação da lei.

Finalizando, é de se atentar que medidas mais simples por parte da polícia judiciária, ou mesmo por parte da autoridade judiciária, podem ser encetadas de modo a prevenir a fuga do agente, como emissão de alerta ou distribuição dos dados documentais a companhias aéreas, viagens de ônibus e locadoras de veículos.

Além disso, por força do disposto do princípio da subsidiariedade, também nesse fundamento preventivo, há várias medidas cautelares que podem se mostrar tão eficazes quanto a prisão para assegurar a aplicação da lei, com um custo menor para o acusado. Elenca-se, a título exemplificativo, a proibição de o agente ausentar-se da comarca (art. 319, inciso IV) a entrega do passaporte (art. 320), ou mesmo a monitoração eletrônica (art. 319, inciso IX), as quais também têm o condão de vincular o réu ao distrito da culpa, sem restringir por completo sua liberdade.

### 1.3.3.3 Garantia da ordem econômica

A Lei 8.804/1994, conhecida como Lei Antitruste, que, entre outras providências, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, acrescentou ao artigo 312 do Código de Processo Penal mais uma hipótese autorizadora da prisão preventiva: a prisão para a garantia da ordem econômica.

Esse fundamento é identificado com situações de crimes que envolvem “vultosos golpes no mercado financeiro, abalando a credibilidade na ordem econômica ou do sistema financeiro”.<sup>289</sup>

<sup>288</sup> No ponto, importante esclarecer que, sendo apenas este o motivo, não parece ser necessária a determinação da prisão, tendo em conta que uma ordem de busca e apreensão atenderia o objetivo de vincular o acusado ao processo.

<sup>289</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012, p. 736.

Como asseverou RAMOS, “o conceito de ordem econômica se insere no de ordem pública, sendo uma especialização deste”.<sup>290</sup> Desse modo, basicamente, dá supedâneo à prisão do agente caso haja risco de reiteração delituosa em relação aos crimes econômicos em geral, ou seja, infrações contra a ordem econômica, contra a economia popular, contra as relações de consumo, contra a propriedade industrial, contra o sistema financeiro, de lavagem de dinheiro, entre outros.

Com essa previsão, pretende-se proteger especificamente os bens jurídicos indicados no artigo 170 da Constituição Federal, notadamente a livre concorrência, a livre iniciativa e a defesa do consumidor, e o artigo 192 também da Carta Maior, que protege o sistema financeiro nacional.<sup>291</sup>

Na verdade, quando a Lei Antitruste introduziu este fundamento no artigo 312 do CPP, não se buscava apenas criar propriamente um novo fundamento para a prisão preventiva, mas também indicar ao intérprete, principalmente ao juiz, que se deve ser mais severo com os delitos contra a ordem econômica. Nas palavras de Andrey Borges de MENDONÇA:

“O legislador busca indicar que nesta espécie de criminalidade, embora não haja muitas vezes vítima determinada, se atinge de maneira muito mais profunda, difusa e grave o interesse de toda a sociedade”.<sup>292</sup>

De se lembrar, também, que nos crimes contra o sistema financeiro, definidos na Lei 7.492/1986, além do disposto no artigo 312 do CPP, há ainda outro fundamento legal para a decretação da prisão preventiva, qual seja, a “magnitude da lesão causada”. Contudo, diversos autores, como BADARÓ, criticam esse critério, por não ter natureza cautelar e porque há diversos crimes que a “magnitude da lesão” é imensa – como no caso do homicídio consumado, em que há morte de uma pessoa – e nem por isso sempre se estaria legitimada a prisão.<sup>293</sup>

<sup>290</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no direito processual penal brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998. p. 144.

<sup>291</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 271.

<sup>292</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 272.

<sup>293</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012, p. 736.

Ademais, critica-se a própria autorização da prisão pela garantia da ordem econômica, tanto pela sua suposta inutilidade, tendo em conta que abarcada pela garantia da ordem pública e, principalmente, pelo fato de que nos casos em que ela teria aplicabilidade, o direito administrativo sancionador desempenharia o papel, com restrições aos ativos e às atividades de agentes e empresas, como o sequestro e a indisponibilidade de bens, conservando o direito penal ao seu caráter subsidiário e fragmentário.

#### 1.3.3.4 Garantia da ordem pública

A expressão ordem pública é vaga e indeterminada, possuindo grande maleabilidade conceitual, sem um referencial semântico seguro, o que tem gerado intensas contendas doutrinárias e jurisprudenciais.

Por essa vagueza e abertura, é o fundamento preferido e mais utilizado para a decretação da prisão preventiva, e, pela mesma razão, o mais criticado.

A despeito disso, o Congresso Nacional, quando da reforma levada a cabo pela Lei 12.403/2011, optou por não alterar a redação do artigo 312 do Código de Processo Penal, perdendo uma grande oportunidade de delimitar seu significado.

Os principais sentidos que são comumente conferidos a esse critério prisional estão relacionados à gravidade do delito, à periculosidade do agente, à reiteração criminosa, à conservação da credibilidade das instituições e ao clamor público.

Ao lado de diversas questões polêmicas e controvertidas a respeito do tema, esses diversos conceitos de ordem pública, entre outros, serão detalhadamente examinados no segundo capítulo deste trabalho.

## EXCURSO: DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO PELO JUIZ À LUZ DO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO

Inicialmente, faz-se imperioso salientar que o princípio acusatório ou dispositivo é aquele que sustenta o chamado sistema acusatório. Ele difere do princípio inquisitivo, que, por sua vez, dá base ao modelo inquisitório.<sup>294</sup>

Isto posto, pode-se afirmar que a estrutura processual variou ao longo dos séculos, conforme o predomínio da ideologia punitiva, com elementos autoritários, ou libertária, com elementos democráticos.<sup>295</sup>

Os dois sistemas mencionados (inquisitório e acusatório) vieram a lume, principalmente, por razões políticas. O sistema processual inquisitório é instituído no âmbito da Igreja Católica e tem seu marco histórico em 1215, com o IV Concílio de Latrão, marcado pela exclusão das partes e a tomada do réu como pecador (e objeto de investigação), o qual possui uma verdade a ser extraída.<sup>296</sup> Neste caso, o inquisidor “conduz o resultado para onde quiser”,<sup>297</sup> fulminando a principal garantia da jurisdição que é a imparcialidade do julgador, sistemática bastante simples e que, por interessar aos detentores do poder, tem resistido o passar dos séculos.<sup>298</sup>

<sup>294</sup> Sobre o assunto, vale-se, aqui, da preciosa lição de JACINTO COUTINHO: “Ainda que com uma visão sucinta, tenho a noção de *sistema* a partir da versão usual, calcada na noção etimológica grega (*systema-atos*), como um *conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim*. É fundamental, como parece óbvio, ser o conjunto orquestrado pelo *princípio unificador* e voltado para o *fim* ao qual se destina. Este, no processo penal, como se sabe, joga com conceitos que passam pela *instrumentalidade* e pela *paz social*. Aquele, da sua parte, não pode ser desprezado em hipótese alguma. Trata-se, como se tem presente, do *princípio inquisitivo* e do *princípio dispositivo*, os quais dão sustentáculo ao *sistema inquisitório* e ao *sistema acusatório*, respectivamente”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda de. **O papel do Novo Juiz no Processo Penal**. In: *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001. p. 9).

<sup>295</sup> Apesar da extrema relevância do tema, a estrutura dos sistemas não é objeto específico dessa pesquisa e, por esse motivo, o assunto será tratado com certa superficialidade. De qualquer modo, alguns apontamentos são essenciais para introduzir a abordagem sobre a relação entre princípio acusatório e decretação da prisão preventiva.

<sup>296</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema Acusatório: Cada parte em seu lugar constitucionalmente demarcado.** Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194935>>. Acesso em 10/10/2018.

<sup>297</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema Acusatório: Cada parte em seu lugar constitucionalmente demarcado.** Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194935>>. Acesso em 10/10/2018.

<sup>298</sup> Aury Lopes Jr. assevera que o sistema processual previsto pelo CPP de 1941 é fundamentalmente inquisitório. Segundo o autor, “o processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório se preferirem, para descolar do modelo histórico medieval. Ainda que se diga que o sistema brasileiro é misto, a fase processual não é acusatória, mas inquisitória ou neoinquisitória, na

Já o sistema acusatório nasce na Inglaterra, sob o reinado de Henrique II, no século XII.<sup>299</sup> Esse modelo é o que se coaduna com a democracia processual, fundando-se na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas regras do devido processo legal.

Estabelece um processo de partes, com estrutura dialética, no qual o juiz se reserva ao papel de garante da ordem constitucional e dos direitos individuais. Em tal sistema, não se permite que a mesma pessoa decida a partir da prova que ela própria produziu.

Embora não se descarte a importância da análise referente à separação entre os órgãos julgador e acusador, razão assiste à doutrina que estabelece que um sistema processual se define pela *gestão da prova* e a quem ela cabe.

Como ensina COUTINHO,<sup>300</sup> se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstituição do crime, enquanto fato histórico, através da instrução probatória, é a gestão da prova o princípio unificador que identificará se o sistema é inquisitório ou acusatório. Isto é, se o controle da prova pertence ao juiz, como ocorre no nosso sistema, estamos distantes de um princípio verdadeiramente acusatório, e sim, diante de um sistema inquisitório (juiz-ator). Se a gestão da prova está confiada às partes, está presente o núcleo fundante de um sistema acusatório (juiz-espectador).

Mostra-se, assim, crucial analisar o núcleo fundante do sistema, para definir o predomínio da estrutura inquisitória ou acusatória, ou seja, se o princípio informador é o inquisitivo (gestão da prova nas mãos do juiz) ou acusatório (gestão da prova nas mãos das partes). De nada serve uma singela separação inicial das funções se depois essa situação não se mantém, se permitindo que o juiz tenha comportamento

---

medida em que o princípio informador é o inquisitivo (...)” (LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 47). Sobre a passagem, é prudente anotar que não se defende a existência de um sistema misto. De fato, como ideia única, o princípio unificador não comporta divisão, não podendo levar a um sistema misto, salvo se este for entendido sob a ideia de sistema dominante, com agregação de elementos de outro sistema, mas não pela simples divisão das funções processuais.

<sup>299</sup> Foi quando, em 1166, instituiu-se o *Trial by jury*, no qual o julgamento se transformava em um grande debate, em igualdade de condições, entre acusação e defesa, sendo que o representante real somente intervinha para manter a ordem. (Nesse sentido, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema Acusatório: Cada parte em seu lugar constitucionalmente demarcado**. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194935>>. Acesso em 10/10/2018).

<sup>300</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema Acusatório: Cada parte em seu lugar constitucionalmente demarcado**. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194935>>. Acesso em 10/10/2018.

ativo, seja determinando a produção da prova (CPP, art. 156), seja condenando diante de pedido de absolvição do Ministério Público (CPP, art. 385) ou – e é o que interessa a este trabalho – seja decretando de ofício a prisão preventiva (CPP, art. 311).

Eugênio PACELLI e Douglas FISHER, ao tratarem do art. 311 do CPP,<sup>301</sup> com redação dada pela nova lei, discorrem ter havido um avanço legislativo ao se impossibilitar ao julgador o estabelecimento da prisão preventiva durante a fase pré-processual.<sup>302</sup>

Como se sabe, a investigação cabe, em regra, à autoridade policial, tendo o Ministério Público o seu destinatário final, a quem caberá decidir pelo ajuizamento ou não da ação, sendo que nesta, como explica Silva Jardim:

“Os interesses de ordem pública, tão palpitantes nas causas penais, têm como respectivos titulares o Ministério Público e o réu, por seu defensor. Ao juiz cabe, unicamente, dar equidistante e imparcialmente a cada um o que é seu, aplicando a vontade da lei”.<sup>303</sup>

Desse modo, na investigação, o juiz exerce uma importante missão reservada à jurisdição penal, a tutela das liberdades públicas, exercendo controle de legalidade dos atos investigatórios, regulando a ingerência sobre a vida privada de indiciados e terceiros. No entanto, não cabe ao magistrado amparar a investigação ou dar-lhe os rumos a seguir, devendo atuar como um juiz de garantias.

Na verdade, ao juiz só cabe intervir quando sua atuação se fizer necessária diante das cláusulas de reserva de jurisdição, as quais, fundamentalmente, exigem ordem judicial para interceptação telefônica, mandado de busca e apreensão

---

<sup>301</sup> CPP, art. 311: “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

<sup>302</sup> “Corrigindo antigo defeito, e, no ponto, divergindo do texto do art. 156, relativo às provas, a Lei n. 12.403/11 somente autoriza a decretação preventiva de ofício, pelo juiz, quando no curso do processo. Na fase de investigação dependerá de provocação, seja da autoridade policial, seja por requerimento do Ministério Público. O juiz brasileiro não é mais o juiz do Código de 1941, não lhe competindo zelar pela qualidade da investigação, ao menos desde o ano de 1988, por força da nova ordem constitucional” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; FISHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 5 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo. Atlas, 2013, p. 641).

<sup>303</sup> SILVA JARDIM, Afrânio. Arquivamento e desarquivamento do inquérito policial, *Justitia*, 1984, p. 124 – 1984.

domiciliar e mandado de prisão. E, em qualquer dessas hipóteses, ele deverá ser provocado pelos órgãos titulares da persecução, especialmente o Ministério Público, sendo vedada àquele qualquer iniciativa nesse sentido.

PACELLI e FISHER sustentam que a necessidade de garantir a eficácia do processo diz respeito a questões que extrapolam a vontade das partes, razão pela qual consideram legítima a decretação da constrição de ofício na fase processual.

304

Apesar do respeito à posição dos ilustres autores, não parece ser o melhor caminho. De fato, a insistência do legislador em permitir que a prisão preventiva seja decretada de ofício pelo juiz contraria regras inerentes ao sistema acusatório constitucional,<sup>305</sup> demarcado no art. 129 da Constituição Federal, que separa durante todo o processo a função de acusar e julgar, e principalmente no art. 5º, que define as regras do devido processo legal, especialmente da garantia do juiz natural (e imparcial) e do contraditório.<sup>306</sup>

Ademais, esse ativismo tipicamente inquisitivo compromete o princípio da inércia da jurisdição e, principalmente, a própria garantia da imparcialidade do julgador, que, ao tomar atitudes de ofício, assemelha-se à figura de inquisidor.<sup>307</sup> No processo penal, exige-se do juiz um estar alheio aos interesses das partes na causa,

---

<sup>304</sup> Segundo os autores: “de outro lado, quando já instaurado o processo e em curso a imputação penal – que aliás, decorre, na ordem jurídica atual, da regra da obrigatoriedade –, pode e deve o magistrado exercer em maior extensão o controle de legalidade, não mais na investigação, mas já da efetividade do processo penal. E, para isso, poderá, por iniciativa própria, adotar as medidas cautelares necessárias a tais finalidades, incluindo a prisão” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; FISHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 5 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo. Atlas, 2013, p. 642).

<sup>305</sup> Para COUTINHO, a questão é tentar quase o impossível: compatibilizar a Constituição da República, que impõe um Sistema Acusatório, com o Direito Processual Penal brasileiro atual e sua maior referência legislativa, o CPP de 41, cópia malfeita do *Codice Rocco* de 30, da Itália, marcado pelo princípio inquisitivo nas duas fases da *persecutio criminis* (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 175, p. 2.)

<sup>306</sup> LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, 45.

<sup>307</sup> Nessa linha: “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).

o que “não significa que ele está acima das partes, mas que está para além dos interesses delas”.<sup>308</sup>

A imparcialidade é garantida apenas pelo modelo acusatório, de modo que somente haverá verdadeiras condições de sua observância quando existir, além da separação das funções, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória, dispensando posições ativas.

Com efeito, um dos maiores perigos para quem julga reside no apego à primeira impressão e na construção, a partir dela, de premissas fundantes que condicionam toda a cadeia de produção de sentido no desenvolvimento do processo, valorizando apenas o que confirma a primeira hipótese, encobrando a realidade e desprezando o conjunto probatório produzido nos autos.<sup>309</sup>

Desse modo, da mesma maneira que o juiz que vai atrás das provas está contaminado, o que decreta de ofício a prisão preventiva<sup>310</sup> também o está, pois aquela primeira impressão – de que há provas contra o acusado e que ele é perigoso – será levada ao longo do processo até a prolação da sentença.

Isso constitui o que Franco CORDERO chama de o “primado da hipótese sobre os fatos”,<sup>311</sup> que, em linhas gerais, significa que o sujeito que julga atribui sentido válido apenas às manifestações que confirmam seu entendimento prévio, desprezando provas e evidências em sentido contrário.

Ora, com o agente preso, na falta de autocrítica do julgador, já há uma predisposição para condenar, de forma a confirmar aquela primeira convicção quando da decretação da custódia. E como ele que detém as regras do jogo, é ele quem aponta na direção da sua hipótese.<sup>312</sup>

---

<sup>308</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda de. **O papel do Novo Juiz no Processo Penal**. In: Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro, Renovar, 2001. p. 11.

<sup>309</sup> Nesse sentido, a noção de imparcialidade subjetiva, a qual “alude à convicção pessoal do juiz concreto, que conhece de um determinado assunto e, desse modo, a sua falta de ‘pré-juízos’” (LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 65).

<sup>310</sup> Especialmente no Brasil, em que o juiz que decreta a prisão no inquérito policial é, em regra, o mesmo juiz que irá sentenciar.

<sup>311</sup> CORDERO, Franco. **Guida allá procedura penale**. Torino: UTET, 1986, p. 51-52.

<sup>312</sup> CORDERO, Franco. **Guida allá procedura penale**. Torino: UTET, 1986, p. 51-52.

Assim, com a prisão decretada de ofício, o juiz já está decidido, bastando ir atrás dos fatos que legitimam a decisão que já tomou.<sup>313</sup>

Sendo dessa forma, a primeira tarefa para o adequado deslinde dos casos penais é adotar, o julgador, uma atitude constante de suspeição de si, desconfiando acerca de suas verdades e das antecipações que faz do caso, com o fito de minimizar a contaminação do resultado com suas concepções anteriores.

E essa missão é árdua e de inusitada aplicação, considerando a dificuldade quase intransponível de o juiz assumir que decretou a prisão preventiva do imputado de forma equivocada, ainda mais se o tiver feito de ofício. Em seu entendimento, a culpabilidade do réu já está formada desde a determinação da custódia, com prevalência da hipótese por ele criada mesmo diante de eventual ausência de provas.

É por tudo isso que parece serem incompatíveis a decretação da prisão preventiva de ofício pelo magistrado e o princípio acusatório. Ao contrário, agindo oficiosamente, aproxima-se do princípio inquisitivo, tendo em conta que juiz paranoico e sistema inquisitório estão vinculados.<sup>314</sup>

Superada a questão da impossibilidade da determinação da prisão preventiva de ofício pelo juiz, importante conteúdo, que se revela atual e polêmico, é a possibilidade de conversão do flagrante em preventiva, de ofício pelo juiz, independentemente de pedido do Ministério Público.

Antes, um breve esclarecimento: mesmo depois da alteração ocorrida em 1977 (que incluiu o art. 310, parágrafo único ao CPP, estabelecendo que a prisão em flagrante somente se manteria se presentes os pressupostos da preventiva) e mesmo da promulgação da Constituição Federal em 1988, o agente preso em flagrante poderia permanecer detido ao longo de todo o processo por força do próprio flagrante, vez que o entendimento jurisprudencial era no sentido de que o juiz não precisaria se manifestar expressamente sobre a necessidade da prisão,

---

<sup>313</sup> Como bem ressalta Aury Lopes Jr., “Não que com isso estejamos querendo o impossível – um juiz neutro – senão um juiz independente; alguém que realmente possua condições de formar sua livre convicção”. (LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 61).

<sup>314</sup> Como bem pontua CHOUKR, cada vez que se confere ao magistrado (ou a quem quer que não seja o titular da ação penal) o poder de atuar sem provocação na ação penal cautelar, está se distanciando do modelo acusatório (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**, 6. ed. São Paulo, Saraiva: 2014, p. 633).

salvo se provocado. Com a reforma de 2011, a Lei 12.403 passou a exigir a verificação judicial dos requisitos da preventiva após a prisão em flagrante, devendo esta ser convertida em preventiva, caso aqueles se fizerem presentes. Ou seja, após a edição da referida lei, o flagrante deixou de ser título apto a justificar a prisão cautelar ao longo do processo.

Com efeito, segundo os termos do art. 310, inciso II, quando o juiz receber os autos de prisão em flagrante, ele deverá se pronunciar acerca da imposição ou não de medida cautelar, dentre elas a prisão preventiva. Isso vem ocorrendo, em regra, durante as chamadas audiências de custódia.

Quem defende a possibilidade da conversão de ofício explica que o que há, efetivamente, não é decretação e sim mera manutenção da prisão.<sup>315</sup>

No entanto, parece-nos que as mesmas explicações já delineadas valem para esse tema, no sentido de se sustentar a impossibilidade da conversão oficiosa. E há um *plus* a justificar tal impedimento: ora, ao converter a prisão em flagrante em preventiva de ofício, isso se dá na fase de investigação, antes mesmo do oferecimento da denúncia e a opção do próprio legislador foi bastante clara em não deixar espaço para prisão de ofício na fase pré-processual.

Em assim sendo, mesmo para os que concordam com a possibilidade de agir de ofício durante a fase processual, não há como compactuar com a aplicação da medida cautelar de ofício antes do processo, sob pena de evidente ofensa ao princípio acusatório e à imparcialidade do juiz.

Reforça esse argumento a própria Lei da Prisão Temporária (Lei n. 7.960/89), editada no ano seguinte à promulgação da Constituição Federal. Tendo seu âmbito de incidência limitado à fase preliminar, a própria lei atenta, ao menos nessa parte, para o sistema acusatório traçado pela Carta Magna, não possibilitando que o juiz decrete a medida cautelar de ofício (art. 2º, *caput*). E se ao magistrado é vedado expedir ordem de prisão temporária de ofício, é certo que tal vedação também vale à determinação de outras medidas e à conversão do flagrante em preventiva.

Além disso, como já visto nesse trabalho, o flagrante possui uma cautelaridade menor,<sup>316</sup> e não possui os mesmos objetivos que a prisão preventiva,

---

<sup>315</sup> Nesse sentido, OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; FISHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 5 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo. Atlas, 2013, p. 565.

sendo que cabe ao órgão acusador realizar o pedido de prisão (ou de outra medida), sob pena de, agindo de ofício, o juiz, além de agir contrariamente ao sistema acusatório adotado pela Constituição Federal, compromete sua imparcialidade e se imiscui em atribuição do Ministério Público, na sua atividade persecutória.

Como bem registra LOPES JR., a conversão não é automática e tampouco despida de fundamentação, devendo conter, também, os motivos pelos quais o juiz entendeu inadequadas as medidas cautelares diversas do art. 319 do CPP. Segundo o autor, é imprescindível que haja a representação da autoridade policial ou o requerimento do Ministério Público, vez que “a 'conversão' do flagrante em preventiva equivale à decretação da prisão preventiva”.<sup>317</sup>

Tanto é assim que pode ocorrer de depois da mudança de ofício do flagrante para preventiva pelo juiz, o Ministério Público, *dominus litis*, entender que não houve crime e deixar de denunciar, devendo, obrigatoriamente, o agente ser colocado em liberdade, não sem antes padecer dias no cárcere de forma desnecessária.

Outro aspecto do tema que se mostra relevante, mas que não tem despertado a devida atenção da doutrina, é a possibilidade de o Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, em sede de *Habeas Corpus*, conceder a ordem para anular a prisão preventiva e, ao mesmo tempo, *ex officio*, impor ao paciente medidas cautelares diversas da prisão.

A prática tem sido aceita na jurisprudência, consistindo em praxe quando há a revogação da prisão. Serve de parâmetro de análise o ocorrido no *Habeas Corpus* nº 127186/PR,<sup>318</sup> julgado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, cuja relatoria ficou a cargo do Ministro Teori Zavascki. No *writ* em foco, o juízo de primeiro grau, responsável pela condução dos processos da chamada “Operação Lava-Jato” referente aos réus que não tinham foro por prerrogativa de função, decretou a prisão preventiva do presidente de uma grande construtora do país.

Sem proceder à indevida incursão no mérito da prisão, o fato é que o acusado foi solto pelo Pretório Excelso, porém, foi além a Suprema Corte, ingressando na análise das medidas cautelares pessoais diversas da prisão.

---

<sup>316</sup> A ponto de, como já anotado, ser chamado de medida pré-cautelar por muitos processualistas.

<sup>317</sup> LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 12 ed. São Paulo. Saraiva: 2015, p. 625.

<sup>318</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC127186voto.pdf>. Acesso em 01/11/2018.

Entendeu a Corte que tais medidas cautelares seriam efetivas para o bom andamento do processo, aplicando-lhe medidas cautelares *ex officio*<sup>319</sup> sem fundamentar seu cabimento. A decisão serviu de parâmetro e modelo para os demais Tribunais, que diuturnamente aplicam medidas cautelares de ofício.<sup>320</sup>

Pode-se defender que o tribunal estaria apenas substituindo medida mais grave, a prisão, por medidas menos severas, agindo de ofício em favor do custodiado. Contudo, o argumento não convence. Primeiro porque, como visto, as medidas cautelares diversas da prisão também impõem sérias restrições à liberdade do agente, não se configurando em benesse que lhe é ofertada; leia-se: são medidas alternativas à prisão e não medidas alternativas à liberdade. Segundo e principalmente, porque o princípio acusatório, consagrado pela Constituição Federal, deve ser resguardado em seu máximo, não se permitindo maleabilidade ou subterfúgios em nenhum sentido.

---

<sup>319</sup> Ao deferir o *habeas corpus*, o Supremo Tribunal Federal impôs as seguintes medidas: a) afastamento da direção e da administração das empresas envolvidas nas investigações, ficando nas proibido de ingressar em quaisquer de seus estabelecimentos, e suspensão do exercício profissional de atividade de natureza empresarial, financeira e econômica; b) recolhimento domiciliar integral até que demonstre ocupação lícita, quando fará jus ao recolhimento domiciliar apenas em período noturno e nos dias de folga; c) comparecimento quinzenal em juízo, para informar e justificar atividades, com proibição de mudar de endereço sem autorização; d) obrigação de comparecimento a todos os atos do processo, sempre que intimado; e) proibição de manter contato com os demais investigados, por qualquer meio; f) proibição de deixar o país, devendo entregar passaporte em até 48 (quarenta e oito) horas; g) monitoração por meio da utilização de tornozeleira eletrônica.

<sup>320</sup> No Paraná, a prática é corriqueira, podendo-se citar os seguintes exemplos: HC 1330217-1; HC 1338154-1; HC 1351821-5.

## 2 A ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO PARA A PRISÃO PREVENTIVA

Este capítulo visa a explorar os conceitos doutrinários e jurisprudenciais sobre a garantia da ordem pública como fundamento para a prisão preventiva, isto é, os sentidos a ela atribuídos como motivo prisional.

Para tanto, o capítulo trabalhará a origem deste plurívoco e multifacetado termo, bem com sua elástica aplicação no direito processual penal. Além disso, serão analisadas, de forma individualizada, as principais concepções e definições dogmáticas de ordem pública como supedâneo para a custódia cautelar. Em seguida, será visto como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm decidido quando se depara com prisões calcadas nesse motivo prisional.

Ao final, ante a forte divergência que permeia o tema, o foco é a análise da constitucionalidade ou não da garantia de ordem pública como autorizativa do encarceramento preventivo.

### 2.1 O QUE É ORDEM PÚBLICA?

A expressão ordem pública é encontrada, há muito tempo, em inúmeros sistemas jurídicos, com utilização ampla e variada em diversas áreas do Direito. Ou seja, o termo não é utilizado somente no âmbito do Direito Penal ou Processual Penal, sendo que “Fala-se de Ordem pública com significados completamente diferentes em hipóteses dificilmente conciliáveis (...)”.<sup>321</sup> Como asseveram PRADO e SANTOS:

“Existe uma grande dificuldade em se conceituar a ordem pública justamente por terem existido várias fontes distintas, bem como por ter aplicabilidade em uma série de situações de áreas distintas do conhecimento, por vezes, dizendo uma coisa em Direito Penal e outra em Direito Internacional. Mas há inúmeras contribuições doutrinárias na tentativa de explicação do conceito, tais como as análises intraconceituais, sua relação com outros institutos, os

---

<sup>321</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. Carmen C. Varriale et al. 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998, p. 851.

sentidos positivo e negativo, as características que foram possíveis de serem construídas, a aceção material e formal, entre outras".<sup>322</sup>

Muitas vezes se remonta a origem da ordem pública ao Direito Romano e seu *ius publicium*. No entanto, na antiguidade, o termo se consubstanciava apenas em uma característica de normas aplicáveis a todos indistintamente, sem que pudessem ser afastadas pela vontade das partes, ou seja, imperativas. É durante a Idade Média, no século XIII, que passa a haver conotação de ordem pública como objetivo de segurança, sendo que o conceito se desenvolveu no momento imediatamente anterior e durante a Inquisição espanhola, principalmente no século XV, período em que o processo se desenvolvia inquisitivamente e as execuções públicas eram símbolos de um Estado que acreditava na exemplaridade como mecanismo de manutenção do convívio social.<sup>323</sup>

Com efeito, dentre as missões do Estado, estavam a administração do território, a paz e o sossego públicos, e, diante disso, viam-se o castigo e a repressão de condutas delitivas como prioridade para a conservação da ordem por meio da utilização da força.<sup>324</sup>

O desenvolvimento da ordem pública naquele período se deu em âmbito policial e de segurança pública, sendo que a interpretação estatal sobre a desordem possibilitava o uso da força para se restabelecer a paz social. Sua história, sendo assim, é ligada à atividade policial, e não judicial.

Dessa forma, sua origem e sua identidade são marcadamente policialescas, de contenção da desordem, tendo sido assim introduzida no sistema legal, preservando essa característica até os dias de hoje. Pode-se dizer que em situações de anormalidade e conturbação social, pela ordem pública, permitia-se a ação de autoridades com uso da força e restrição de direitos, hipóteses que se propagaram no tempo, se espalharam para várias localidades e difundiram-se para várias áreas do Direito.

---

<sup>322</sup> PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 49-50.

<sup>323</sup> PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 37.

<sup>324</sup> BONACHÍA HERNANDO, Juan Antonio. **La justicia en los municipios castellano bajomedievales**. *Edad Media: Revista de Historia*, n. 1, 1998, p. 145-182.

No ponto, válida a lição de Antônio Alberto MACHADO, quando adverte que:

“Devem-se levar em conta ainda os componentes ideológicos que ainda permeiam a noção de ordem pública, pois uma visão maniqueísta da realidade social tende a identificar a ideia de ordem com a região do bem e da moralidade, onde estão as pessoas que gozam de alguns direitos básicos como a dignidade, o trabalho, o lazer, a escola, a saúde, a moradia, etc.; identificando a noção de desordem pública com o crime, a marginalia, a bandidagem – enfim, a região onde estão as pessoas excluídas da participação social e da fruição daqueles direitos fundamentais”.<sup>325</sup>

Desde o início, o conceito relaciona-se, então, à noção de restabelecimento da ordem abalada, em razão do descumprimento dos regramentos estabelecidos. Nota-se seu aspecto eminentemente excepcional, possibilitando ao Estado intervir na esfera privada quando entender que a ordem pública foi violada de algum modo, a fim de retomar uma situação de normalidade e convivência ordenada, na qual a sociedade age conforme o ordenamento jurídico preceitua.

João Gualberto Garcez RAMOS se vale de uma imagem para explicar a expressão:

“A ordem pública é, nessa concepção e na estrita perspectiva do imputado, como um lago de águas plácidas, que foi afetado outrora pela prática de um crime, mas que agora se encontra calmo. Qualquer crime que seja cometido pelo imputado funciona como uma pedra que foi jogada no lago e, com sua energia cinética, altera-lhe a placidez, gerando ondas na direção da margem. A prisão preventiva procura obviar essa alteração através da custódia do imputado”.<sup>326</sup>

Destarte, a ordem pública faz parte de um grupo de expressões que têm origem e desenvolvimento na ideia de controle e de manutenção do poder e do arranjo social. “Estabeleceu-se o bem jurídico ordem pública que era de responsabilidade do governo e, mais à frente, do Direito, firmando-se como instituto”.<sup>327</sup>

<sup>325</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 551-552.

<sup>326</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no direito processual penal brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998, p. 140.

<sup>327</sup> PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 59.

Conforme expõem PRADO e SANTOS, “primeiro Pagano e, depois, principalmente Francesco Carrara, em seu 'Opúsculo de Direito Criminal' (1881), defenderam a prisão por necessidade de segurança pública”.<sup>328</sup> Explicam os autores que dada a influência da obra “A Criminologia” de Raffaele Garofalo, firmou-se em definitivo a finalidade preventivista, de prevenção contra a criminalidade endêmica, dessa prisão processual.<sup>329</sup>

É claro que cada ramo do Direito recepcionou o conceito e o aprimorou de modo a possibilitar sua aplicabilidade e compatibilidade com seus princípios e regras, mas, mesmo diante de algumas especificidades, o termo se manteve preso ao passado, girando em torno de sentidos como bons costumes,<sup>330</sup> paz pública, segurança pública ou convívio social.

Com efeito, de acordo com Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, o instituto em análise adveio do poder de polícia, sendo estudado administrativamente com a finalidade de frear problemas sociais e a desordem. Explica a autora que o conceito de ordem pública, em um primeiro momento, é conectado a atividades de segurança, passando, com o passar do tempo, a englobar assuntos econômicos e sociais.<sup>331</sup>

Para RUSSOMANO, a ordem pública é aquela que corresponde ao funcionamento social da sociedade como um todo, evidentemente que dentro de uma ótica de juízo de valor, que corresponde aos valores consagrados e aceitos por esta mesma sociedade.<sup>332</sup>

Segundo PRADO e SANTOS, o termo foi utilizado nesse sentido de segurança e paz públicas em diversos diplomas de elevada importância histórica, como na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no Código Civil

---

<sup>328</sup> PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão preventiva: a contramão da modernidade**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 126.

<sup>329</sup> PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão preventiva: a contramão da modernidade**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 127. Segundo os autores, Vincenzo Manzini, advogado de Mussolini, ao defender a prisão para outros fins que não cautelares, propunha conjuntamente a presunção de culpabilidade e rompimento com a presunção de inocência (p. 189).

<sup>330</sup> É o sentido mais comum utilizado pelo Direito Civil, no sentido de limitação da eficácia de atos jurídicos, como fonte de regularidade ou nulidade contratual.

<sup>331</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 104-123.

<sup>332</sup> RUSSOMANO, Rosah. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997, p. 442.

Napoleônico, na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919.<sup>333</sup>

No Brasil, a primeira Constituição, a de 1824, não trazia nenhuma menção à ordem pública. A primeira abordagem se deu com a Constituição de 1891, no seu artigo 72, §8º, o qual estabelecia que a polícia somente teria autorização para intervir em associações e reuniões para manter a ordem pública.<sup>334</sup>

Na outorgada Constituição Federal de 1937, “A Polaca”, havia menção à ordem pública em seu artigo 122, que tratava de direitos individuais, da liberdade de culto e seus limites.<sup>335</sup> Também houve previsão na CF de 1946 (art. 141, §7º), que estabelecia a inviolabilidade de consciência e de crença, sendo seu exercício apenas limitado caso contrariasse os bons costumes ou a ordem pública.

A Constituição Federal de 1988 cita a ordem pública algumas vezes. A primeira citação é no artigo 34, o qual se refere à intervenção federal nos estados para colocar fim a grave comprometimento da ordem pública; a segunda está no artigo 136 e se relaciona ao estado de defesa; a terceira e a quarta estão no artigo 144 e referem-se à segurança como direito fundamental e dever do Estado, às funções da polícia como entidades que devem zelar pela ordem pública.<sup>336</sup>

---

<sup>333</sup> PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade.** Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 39-40.

<sup>334</sup> CF de 1891, art. 72, §8º: “A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública”.

<sup>335</sup> CF de 1937, art. 122: “Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes”.

<sup>336</sup> CF de 1988, Art. 34: A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: III- pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza; Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I – polícia federal; II – polícia rodoviária federal; III – polícia ferroviária federal; IV – polícias civis; V – polícias militares e corpos de bombeiros militares; Art. 144, §5º. Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

No que toca ao processo penal, o sentido transferido à ordem pública como fundamento da prisão preventiva é efetivamente o de segurança, o policial, mas que agora se tornou jurisdicional.<sup>337</sup>

Essa previsão – da ordem pública como fundamento para a prisão preventiva – foi introduzida pelo Código de Processo Penal de 1941, mas suas definições, até hoje, são imprecisas e diversas, não havendo um sentido convencionado do fundamento.

Em razão do estado de guerra e do regime político da época – a ditadura de Getúlio Vargas –, nos primeiros momentos da vigência do autoritário CPP, o sentido de ordem pública atribuído era o de segurança pública, entendida como tudo o que contrariasse os desejos do Estado, podendo ser significada por juízes e autoridades policiais de forma livre e ilimitada, em clara instrumentalização do diploma legal para os fins que aquele modelo de estado repressivo pretendia. “Criou-se uma norma insegura para gerar a impressão de segurança”.<sup>338</sup>

Assim, diante da vagueza do conceito, ampliou-se algo que já era vasto e, com essa situação, vários sentidos de ordem pública foram surgindo na jurisprudência e na doutrina.<sup>339</sup>

Segundo PACELLI e FISHER:

“Cláusula criticada desde sempre, a prisão para a garantia da ordem pública (e econômica, com redação dada pela Lei n. 8.884/94) não oferece contornos seguros para a aplicação do Direito. E como toda prisão implica grave restrição aos direitos individuais, o alto grau de abstração da norma merece mesmo ser criticado”.<sup>340</sup>

<sup>337</sup> PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade.** Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 67. Como apontam os autores: “Considerando que as decisões de prisão não se relacionam com outras áreas do Direito, a não ser a processual penal, não tendo intimidade com economia, política ou mesmo com saúde, educação, assistência social, torna-se inescapável que o traslado ao processo penal é no sentido policial. Inclusive, era disposto na lei de segurança pública da Itália fascista o estado de perigo público bastante similar aos dizeres legais da Idade Média, ou seja, uma decisão do soberano (rei, príncipe ou Estado) para conter direitos fundamentais, e usar a força. A situação é similar no Brasil, mas que além de permitir esse acionamento no Estado de defesa, o faz na seara processual penal”.

<sup>338</sup> PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade.** Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 136.

<sup>339</sup> PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade.** Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 138.

<sup>340</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; FISHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência.** 5 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo. Atlas, 2013, p. 650.

De acordo com NUCCI, a garantia da ordem pública como motivo prisional:

“Trata-se da hipótese mais extensa na avaliação da necessidade da prisão preventiva. 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 de sua realização um forte sentimento de impunidade e insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente”.<sup>341</sup>

Destarte, especificamente no Direito Processual Penal, o conceito de ordem pública assumiu diversos significados, não se limitando à questão da prevenção da reprodução de fatos criminosos, mas também assumindo o papel de acautelar o meio social e preservar a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão.

Diante da relevância do assunto, será examinada, a seguir, em itens próprios, a questão referente à indeterminação da expressão legal “garantia da ordem pública” como fundamento da segregação preventiva, bem como o tema da discricionariedade judicial e o dever de fundamentação pelo magistrado quando da decretação da prisão.

## 2.2 DA VAGUEZA DA EXPRESSÃO “GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA”

É notório que, no terreno do processo penal, o uso de um conceito aberto, preenchido livre e ilimitadamente, com significantes igualmente imprecisos, traz problemas de enorme dimensão, tendo em conta que essa área do Direito lida com bens jurídicos da maior relevância e se consubstancia como o mais agudo instrumento da relação entre cidadão e Estado.

A situação se agrava quando tratamos da prisão preventiva, tomada como uma das formas mais contundentes de violência do Estado em face do indivíduo, a instituição mais angustiante de toda a persecução penal. Nas palavras de LOPES JR, “grave problema encerra ainda a prisão para garantia da ordem pública, pois se

---

<sup>341</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, **Código de Processo Penal Comentado**, 11<sup>a</sup> ed. 2012. RT. p. 658

trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico”.<sup>342</sup>

Segundo RAMOS, “como em muitas hipóteses, vale-se o Código de Processo Penal de um conceito jurídico indeterminado, ou apenas determinável, e principalmente fluido, pois varia ao sabor da evolução de uma dada sociedade”.<sup>343</sup>

Na verdade, nos âmbitos policial e administrativo, desde sua gênese, ainda se mantém a dificuldade em encontrar um limite semântico de normas com o texto da ordem pública. O modelo processual penal recepcionou essa indeterminação conceitual, valendo-se, sobejamente em regimes autoritários – como o brasileiro, no período do Estado Novo – de expressões amplas para deter, antes da demorada sentença, seus opositores.

Essa elasticidade conceitual se reflete em situações de intensa abertura interpretativa que dão espaço à arbitrariedade, ainda mais se considerar que, no sistema inquisitivo que impera no CPP brasileiro, há um amplo poder coercitivo do juiz, que – ainda acredita-se nisso – deve ser usado para a busca da verdade.

Com essa base, há uma grande preferência dos magistrados pelo fundamento da garantia da ordem pública, determinando-se prisões com sustentação em requisitos subjetivos e instáveis, em afronta à jurisdicionalidade, não se sujeitando a um controle efetivo.<sup>344</sup>

Como ensina Umberto ECO, textos abertos, embora continuem sendo texto, podem suscitar uma infinidade de sentidos e leituras.<sup>345</sup> E isso se agrava na ordem pública, quando propõe-se conceituá-la com expressões igualmente imprecisas e porosas, como gravidade do crime, periculosidade do agente ou clamor público.

---

<sup>342</sup> LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 648.

<sup>343</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no direito processual penal brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998, p. 138.

<sup>344</sup> Estudo empreendido por ALMEIDA CASTRO, no ano de 2015, sobre a jurisprudência do STJ e do STF, demonstra grande prevalência do fundamento da garantia da ordem pública na escolha judicial para a decretação da prisão preventiva (ALMEIDA CASTRO, Pedro Machado de. **Lei 12.403/2011 – Estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas no âmbito dos tribunais superiores**: uma abordagem jurimétrica. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 115/2015, p. 109-139, jul-ago/2015).

<sup>345</sup> ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. São Paulo: Perspectiva, 2015.

Essa pluralidade de significados, com modificações constantes por tribunais e juízes de primeiro grau, conduz a um descontrole do instituto da prisão preventiva para garantir a ordem pública.<sup>346</sup> Isso, como adverte FERRAJOLI, faz com que, inadvertidamente, se transfira o ônus probatório ao imputado,<sup>347</sup> o qual acaba com o dever de demonstrar que não se enquadra nas inúmeras variáveis possíveis de ordem pública.

O maior problema da ausência de linguagem precisa, como ressaltam PRADO e SANTOS, é a afetação concreta da jurisdicionalidade, “pois não se pode aplicar a verificabilidade ou refutabilidade a decretos prisionais com tantas hipóteses”.<sup>348</sup> Não há um controle efetivo da decisão judicial. As partes não conseguem debater e confrontar os argumentos do *decisum*, porque, como as determinações judiciais muitas vezes nada descrevem ou constata, apenas fazendo giro retórico em torno dos significados, não podem ser classificadas como verdadeiras ou falsas.<sup>349</sup>

Cumprido ressaltar que, inicialmente, o Projeto de Lei 4.208, de 2001, o qual deu origem à Lei 12.403, de 2011, tinha o intento de precisar os dizeres da lei, asseverando a mensagem 214 que:

“São enunciadas com clareza as hipóteses de aplicação, descumprimento, revogação e substituição das medidas cautelares, fugindo desse modo o projeto das causas indeterminadas, como, no caso da prisão preventiva, 'a garantia da ordem pública' e a 'garantia da ordem econômica', substituídas por definições precisas das circunstâncias que as justificam”.<sup>350</sup>

Com efeito, o artigo 312 do Código de Processo Penal, na redação original do projeto, enunciava que:

<sup>346</sup> Vale o registro de que há quem defenda a porosidade conceitual, salientando que é proposital e acertada sua adoção numa sociedade como a atual. (Nesse sentido, SILVA, Marco Antonio Marques da. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 490.)

<sup>347</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do garantismo penal. 4ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 681-683. Nas palavras do mestre italiano: “as normas penais fundadas na figura do 'suspeito' ou da 'periculosidade social' dos 'crimes de suspeita', cuja característica específica reside, verdadeiramente, na transferência do ônus da prova da acusação ao imputado (...)”.

<sup>348</sup> PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 203.

<sup>349</sup> ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão Penal: a bricolage de significantes**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. p. 139

<sup>350</sup> Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/19607.pdf>>. Acesso em 21/11/2018.

“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”.

Contudo, o projeto, embora tenha procedido à profunda reforma no sistema prisional, foi aprovado, como já se referiu, conservando-se a redação que continha simplesmente a *garantia da ordem pública* como motivo da prisão preventiva. Como asseveram PACELLI E FISHER, “não há como não se criticar a Lei n. 12.403/11, que não teve coragem de *especificar* o significado pretendido com a expressão *ordem pública*”.<sup>351</sup>

Há, atualmente, outros projetos na tentativa de melhor precisar as hipóteses de prisão. Na Câmara dos Deputados, há, por exemplo, Projeto de Lei 7028, de 2017, que pretende retirar a ordem pública do rol de fundamentos da prisão preventiva, e o Projeto 7.972/2017, que estabelece rol taxativo para o aprisionamento preventivo.

Um dos mais adiantados, o Projeto de Lei 5.305 de 2005 foi apensado ao projeto que discute o Anteprojeto do Código de Processo Penal. Caso aprovado, no artigo 556 do CPP, apesar da manutenção da expressão ordem pública, haveria a inclusão de possibilidade do aprisionamento preventivo “*em face da extrema gravidade do fato*” ou “*diante da prática reiterada de crimes pelo mesmo autor*” e vedação expressa, no §2º, do clamor público como justificativa, por si só, da prisão. Não obstante a inevitabilidade de críticas diante do acanhamento da regulamentação, ao menos os conceitos ganham maior precisão.

Também há tentativas doutrinárias e jurisprudenciais de buscar uma definição ou um conceito mais preciso da garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva, sendo as mais sérias aquelas calcadas na indispensabilidade da medida.

---

<sup>351</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; FISHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 5 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo. Atlas, 2013, p. 650.

O ideal, no entanto, é que o legislador cumpra seu papel,<sup>352</sup> e, à luz do princípio da legalidade,<sup>353</sup> evite normas de sentido aberto, imprecisas e com extensões indeterminadas, de modo a aclarar e restringir a atividade hermenêutica. Ou seja, especialmente no campo do direito penal e do processual penal, que tratam com a liberdade, deve-se, em nome da segurança jurídica, serem afastadas palavras valorativas, vagas, desviando-se de antinomias semânticas.

A custódia preventiva constitui instrumento processual capaz de marcar a história de alguém como poucos outros. Tendo isso em mente, não é preciso grande esforço para atentar-se à imperiosa necessidade de melhor regulamentação dos fundamentos que ensejam o decreto prisional.

É interessante notar que o Código Penal ostenta normas abertas em várias passagens, mas, nesses casos, utiliza-se do recurso da exemplaridade a auxiliar na interpretação e alcance das normas. Possibilita-se, assim, uma hermenêutica extensiva da norma, sem vulnerar o princípio da legalidade, pois “a interpretação queda dentro do *espírito* ou *sentido* da lei (...)”.<sup>354</sup> É o que ocorre, por exemplo, no caso de qualificadoras do homicídio, em que motivo torpe é exemplificado pela paga ou promessa de recompensa, assim como veneno, fogo, explosivo, asfixia ou tortura são apenas padrões do meio insidioso ou cruel.

Contudo, o Código de Processo Penal, ao tratar da prisão preventiva para garantia da ordem pública, não utilizou tal recurso, não dando mostras, pelo menos no artigo 312, do que considera ordem pública. Justamente aqui, na ordem pública, o norte da lei seria essencial, estabelecendo maior detalhamento, tendo em conta que a configuração dos outros fundamentos prisionais, apesar de certa

---

<sup>352</sup> Como afirma Maurício Zanoide de Moraes, “a inércia estatal representa uma violação ao direito fundamental da presunção de inocência. O legislador brasileiro tem desconsiderado por completo seu dever de legislar e, com isso, deixa ao Poder Judiciário toda a tarefa de interpretar e aplicar constitucionalmente as normas processuais feitas ao feitio fascista. Os males dessa inércia têm comprometido em muito a maior efetivação daquela disposição fundamental, isto porque se relega a uma aplicação casuística, sem parâmetros seguros e pré-fixados e, ainda, infensa aos influxos ideológicos de cada juiz o que deveria advir de uma estruturação nova, harmônica, sistemática e construída sobre novas bases político-ideológicas” (MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 290-291).

<sup>353</sup> Como explica BUSATO, “o princípio da legalidade representa uma expressão de defesa do cidadão contra possíveis arbitrariedades do Estado (...)”. (BUSATO, Paulo César. **Direito Penal.** Parte Geral. São Paulo: Atlas. 2013, p. 197).

<sup>354</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal.** Parte Geral. São Paulo: Atlas. 2013, p. 197.

indeterminação, são mais facilmente visíveis, vez que real tentativa de fuga, compra de bens em outros lugares, venda de bens, compra de passagens aéreas, ausência de vínculo com o distrito da culpa, ameaça a peritos ou testemunhas são indicativos mais palpáveis de se avaliar e confrontar.<sup>355</sup>

Há tempos, a teoria do Direito tem se debruçado sobre normas com estas características, de textura aberta, as quais conduzem ao incremento do lado criativo do Poder Judiciário, que, muitas vezes, é inevitável diante da imprecisão legislativa.

Valendo-se da lição de HART, há casos evidentemente regulados pelas regras e outros que se encontram em uma zona de penumbra (como parece ser o caso da garantia da ordem pública para decretação da prisão preventiva). Na última hipótese, a linguagem da regra pode reservar um amplo poder discricionário à autoridade, que terá de realizar uma escolha a respeito de acrescentar ou não um caso a uma série de outros aos quais a regra claramente se aplica. Para além de ser uma decorrência natural da incapacidade da linguagem fornecer orientações práticas exaustivas, a discricionariedade consiste em um poder de decidir que determinado caso, embora na zona de penumbra, deve ou não atrair a orientação prática de uma regra.<sup>356</sup>

Assim, a norma que autoriza a prisão preventiva para acautelar a ordem pública, por fornecer orientações incompletas na forma em que está redigida, demanda que os juízes se valham de seu poder discricionário para, diante de determinado caso concreto, encontrarem o direito aplicável.

No ponto, aduz SCHIETTI CRUZ,

“A justiça penal não se faz por atacado e sim artesanalmente, examinando atentamente cada caso para dele extraírem-se todas as suas especificidades, a tomá-lo singular e, portanto, a merecer providência

---

<sup>355</sup> No ponto, pertinente o apontamento de Maurício Zanoide de Moraes, quando afirma que “não se pode deixar de reconhecer uma larga abertura nas expressões e termos usados para justificar inclusive as prisões com finalidade cautelar. Tanto o termo “conveniência da instrução criminal”, quanto a expressão “assegurar a aplicação da lei penal” contam com uma margem larga de indeterminação” (MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 386).

<sup>356</sup> HART, H.L.A. **O conceito de direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 140-142.

adequada e necessária”.<sup>357</sup>

Concluindo, é inegável que o fundamento da garantia da ordem pública como motivo autorizador da prisão preventiva é impreciso e indeterminado, mostrando-se imprescindível um maior detalhamento pela via legislativa. Enquanto isso não acontece, cabe, a árdua tarefa, à doutrina e à jurisprudência, de modo a reduzir as hipóteses possíveis no espaço conceitual aberto de “ordem pública”.

O modo como isso se opera é o objeto de análise do item que a seguir se apresenta.

### 2.3 DA NECESSIDADE DE PREENCHIMENTO DO CONCEITO PELO JUIZ NO CASO CONCRETO E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO

Como já se teve a oportunidade de pontuar, toda prisão cautelar somente pode ser decretada por meio de ordem judicial (art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal). Portanto, caberá à autoridade judiciária analisar o caso concreto e decidir se determina ou não a privação da liberdade do imputado.

Além disso, como conquista civilizatória, a Constituição Federal deu estatura normativa ao dever de motivação,<sup>358</sup> prevendo no Capítulo III (Poder Judiciário) do Título IV, referente à organização dos poderes,<sup>359</sup> o artigo 93, inciso IX, com redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004, o qual enuncia que “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)*”, em clara demonstração de que se trata de garantia da atuação imparcial e *secundum legis* do órgão julgador.<sup>360</sup> Há, portanto, um dever constitucional de fundamentação:

<sup>357</sup> CRUZ, Rogério Schiatti. **Prisão Cautelar**: dramas, princípios e Alternativas. 4. ed. Salvador: Juspodium. 2018, p. 266.

<sup>358</sup> Registre-se que não se trata, o dever de motivar, de desconfiança ou de demérito ao julgador, mas cuida para que o jurisdicionado não duvide e não dependa da “bondade” dos juízes. Como disse Piero Calamandrei, a decisão, para que realize sua função pacificadora e clareadora, não tem que somente ser justa, mas também parecer justa (CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia** (trad. Hector Zamudio), Buenos Aires, EJEA, 1960, p. 37).

<sup>359</sup> Como registra SCHIETTI, seria o ideal a previsão no *Bill of rights* do art. 5º da Lei Maior. (CRUZ, Rogério Schiatti. **Prisão Cautelar**: dramas, princípios e alternativas, p. 115).

<sup>360</sup> CRUZ, Rogério Schiatti. **Prisão Cautelar**: dramas, princípios e alternativas. 4. ed. Salvador: Juspodium. 2018, p. 115.

Vale salientar que a Lei 12.403/2011 também foi clara ao prever e exigir fundamentação para decisão que impõe medida cautelar ao agente, sobretudo a prisão preventiva, conforme enunciam expressamente os artigos 310 e 315 do Código de Processo Penal.

Segundo Rogério Lauria TUCCI, é “mediante a motivação que o magistrado pronunciante de ato decisório mostra como apreendeu os fatos e interpretou a lei que sobre eles incide (...)”.<sup>361</sup>

Dessa forma, o magistrado deverá fundamentar sua decisão, demonstrando estarem presentes tanto o *fumus comissi delicti* quanto o *periculum libertatis*. Sendo assim, em primeiro lugar, deve observar se existe a prova de um crime, com forte aparência de tipicidade, ilicitude e culpabilidade, com probabilidade de ser aplicada a sanção penal ante os indícios fundados de autoria. Em segundo lugar, verificar se estão presentes um dos fundamentos prisionais do artigo 312, do CPP, dentre eles, garantir a ordem pública.

Essa decisão, num Estado Democrático de Direito, deve ser devidamente motivada. Não se trata de fardo excessivo imposto ao juiz, pois o que está em perspectiva nessas determinações é justamente um dos bens mais caros do indivíduo, sua liberdade.

Conforme visto no item anterior, considerando a enorme abertura normativa trazida pela expressão “garantia da ordem pública”, como motivo autorizador da prisão preventiva, será função do juiz, em exame dos dados que lhe são fornecidos, preencher o conceito dentro das variáveis possíveis, demonstrando suas razões de decidir. Confere-se para essa missão, como anota GOMES FILHO, amplíssimo poder discricionário ao julgador,<sup>362</sup> demandando intenso trabalho interpretativo.

A interpretação é meio de expressão de conteúdos normativos, de modo que “o conjunto das *disposições* (textos, enunciados) é apenas *ordenamento em*

---

<sup>361</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 196.

<sup>362</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de Inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 66.

*potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais. O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa*".<sup>363</sup>

Desse modo, é o intérprete, no caso o juiz, quem produz o significado da norma, sendo prudente a advertência de COUTINHO:

“O problema é que o Direito é o reino das *palavras*, das *imagens*. Vale o argumento do mais hábil discursivamente, pela qualidade ou, pior, pela quantidade, Aqui a *ideologia* é um segundo momento; antes está o *Poder*: quem o detém tem 'as chaves do céu' e para afirmar sua 'razão' cria *dogmas* e, logo, exprime algo incompatível com a investigação (...)”.<sup>364</sup>

Além disso, ainda na lição de COUTINHO, existe uma consolidação do poder da jurisdição de “dizer a vida e a morte”, a partir de uma atuação voluntarista do julgador, que afirma o direito no caso concreto de forma vinculante, ainda que em contraposição a valores históricos fundamentais.<sup>365</sup>

De fato, na atividade interpretativa, é imprescindível que o magistrado aja com parcimônia, a fim de que não escape à legalidade. E esse cuidado deve ser ainda maior nos casos em que a lei apenas fornece elementos imprecisos, com alcance quase que infundável.

A abertura semântica da expressão, não raras vezes, facilita a prevalência de ideias solipsistas e da discricionariedade arbitrária do magistrado, disfarçada de atividade hermenêutica, notadamente daqueles julgadores que ainda operam sua

<sup>363</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**, 5ª ed., rev., ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 81.

<sup>364</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 175, p. 11-13, jun. 2007, p. 1.

<sup>365</sup> “Com efeito, tem-se a jurisdição como o poder de dizer o direito no caso concreto de forma vinculante e cogente. A par da sua finalidade primeira (dizer o direito no caso concreto) e da sua maior característica (a possibilidade, se for o caso, da vinculação e cogência das decisões, ou seja, a coisa julgada), é na noção de poder que se encontra o grande elemento a ser entendido. Como uma face do poder do estado, quem a detém emite ordens, comanda. Não se trata, assim, de um mero dizer o direito, algo possível a qualquer um; e sim de um *dicere ius* marcado pelo poder jurisdicional, ou seja, revelado em decisões que podem se transformar em *res judicata*. Neste sentido (pode-se perceber) é um poder – ou pode ser – de vida e morte, que não encontra comparação, pela sua singularidade, dentre as outras faces com as quais o poder estatal se manifesta. Eis, por conseguinte, a sua importância como ato processual”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A linguagem dos tribunais (e a linguagem os juízes e advogados)**. In ROSA, Alexandre Morais da Rosa (Org.) ... [et al.]. *Hermenêutica, constituição, decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 289).

forma de compreender o mundo na linha da Filosofia da Consciência, alicerçada em suas impressões pessoais acerca do acusado.

De qualquer forma, a ilimitação dessa discricionariedade deve ser afetada, no momento de encontrar a solução mais adequada para o caso concreto, pelos direitos e garantias individuais, o que se atingiria em maior grau caso houvesse um maior rigor linguístico.

Existem, assim, em um regime que se pretende democrático, limites não ultrapassáveis pelo magistrado, sob pena da decisão ser tomada como abusiva ou ilegítima. Essas barreiras, em regra, encontram-se previstas na Constituição Federal, como a separação dos poderes e os direitos fundamentais.<sup>366</sup>

Desse modo, anote-se que não se discute que há a necessidade de preenchimento conceitual pelo juiz, cujo dever é explicitar o seu convencimento quanto à necessidade da segregação cautelar. Nas palavras de MACHADO,

“Seja lá como for, o fato é que esse conceito de ordem, embora vago e indeterminado, sempre haverá de ser definido pelo aplicador da lei, no caso concreto (...); o julgador deve demonstrar, com a força dos fatos, a ocorrência de situações que efetivamente possam ser tidas como situações de ameaça à paz social”.<sup>367</sup>

Ou seja, essa análise concreta do julgador enquanto intérprete sempre se faz necessária, tendo em vista que não se está aqui a defender a recondução do magistrado como autômato aplicador de leis, ou seja, do juiz como boca da lei, da Escola Exegética ou, menos ainda, as prisões *ex lege*.<sup>368</sup>

O que se sustenta é um maior fechamento interpretativo, pois o que acaba ocorrendo é a compreensão de que são vários os sentidos cabíveis, pouco importando o que diz a norma ordem pública e sim os significados que se decidem

<sup>366</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 7

<sup>367</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 552.

<sup>368</sup> No ponto, importante a lição de SERRANO. O autor destaca a invalidade da norma que determine obrigatoriamente restrições à liberdade, porque priva o magistrado “da possibilidade de controlar a proporcionalidade das medidas no caso concreto e, ademais, porque a aptidão da norma para alcançar um fim determinado depende das possibilidades que se concedam ao juiz para graduar a gravidade da ingerência, assim como para adotar medidas mais benignas, questões que não podem ser nunca decididas 'ex ante' e tampouco 'ex post' frequentemente” (SERRANO, Nicolas González-Cuellar. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990, p. 278)

viáveis. Isto é, a expressão utilizada pela lei, indeterminada, acabou tornando-se, dentro da atividade intelectual do julgador, de preenchimento praticamente livre, o que, muitas vezes, conduz a desmandos e arbitrariedades.

Esse decisionismo “interessa pouco à democracia porque não se pode definir, senão pela cabeça do autor, aquilo que seria justo (...)”.<sup>369</sup>

Ora, se introduzida a noção de que todos são iguais perante a lei, não faz sentido, por exemplo, que determinado investigado receba um tratamento diferente de outro, se ambos estiverem em situações similares. Ou seja, diante das mesmas circunstâncias fáticas e pessoais, não se pode admitir que um fique preso e o outro solto. Ninguém – ou, pelo menos, quase ninguém – discordará dessa obviedade. No entanto, a prática mostra todos os dias que não é o que acontece.

De fato, a multiplicidade de escolhas por parte do intérprete ocasiona, num momento crucial do processo, enorme instabilidade num dos campos mais sensíveis do Direito, a prisão preventiva, uma vez que esta é palco em que a colisão de direitos constitucionais fundamentais (principalmente, liberdade e segurança pública) é uma constante, sendo que essa pluralidade de significações, que o juiz realiza conforme o caso concreto, acaba, quase sempre, por alargar a possibilidade de punição (e de prisão) pelo Estado em detrimento de direitos do imputado.

Nesse cenário, a definição do que é ou não é “garantia da ordem pública” (e quando ela autoriza o encarceramento) se realiza na mente de quem decide, ou seja, do magistrado, o qual se enxerga como “uma espécie de captor de vontades sociais e capaz de uma multivisão social.”<sup>370</sup>

Dessa maneira, “garantia da ordem pública”, na verdade, é utilizada do modo que melhor aprouver ao interesse de quem a maneja, trazendo inegável insegurança jurídica. Em outras palavras, termos como “clamor público”, “gravidade concreta da conduta”, “credibilidade da justiça”, “possibilidade de reiteração criminosa”, entre outros, são utilizados tanto para soltar, quanto para prender, sem qualquer base consolidada.

---

<sup>369</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Dogmática crítica e limites linguísticos da lei**. In: Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Org. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 232.

<sup>370</sup> PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 138.

Partindo daquela premissa traçada por Franco Cordero, de que o sujeito que julga atribui sentido válido apenas às manifestações que confirmam seu entendimento antecedente, desprezando o que for contrário à sua tese, o que acontece na prática é que antes já se decide pela prisão, e, depois, procure, no conceito aberto de garantia da ordem pública, o fundamento que lhe sustente. É o “primado das hipóteses sobre os fatos” aplicado na decretação da prisão preventiva.

Ou seja, firma-se um convencimento e depois busca na garantia da ordem pública – que tudo aceita – o fundamento que autorize a prisão ou que a rejeite, bastando um giro retórico ou um jogo de palavras.

De fato, muitas vezes o mesmo conceito é tido como suficiente para autorizar a prisão para garantia da ordem pública e, em outros julgados, não é mais considerado fundamento apto a tanto.

Tal constatação é grave e coloca o indivíduo e a sociedade em situação praticamente indefensável. Diz-se, também, a sociedade porque – e disso não se pode esquecer, para que não haja uma visão distorcida da realidade – quase tão grave como colocar na prisão um agente processado sem que existam elementos concretos e seguros para tanto, é deixar solto indivíduo cuja conduta coloca em sério risco o convívio social de determinada comunidade, desprovendo-a do seu direito à segurança e à paz.<sup>371</sup>

Dessa forma, a contenção de abusos interpretativos é objetivo a ser alcançado, de modo que a estrutura lacônica da lei não se configure em cheque em branco para o julgador fazer o que bem entender com bens jurídicos tão caros a todos os cidadãos. A decisão judicial deve ser extremamente bem fundamentada, em respeito às diversas bases jurídicas e ajustada ao Estado Constitucional. Somente assim haverá verdadeira legitimidade formal e substancial da deliberação.

De acordo com PRADO e SANTOS:

“A motivação das decisões judiciais é das garantias mais difíceis de serem cumpridas no atual estágio do Direito brasileiro. Como visto, há hipóteses

---

<sup>371</sup> Lembrando que da decisão que indefere um pedido de prisão preventiva, cabe recurso em sentido estrito ao tribunal (CPP, art. 581, inciso V), sem efeito suspensivo. Esse recurso demora meses para ser apreciado pelo órgão “ad quem”, período em que a sociedade permanece desprotegida.

de preenchimento da garantia da ordem pública impossíveis de serem concretamente completadas sem algum salto argumentativo”.<sup>372</sup>

A prisão preventiva, portanto, não pode ser ordenada sem a observação e a análise de situações reais, o que se faz através de dados e elementos probatórios do caso concreto, isto é, motiva-se em probabilidades e não subjetividades e conjecturas.

Do mesmo modo, não se admitem decisões que se limitam a meramente repisar o texto legal, citando os fundamentos da lei,<sup>373</sup> em vez de integrá-los com informações concretas, sendo intolerável “um comodismo intelectual daqueles a quem a parte confiou uma prestação jurisdicional mais qualificada”.<sup>374</sup>

No ponto, anotava TORNAGHI que:

“O juiz deve ainda mencionar de maneira clara e precisa os fatos que o levam a considerar necessária a prisão para garantir a ordem pública (...). Não basta de maneira alguma, não é fundamentação, fraudar a finalidade da lei e iludir as garantias da liberdade o fato de o juiz dizer apenas: “considerando que a prisão é necessária para a garantia da ordem pública...” (...). Fórmulas como essas são a mais rematada expressão da prepotência, do arbítrio e da opressão. Revelam displicência, tirania ou ignorância, pois além de tudo envolvem petição de princípio: com elas o juiz toma por base exatamente aquilo que deveria demonstrar”.<sup>375</sup>

Adentrando nas disposições trazidas pela Lei 12.403/2011, releva salientar que o artigo 282, §6º do CPP impôs ao juiz justificar por que nenhuma das medidas alternativas à prisão é, no caso concreto, adequada para a necessidade cautelar que se apresenta.

<sup>372</sup> PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 181.

<sup>373</sup> Como alerta WARAT, as decisões seguem um mesmo “esqueleto redacional”, com argumentos padronizados, havendo “uma discursividade enganosamente cristalina que escamoteia, em nome da verdade, da segurança e da justiça, a presença subterrânea de uma ‘tecnologia da opressão’ e de uma microfísica conflitiva de ocultamento que vão configurando as relações de poder inscritas no discurso da lei. Mais do que ambíguo ou impreciso, o discurso da lei é enigmático. Ele joga, estrategicamente, com os ocultamentos para justificar decisões, disfarçar a partilha do poder social e propagar, dissimuladamente, padrões culpabilizantes. (WARAT, Luis Alberto. **Utopias, conceitos e cumplicidades na interpretação da lei**. In: Epistemologia e ensino do Direito: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 351).

<sup>374</sup> CRUZ, Rogerio Schietti. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e Alternativas**. 4. ed. Salvador: Juspodium. 2018, p. 119.

<sup>375</sup> TORNAGHI, Helio. **Curso de processo penal**. Vol. 2, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 87.

Importante mencionar, ainda, a elogiável inclusão do §3º do artigo 282 do CPP, o qual passou a prever a possibilidade de contraditório prévio à decretação de medida cautelar diversa da prisão, somente dispensando o magistrado de decidir sem a oitiva da parte contrária em situações de urgência ou perigo de ineficácia da medida. Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça vem sinalizando a impossibilidade de aplicação desse dispositivo no que toca à prisão preventiva para que não haja esvaziamento da eficácia da medida.<sup>376</sup>

Também as audiências de custódia vão ao encontro do contraditório, possibilitando o debate sobre questões relativas à liberdade ou à necessidade do aprisionamento. Tendo o juiz considerado os argumentos das partes, as decisões, ao menos em tese, tendem a ser mais justas e conectadas com circunstâncias reais e fatos concretos, o que gera maior legitimidade e aceitabilidade do que foi disposto.

Sintetizando e finalizando o assunto, não obstante a forte tendência de atividade criativa dos magistrados, geradora de grande subjetivismo, há de se evitar alicerces retóricos ou o que Luiz Alberto WARAT chama de “senso comum teórico dos juristas” – isto é, um “arsenal de pequenas condensações de saber, fragmentos de teorias vagamente identificáveis, coágulos de sentido surgidos do discurso dos outros, elos rápidos que formam uma minoria do direito a serviço do poder”<sup>377</sup> –, sob pena, inclusive, de afronta à legalidade, à segurança jurídica, à presunção de inocência e ao dever de fundamentação.

O aprimoramento do conceito de garantia da ordem pública, e como consequência, da prestação jurisdicional em si, mostra-se essencial, na busca de padrões decisórios para que a parte não fique totalmente à mercê da interpretação do magistrado.

## 2.4 VISÃO DOUTRINÁRIA

Na dogmática processual, a ameaça à ordem pública que justifica o encarceramento daquele que praticou alguma infração penal costuma ser entendida

---

<sup>376</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 41.459/BA, 6ª Turma, Rel. Min. Ericson Maranhão, j. 21.005.2015, Dje 29.05.2015.

<sup>377</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I**: interpretação da lei; temas para uma reformulação. 1. ed. Porto alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994, p. 13-15.

de variadas formas. Sendo assim, esse tópico visa a demonstrar as principais significações dadas pela doutrina especializada à “garantia da ordem pública” enquanto motivo prisional, apresentando e explorando, de forma individualizada, cada uma delas.

#### 2.4.1 O clamor público e a repercussão midiática

De início, é preciso ter em mente que, efetivamente, o Direito Penal e Processual Penal lidam com questões de grande sensibilidade social. Os processos criminais, suas circunstâncias, implicações e agentes envolvidos, naturalmente, despertam considerável atração da população, atração esta muitas vezes fomentada pela atuação da imprensa, travando-se inúmeros debates que, não raramente, esgueiram-se do propósito processual.

A palavra clamor pode ser compreendida como repercussão ou alarde, e decorre de “brado (de quem se queixa, protesta ou reclama) ou gritos tumultuosos”.<sup>378</sup> Sobre o conceito de clamor público,<sup>379</sup> cita-se, para fins de conceituação, antiga decisão do Supremo Tribunal Federal, que mencionou que: “(...) clamor público significa bradar, gritar, vociferar, protestar nas ruas, nas praças. A consternação e um estado de espírito interior de dor, pesar, tristeza”.<sup>380</sup>

Assim o fato criminoso pode ter chamado a atenção da sociedade ou da imprensa, razão pela qual se aprisionaria preventivamente para abrandar ou fazer cessar a intranquilidade gerada pelo acontecimento.

O problema central desta linha de argumentação – no sentido de que a repercussão negativa na sociedade do fato praticado autorizaria a prisão – se deve ao fato de que o Poder Judiciário não deve pautar suas decisões pela opinião pública. Diferentemente dos integrantes dos outros Poderes, os membros do Judiciário não são eleitos, e a legitimidade de seus atos decorrem exclusivamente

---

<sup>378</sup> Dicionário do Aurélio. Disponível em <https://dicionariodoaurelio.com/clamor>. Acesso em 30/11/2018.

<sup>379</sup> A origem normativa da expressão clamor público no Brasil remonta ao Código de Processo Criminal do Império, de 1832, o qual permitia, em seu artigo 131, a prisão em flagrante de quem fosse encontrado cometendo algum crime ou de quem estivesse fugindo “perseguido pelo clamor público”.

<sup>380</sup> STF, RHC 59.386, Rel. Min. Soares Munoz, Primeira Turma, julgado em 3.11.1981, DJ de 5.2.1982.

do ordenamento jurídico. Em outras palavras, a função de decidir pode não ser majoritária, devendo ter como base tão somente o que estabelecem a Constituição e as leis.

Juiz não deve decidir para agradar a maioria, nem mesmo a unanimidade das pessoas. É claro que a deliberação judicial pode estar alinhada com os anseios da população, mas não são estes desejos ou reclamos que devem pautar a decisão, sob pena, inclusive, de macular a independência do magistrado.<sup>381</sup>

Não se deixa de reconhecer os deletérios efeitos que um crime pode produzir na vida da vítima, de sua família ou mesmo do Estado, gerando um ardoroso desejo de que os autores sofram, diante do mal causado, com a privação da liberdade. No entanto, o direito processual penal de um Estado Democrático de Direito exige que o referencial mais valoroso a ser adotado nas decisões judiciais seja o conjunto normativo, e não a opinião pública ou o alarme social.

Ainda, a avaliação do impacto negativo na comunidade é algo totalmente impreciso, que não pode ser mensurado, dependendo dos valores sociais e culturais existentes em determinado local e em determinada época. Além disso, também é indeterminada, se constituindo em mera suposição, a constatação de que a decisão geraria na população menos medo e maior sensação de segurança.

Com efeito, a prisão preventiva para a garantia da ordem pública não deve funcionar unicamente para satisfazer uma euforia social, através de vingança ou revanchismo,<sup>382</sup> e, muito menos, para fomentar o prazer proveniente da dor alheia.

“Essa satisfação social do aprisionamento rápido, afobado, nem sempre prima pela técnica processual, outras vezes confunde áreas diferentes, mas correlatas da ciência e, mais grave, mostra-se em várias oportunidades problemática em relação à Constituição Federal. Isso porque o Estado Constitucional impõe racionalidade e civilidade ao Direito e ao Processo Penal (...).”<sup>383</sup>

---

<sup>381</sup> A propósito, anote-se que a sensação de impunidade, que faz gerar o clamor generalizado pela necessidade da prisão, é apenas uma face da moeda. Efetivamente, do mesmo modo que o magistrado não pode se pautar por esse anseio prisional, também não deve se deixar levar por uma espécie clamor às avessas, isto é, quando, por exemplo, a população entende legítima a ação de algum justiceiro assassino, e faz coro por sua liberdade.

<sup>382</sup> Tais desejos e o instinto de desforra, como destaca MACHADO, acabam “por fazer das prisões cautelares um instrumento de justiça sumária, ou de *vindita*.” (MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 555).

<sup>383</sup> PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade**, 2018, p. 178.

Também é imperioso lembrar que, à luz da dimensão externa da presunção de inocência, exige-se que haja proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização do réu, o qual, mesmo na condição de processado, permanece com seus direitos personalíssimos – como imagem, privacidade e dignidade – hígidos. Aliás, como registra LOPES JR., esses direitos constituem-se em

“verdadeiros limites à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência”.<sup>384</sup>

De fato, no que toca à ação da imprensa, por ser facilmente manipulável,<sup>385</sup> também não se pode afirmar que determinada publicação reflete o sentimento da maioria da população ou apenas o pensamento de determinado veículo de informação. Ou seja, não se pode ter a convicção de que os dizeres de jornalistas, autoridades, ou pessoas influentes e famosas servem de termômetro da comoção coletiva.

É certo que a confusão entre ordem pública e clamor público leva ao risco “da manipulação pelos meios de comunicação de massas, fazendo com que a dita opinião pública não passe de mera *opinião publicada*, com evidentes prejuízos para todos”.<sup>386</sup>

Na mesma toada, ao tratar da lógica do sofrimento, SCHIETTI CRUZ expõe que esse sentimento é fortemente influenciado por setores da mídia e da política, os quais impingem na população um alarde e uma sensação de insegurança, dando a entender que o encarceramento seria o remédio para os contínuos problemas de criminalidade.<sup>387</sup>

Na verdade, como destaca Marcus Alan GOMES:

<sup>384</sup> LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 93-94.

<sup>385</sup> De acordo com GOMES, o que as pessoas pensam a respeito do mundo que as cerca raramente decorre de contato direto com os acontecimentos, sendo que, em geral, é resultante de um conhecimento indireto, fornecido pela descrição midiática da realidade. (GOMES, Marcus Alan. **Mídia e Sistema Penal: As distorções da criminalização nos meios de comunicação**. Rio de Janeiro. Editora Revan, 2015, p. 80).

<sup>386</sup> LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 650.

<sup>387</sup> CRUZ, Rogério Schiatti. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 4. ed. Salvador: Juspodium. 2018, p. 30.

“Aquilo que é real (complexidade do fenômeno criminal) é ressignificado pela mídia, simplificado pelas técnicas comunicacionais para tornar algo curioso, atrativo, e oferecido ao mercado de consumo da informação com um único sentido, refratário a perspectivas críticas comprometidas com a realidade”.<sup>388</sup>

Por outro lado, é claro que não se pode dizer que a violência ou o terror, numa sociedade desigual como a brasileira, sejam apenas criações da mídia. É, aliás, papel da imprensa noticiar acontecimentos de interesse da população, à luz, inclusive, dos valorosos direitos da liberdade de expressão e de informação.<sup>389</sup> A grande questão, nesse ponto, é que, em geral, observa-se um enorme direcionamento<sup>390</sup> e uma enorme superficialidade<sup>391</sup> no conteúdo das matérias jornalísticas, não sendo raras as manifestações tendenciosas, em “sensacionalismo

---

<sup>388</sup> GOMES, Marcus Alan. **Mídia e Sistema Penal: As distorções da criminalização nos meios de comunicação**. Rio de Janeiro. Editora Revan, 2015, p. 20.

<sup>389</sup> Maurício Zanoide de Moraes, inclusive, busca alternativas de modo a conciliar a relevante função de informação da mídia e os direitos constitucionais do imputado, como a presunção de inocência enquanto norma de tratamento. Segundo ele, por exemplo, poder-se-iam omitir, nas notícias, os nomes dos envolvidos na investigação enquanto não existisse acusação formal. Além disso, deveriam ser proibidas cenas do agente algemado ou em condição vexatória, como se ele fosse um troféu da autoridade pública. (MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 511). Ainda neste ponto, Marcus Alan Gomes defende que deve haver uma normatização da atividade dos meios de comunicação, sobretudo para “se disciplinarem hipóteses em que se consiga antever o choque da liberdade de expressão e de imprensa com direitos e garantias estruturantes de um sistema penal mínimo, inspirado na contenção do poder punitivo (...)”. Segundo este autor, isso não seria censura, até porque, “sempre haveria a possibilidade de solução de eventuais impasses”. (GOMES, Marcus Alan. **Mídia e Sistema Penal: As distorções da criminalização nos meios de comunicação**. Rio de Janeiro. Editora Revan, 2015, p. 145-146).

<sup>390</sup> Os meios de comunicação possuem um poder de agenda sobre a pauta que será debatida pela população, dentro da qual está especialmente o tema do crime. Em outras palavras, é por meio dos veículos midiáticos que são definidos quais os assuntos e interesses diários que são discutidos pelos indivíduos que compõe a massa, entendida esta como uma “multidão de pessoas sem identidade, incapazes de se expressar individualmente, e que mantêm-se distantes umas das outras, imersas, cada uma, na sua alienação. (...) Uma passividade que facilita sua manipulação (...)” (Nesse sentido, GOMES, Marcus Alan. **Mídia e Sistema Penal: As distorções da criminalização nos meios de comunicação**. Rio de Janeiro. Editora Revan, 2015, p. 15 e 73).

<sup>391</sup> É diuturna a constatação de que os textos são “pasteurizados, superficiais, que caracterizam o que a doutrina denomina jornalismo binário: o jornalismo reduzido à sua mínima essência (...) Noticia-se aquilo que é obtido com mais facilidade, segundo a lógica da velocidade, em que o trabalho do jornalista será condicionado pelo fator tempo.” (GOMES, Marcus Alan. **Mídia e Sistema Penal: As distorções da criminalização nos meios de comunicação**. Rio de Janeiro. Editora Revan, 2015, p. 114)

retórico”,<sup>392</sup> sem qualquer espaço para o debate sério acerca de todas as circunstâncias que cercam o caso penal.<sup>393</sup>

Vazamentos seletivos de dados, exposição de acusados ao escárnio popular, detenções espalhafatosas acompanhadas ao vivo pela imprensa acabam por ofender, sem dúvida, o devido processo legal em sua dimensão substantiva.

De fato, não se possibilita à imprensa substituir o processo penal devido por um julgamento informal e paralelo. De forma mais direta: não se deve admitir – sob pena de transformar empresas de mídia em um supraparlamento, uma suprapolícia e um suprajuíz<sup>394</sup> – que se transfiram aos meios de comunicação social a possibilidade e a autoridade de proceder à acusação pública ou de decretar a prisão de alguém.

#### 2.4.2 A credibilidade das instituições

Para uma corrente de pensamento,<sup>395</sup> que confere caráter ampliativo à garantia da ordem pública, é possível se determinar a prisão preventiva para, mediante o cárcere, acautelar o meio social e garantir a credibilidade da justiça.

Assevera-se que a brutalidade e a repercussão do delito provocam comoção no corpo social, gerando, além de sensação de impunidade, impressão de descrédito pela demora na prestação jurisdicional, de tal forma que, presente o

<sup>392</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; FISHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 5 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo. Atlas, 2013, p. 651.

<sup>393</sup> Segundo GOMES, “O sensacionalismo é inebriante, pois ao apelar à emotividade do homem, impede-o de enxergar outros ângulos da informação, de avaliar criticamente a notícia, inclusive para questionar sua veracidade. Cega-o pelas paixões.” (GOMES, Marcus Alan. **Mídia e Sistema Penal: As distorções da criminalização nos meios de comunicação**. Rio de Janeiro. Editora Revan, 2015, p. 84).

<sup>394</sup> GOMES, Marcus Alan. **Mídia e Sistema Penal: As distorções da criminalização nos meios de comunicação**. Rio de Janeiro. Editora Revan, 2015, p. 14.

<sup>395</sup> Nessa linha, Julio Fabbrini Mirabete, para quem o conceito de ordem pública também visa a “acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão.” (MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 368); Edilson Mougnot Bonfim, o qual, ao tratar da expressão “garantia da ordem pública”, sustenta que esta “Pretende, também, resguardar a própria credibilidade da Justiça, reafirmando a validade e a autoridade da ordem jurídica, posta em xeque pela conduta delituosa e por sua repercussão na sociedade.” (BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 600); e Jayme Walmer de Freitas, para quem “impõe-se a medida prisional como salvaguarda do próprio prestígio e segurança da atividade jurisdicional.” (FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão Cautelar no Direito Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 111).

*fumus commissi delicti*, não convém aguardar-se até a sentença condenatória definitiva para só então prender o indivíduo.

Dessa maneira, às instituições públicas caberia a adoção de ações tempestivas em desfavor do agente criminoso, medidas estas que confeririam visibilidade e transparência às políticas públicas de persecução penal e combate ao crime e, conseqüentemente, gerariam confiança da população no aparelhamento do Estado. O processo penal, assim, assumiria função simbólica de demonstrar que “a justiça foi feita” e que os criminosos estão sendo punidos.

Contudo, do mesmo modo que as decisões judiciais não devem se basear no que reclama a população, também não podem se pautar na busca pela popularidade do Judiciário ou outras instituições. Ademais, mesmo num conceito alargado, “credibilidade das instituições” não tem cautelaridade mínima para, por si só, justificar a decretação da prisão preventiva.

Como bem destaca MACHADO, “Esse motivo, a bem dizer, configura um pressuposto apócrifo da prisão preventiva. Trata-se de uma hipótese extralegal que deve ser repelida com toda ênfase”.<sup>396</sup>

De fato, 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, incompatível com a prisão processual. Com efeito, como explica Odoné SANGUINÉ, 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 oficialmente atribuída ao instituto e evidencia suas funções reais de pena antecipada.<sup>397</sup>

De acordo com SCHIETTI CRUZ, esse significado de garantia de ordem pública até poderia ser tido como legítimo para o alcance de objetivos estatais se não houvesse o grande porém de o Estado se valer do indivíduo como mero instrumento para suas políticas públicas. Na verdade, nem mesmo é dessa maneira

---

<sup>396</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 554.

<sup>397</sup> SANGUINÉ, Odoné. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva**. In Revista de Estudos Criminais, n. 10, p. 113-115. Para o autor, o caminho legítimo para acalmar o alarme social e dar crédito ao Judiciário não pode ser o encarceramento provisório, mas uma rápida e justa sentença sobre o mérito da causa, condenando ou absolvendo o acusado.

que se conquista a credibilidade das instituições. O sentimento de justiça pela sociedade e o crédito que esta deposita em seus órgãos e agentes públicos devem ser alcançados pelo funcionamento regular e eficiente do aparato estatal, desde que observadas as garantias e os princípios conquistados e consagrados ao longo do processo civilizatório.<sup>398</sup>

Segundo LOPES JR., a cláusula genérica da garantia da ordem pública preenchida com a argumentação da necessidade do restabelecimento da credibilidade das instituições:

“É uma falácia. 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. Para além disso, trata-se de uma função metaprocessual incompatível com a natureza cautelar da medida”.<sup>399</sup>

Além disso, como aponta MACHADO, tanto as causas da criminalidade como os meios de combatê-la “deitam suas raízes em fatores socioeconômicos, os quais estão a reclamar uma reforma estrutural não no aparelho repressivo do Estado, mas na própria base material da sociedade (...)”.<sup>400</sup>

Dessa maneira, não se admite, sob pena de evidente retrocesso civilizatório, que os poderes públicos precisem lançar mão da medida extrema da prisão para legitimarem-se, ou seja, instrumentalizarem o sujeito para adquirirem crédito com seus cidadãos. Mostra-se “preocupante, sob o ponto de vista das conquistas democráticas obtidas, que a crença nas instituições jurídicas dependa da prisão de pessoas”,<sup>401</sup> até mesmo porque sempre, em todos os processos, a justiça deve ser confiável.

#### 2.4.3 A periculosidade do agente e a reiteração criminosa

---

<sup>398</sup> CRUZ, Rogério Schiatti. **Prisão Cautelar – Dramas, Princípios e Alternativas**. 4<sup>a</sup> ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 260.

<sup>399</sup> LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 652.

<sup>400</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 554.

<sup>401</sup> LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 653.

A prisão preventiva decretada com o fim de conter a continuidade delitiva do agente tomado como perigoso é, seguramente, a mais difundida<sup>402</sup> significação de garantia da ordem pública. Esta, neste, caso, é entendida como garantia de tranquilidade social, perturbada pela recalcitrância criminosa do imputado.

De acordo com RANGEL:

“Por ordem pública, deve-se entender a paz e a tranquilidade social, que deve existir no seio da comunidade, com todas as pessoas vivendo em perfeita harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do *modus vivendi* em sociedade. Assim, se o indiciado ou acusado em liberdade continuar a praticar ilícitos penais, haverá perturbação da ordem pública, e a medida é necessária se estiverem presentes os demais requisitos legais”.<sup>403</sup>

A contenção da reiteração delitiva relaciona-se com outros conceitos, como evitabilidade de estímulos encorajadores ao agente diante da leniência estatal, e, principalmente, periculosidade,<sup>404</sup> tida como a probabilidade de o agente criminoso tornar a cometer delitos. É um prognóstico, diante de diversos fatores, de que, em liberdade, o réu voltará a delinquir.<sup>405</sup>

Esses fatores, que levam o julgador a ter como provável o cometimento de novos crimes pelo acusado, estão relacionados, no mais das vezes, aos seus antecedentes ou à sua predisposição de incorrer novamente na prática delitiva, retirando-se do convívio social aquele que demonstrar ser dotado de alta periculosidade.<sup>406</sup>

---

<sup>402</sup> Evitar a reiteração ou a continuidade delitiva é noção admitida desde o Iluminismo e que teve grande profusão e aceitação na Europa e no Brasil. (PRADO, Luiz Regis; SANTOS; Diego Prezzi. **Prisão preventiva: a contramão da modernidade**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 220).

<sup>403</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 765-766.

<sup>404</sup> No ponto, importante esclarecer que o uso da expressão periculosidade é atécnica, vez que esta remete à medida de segurança (Código Penal, artigos 96 e seguintes). Em verdade, ela é utilizada no sentido de “perigosidade”, como propensão do investigado ou acusado voltar a delinquir.

<sup>405</sup> De acordo com Rogério Schiatti Cruz, a avaliação sobre a periculosidade do sujeito passivo da medida cautelar “é aferida, na maior parte das vezes, por seu comportamento processual, ou por seu modo de agir perante o grupo social, ou, ainda, pela maneira com que executou o crime, a tornar necessária a restrição, parcial ou total, de sua liberdade” (CRUZ, Rogério Schiatti. **Prisão Cautelar – Dramas, Princípios e Alternativas**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 265).

<sup>406</sup> Nesse sentido, o STJ no julgamento do HC 118.578-SP, Dje 30.03.2009.

PRADO e SANTOS salientam que mostra-se “razoável pensar no crime praticado com pistas sociais do agente sem que isso impute responsabilidade objetiva”, podendo gerar, assim, indicações para o aprisionamento preventivo.<sup>407</sup>

Ao tratar da questão relativa ao prisma de atuação da prisão cautelar e da fixação da pena, Guilherme de Souza NUCCI estabelece a uma diferenciação, asseverando que:

“No último caso não deve o julgador levar em conta processos em andamento, por exemplo, para agravar a pena do réu; porém, para analisar a necessidade de prisão provisória, por certo, tais fatores auxiliam a formação do convencimento do magistrado”.<sup>408</sup>

Do mesmo modo, Andrey Borges de MENDONÇA entende ser possível a valoração de passagens criminais, sustentando que “se a cognição é sumária e a decisão provisória, deve-se relativizar a necessidade de sentença transitada em julgado”.<sup>409</sup>

Em linhas gerais, essa acepção, de cunho nitidamente utilitarista, encontra seu sustentáculo argumentativo no fato de que a prisão preventiva para a ordem pública tutela, concretamente, direitos fundamentais de terceiros ao evitar a ofensa ou o incremento do dano.

Após a reforma de 2011, mesmo tendo sido mantida a expressão “ordem pública” pela Lei 12.403,<sup>410</sup> muitos autores passaram a entender que, enfim, um conceito delimitado de garantia da ordem pública foi estabelecido pelo legislador. De fato, o artigo 282, inciso I, do Código de Processo Penal, que traz as finalidades de todas as medidas cautelares pessoais, teria especificado a ordem pública aos casos

<sup>407</sup> PRADO, Luiz Regis; SANTOS; Diego Prezzi. **Prisão preventiva: a contramão da modernidade**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 221.

<sup>408</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012, p. 665.

<sup>409</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011: Análise de acordo com os modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos**. 2a ed. São Paulo: Juspodium, 2017, p. 265-266.

<sup>410</sup> Como já registrado, um dos objetivos do Projeto 4.208/2001 era justamente retirar da redação do Código a expressão “ordem pública”, substituindo-a pela seguinte expressão: “se ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado (...) venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à proibidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira considerados graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa”. No entanto, tal redação foi rejeitada pelo Congresso Nacional, conservando-se a tradicional expressão.

previstos em lei para “evitar a prática de infrações penais”. Com esse dispositivo, estaria legalmente definido o conceito de garantia da ordem pública, cuja regulamentação, como visto, sempre foi almejada por grande parte da doutrina e é uma tendência internacional.

Como explica MENDONÇA:

“(…) deve-se conjugar o art. 312 com o art. 282, inc. I, de sorte que o conceito seja restringido para as hipóteses de impedimento da prática de novas infrações penais, ao menos como seu fundamento principal. Assim, para aqueles que afirmavam haver ausência de um referencial semântico seguro para a 'garantia da ordem pública' – o que colocava em risco a própria liberdade individual –, a questão se encontra superada com referida interpretação”.<sup>411</sup>

No que toca às críticas doutrinárias quanto a essa acepção de garantia da ordem pública, pode-se dizer que se concentram na própria natureza dos conceitos de periculosidade e suspeita de reiteração, vez que seriam incompatíveis com as linhas mestras do princípio da estrita legalidade, permitindo variações subjetivas e incontrolláveis. Ou seja, não haveria critérios legais ou mesmo racionais para analisar a possibilidade de o imputado voltar a delinquir.<sup>412</sup>

Para essa vertente, nesses casos, existiria uma dupla presunção: a primeira de verdadeiro cometimento do crime do qual o agente é acusado, e a segunda, de que, se em liberdade, continuará praticando crimes ou consumará a infração interrompida.<sup>413</sup>

---

<sup>411</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011**: Análise de acordo com os modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos. 2a ed. São Paulo: Juspodium, 2017, p. 316. No mesmo sentido, Antonio Scarance Fernandes (FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 293) e Pierpaolo Cruz Bottini (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **As reformas no processo penal**: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 479).

<sup>412</sup> BUSATO aponta outro problema: segundo o autor, o Direito Penal está direcionado a fatos passados. Isto é, “Somente é possível atuar penalmente após a prática delitativa, ou seja, a intervenção penal necessariamente sucede e não precede aos crimes.” (BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas. 2013, 813-814).

<sup>413</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 179-180. Para o autor, “por outro lado, nas hipóteses de efetiva reiteração criminosa contra a mesma pessoa, ou pra a consumação do delito tentado, restaria, então, e aí sim, a prisão em flagrante quando do cometimento do novo crime ou da tentativa de consumação anterior. Todavia, mesmo que inexistia prisão em flagrante deste novo delito, afigura-se plenamente possível a decretação da prisão preventiva em relação ao crime anterior, uma vez que evidenciada a alta probabilidade (que não se confunde com meras conjecturas) do acusado vir a

LOPES JR., na mesma linha, diz que

“A prisão para a 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 (...).”<sup>414</sup>

Afirma KARAM que, “por maior que seja a probabilidade desta ocorrência [do delito], só poderá passar do terreno das hipóteses para o plano do concreto, quando da cognição definitiva de mérito, a ser feita no momento da sentença”.<sup>415</sup>

Não obstante as críticas, doutrina majoritária entende possível a prisão com base na real probabilidade de o agente voltar a delinquir, desde que sejam respeitadas balizas para a real aferição desse prognóstico. Para tanto, esse juízo de probabilidade deve ser lastreado em dados reais, de modo a não escapar à concretude e à verificabilidade.

Sobre a questão, se posiciona SCHIETTI CRUZ no sentido de que:

“(...) consideramos que tanto o Direito Penal quanto o Processual podem, sim, legislar tendo como perspectiva a provável ocorrência de fatos no futuro, a partir de dados do passado. No terreno do Processo Penal cautelar, essa possibilidade é quase a própria justificativa de sua existência. Deveras, há objetivo maior em todo provimento cautelar que não o de prevenir danos futuros?”<sup>416</sup>

Destarte, nota-se que para essa significação de ordem pública se mostrar apropriada, o embasamento da prisão não pode se dar em risco genérico, devendo o magistrado vislumbrar a existência de um quadro significativo de indícios efetivos para se estabelecer a probabilidade do prosseguimento delitivo ou a consumação do delito pelo agente.<sup>417</sup> Como é intuitivo, a previsibilidade – ou melhor, a elevada

---

perturbar a tranquilidade das testemunhas, da vítima (se é que não o tenha feito quando da reiteração), dos jurados, etc.”.

<sup>414</sup> LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 653.

<sup>415</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Prisão e liberdade processuais**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 1, n. 2, abril.jun.1993, p. 87.

<sup>416</sup> CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar – Dramas, Princípios e Alternativas**. 4<sup>a</sup> ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 265.

<sup>417</sup> Neste sentido, de acordo com Paolo Tonini, o perigo concreto e atual deve ser extraído da modalidade específica do fato criminoso e da personalidade perigosa do autor do fato, com o limite

probabilidade – da prática de novos crimes dependerá das circunstâncias factuais e de elementos indiretos à disposição do juiz, até porque, em regra, não se obterá do imputado esta informação.

Como adverte BADARÓ:

“O juiz terá que fazer um juízo para o futuro, um prognóstico diante da situação atual. O futuro não se acerta, prevê-se. Não é possível se exigir a prova plena ou a certeza de um 'perigo' de dano, ou de um dano em potencial. Seria buscar a certeza de um dano futuro e não de um acontecimento passado, de um dano que já tenha ocorrido. O que se pode exigir do juiz em tal caso é uma previsão, um prognóstico sobre o futuro”.<sup>418</sup>

Diversos fatores – que escapam à mera abstração – podem ser considerados na aferição dessa probabilidade. Por exemplo, a existência da aderência do imputado à organização criminosa ou a grupos terroristas, se é pessoa dada a atos violentos, se adota uma forma reiterada e criminosa de agir, se já dirigiu sua conduta para a consecução do crime que pretende executar, entre outros fatores.<sup>419</sup> São circunstâncias que podem indicar o perfil do agente e sua predisposição para a prática do delito.

Outro ponto relevante refere-se aos antecedentes do agente. Como apontam PRADO e SANTOS, ao que parece, os antecedentes podem servir de auxílio, mas, isoladamente considerados, não podem dar ensejo ao decreto prisional, devendo ser sopesados outros dados e fatores. Até porque, pensando numa lógica inversa, tratar a reincidência como vetor exclusivo, impossibilitaria, por exemplo, que se decretasse a prisão de cidadãos que delinquiram gravemente pela primeira vez e que, diante das circunstâncias do caso concreto, deveriam ser custodiados cautelarmente.<sup>420</sup>

---

que a periculosidade não pode ser deduzida exclusivamente da gravidade do crime, mas deve ser obtida dos precedentes penais ou de comportamentos ou atos concretos, os quais devem ser expressamente indicados. (**Lineamenti di diritto processuale penale**. Milão: Giuffrè, 2016, p. 233)

<sup>418</sup> BADARÓ, Gustavo. **Ônus da prova no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 427.

<sup>419</sup> Nesse sentido, MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 263-264.

<sup>420</sup> PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão preventiva: a contramão da modernidade**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 220-222.

#### 2.4.4 A gravidade concreta do crime

Em relação à gravidade do crime, de se destacar, desde logo, que não basta a abstrata avaliação do delito em tese praticado pelo agente, isto é, não basta que o investigado ou o acusado pratique determinado tipo penal de elevada relevância e com alta pena cominada.

Ao se admitir que se proceda dessa forma, seria automática e obrigatória a prisão preventiva para inúmeras infrações graves, como, por exemplo um latrocínio, um homicídio, um estupro ou outros de elevada reprovação jurídica.

Em tais casos, na prática, o juiz somente estaria a formalizar a decisão já tomada pela autoridade policial que procedeu ao indiciamento ou pelo agente do Ministério Público que determinou a capitulação da peça exordial. A leitura da situação feita pelo inquérito e, principalmente, pela denúncia de que é determinado crime aquele em princípio praticado teria o condão de selar a situação prisional da pessoa.

Não obstante não haver anuição com essa prática, por certo que tratando-se efetivamente de um daqueles bem jurídicos mais caros à sociedade, como a vida, há uma maior probabilidade de que o agente que o ofendeu, seja efetivamente perigoso e que, por isso, demande a segregação antes da condenação. Mas – observe-se –, não é a gravidade<sup>421</sup> abstrata, isto é, o fato de se ter atingido bem jurídico relevante que deve ocasionar a prisão do acusado, e sim, o fato revelador da vilania de personalidade e o abalo individualizado à ordem pública, frente às circunstâncias do delito, como examinado no item anterior.

Assim, gravidade genérica, como registrado, não tem o condão de levar, isoladamente, à determinação da prisão preventiva pelo fundamento da ordem pública. Não obstante, facilmente se encontra na doutrina e na jurisprudência referências diretas ao tipo penal no qual, em tese, incorreu o custodiado.

---

<sup>421</sup> Até porque, a gravidade em si do crime cometido nada tem a ver com o “periculum in mora”, estando relacionada ao próprio “fumus boni iuris”. A magnitude concreta do crime, em verdade, apenas sugere que o investigado ou acusado, diante das sérias e graves circunstâncias que o permearam, possui propensão a continuar delinquindo, havendo, portanto, uma relação indireta com a garantia da ordem pública.

Com efeito, NUCCI, apesar de mais a frente em sua obra defender a impossibilidade da decretação por esse fundamento (gravidade abstrata do crime), sustenta que um furto simples não justifica histeria, nem abalo à ordem, mas um latrocínio repercute negativamente, no seio social, demonstrando que as pessoas honestas podem ser atingidas, a qualquer tempo, pela perda da vida, diante de um agente interessado no seu patrimônio, gerando intranquilidade.<sup>422</sup>

Interessante, também, o escólio de Antônio Magalhães GOMES FILHO, que ressalta, inclusive, que a gravidade é vislumbrada pela natureza da pena abstratamente cominada, permitindo que, quanto a esse ponto da decisão, a motivação do juiz seja implícita.<sup>423</sup>

Como já se percebe, as significações mais recorrentes de ordem pública inevitavelmente conversam – ou melhor, confundem-se – entre si. Com efeito, os conceitos de periculosidade, reiteração criminosa e gravidade concreta do crime estão estritamente relacionados e, como será observado no próximo tópico, são encontrados em conjunto em diversos julgados.

De qualquer modo, pode-se dizer que a gravidade concreta do crime está ligada ao modo da prática do delito, ou seja, ao *modus operandi* empregado pelo inculpado quando do cometimento da infração penal. Diferencia-se da gravidade em abstrato na medida em que esta decorre diretamente da denúncia, isto é, do que o órgão acusador efetivamente imputou ao agente supostamente criminoso, enquanto aquela é alcançada pela análise dos diversos dados e informações que foram colhidos em relação àquele caso concreto e àquele agente criminoso.

Outros sentidos conferidos à ordem pública também encontram-se adstritos à noção de gravidade concreta do crime, consubstanciando-se em evidências da gravidade ou mesmo da periculosidade do agente. É o caso da “perversidade do agente”, vista como uma espécie de excesso de maldade e crueldade na consecução do crime, sendo encontrada principalmente em casos de homicídios ou crimes sexuais; também é o caso da “insensibilidade ao Direito”, ligada à frieza do agente diante do sofrimento alheio, quando da prática delituosa.

---

<sup>422</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012, p. 658.

<sup>423</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2<sup>a</sup> ed., revista e atualizada. São Paulo: RT, 2013, p. 221.

Pode-se dizer, ao final, que, além do modo de execução do delito, diversos elementos são capazes de serem considerados pelo magistrado na aferição da gravidade concreta da conduta, como a vultuosidade da lesão ao bem jurídico tutelado, o número de coautores, o número e potencialidade lesiva das armas utilizadas, a quantidade e a variedade de drogas, o envolvimento ou o aliciamento de crianças e adolescentes, a participação em organização criminosa, além da existência de premeditação minuciosa arquitetada para o sucesso criminoso.

#### 2.4.5 Proteção do réu ou investigados

Esse significado de garantia da ordem pública mostra-se peculiar e curioso, na medida em que o Estado decreta a prisão preventiva do suposto autor do delito, privando-o de sua liberdade, para protegê-lo de possíveis reações da vítima, de seus familiares e amigos ou da população em geral. Resumidamente: se prenderia o suposto agente criminoso para o seu próprio bem.

Segundo Rogério SCHIETTI, “tal circunstância não é de todo implausível de ser invocada ao se constatar que outros povos dela se valem para determinar a prisão cautelar do acusado”.<sup>424</sup>

No ponto, TOURINHO FILHO, repensando posicionamento anterior, aduz que:

“Já sustentamos que na hipótese de o indiciado ou réu estar ameaçado pelos familiares da vítima, ou pela própria vítima, haveria a possibilidade de perturbação da ordem pública, e, assim, a preventiva seria de rigor. Penitenciamo-nos do raciocínio açodado. Nessa hipótese, cumpre à Justiça dar garantias ao indiciado ou réu, e não trancafiá-lo no xadrez”.<sup>425</sup>

No ordenamento jurídico brasileiro, há previsão que se assemelha a esse conceito: trata-se do artigo 174 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do

---

<sup>424</sup> CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar** – Dramas, Princípios e Alternativas. 4a ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 262. O autor cita o caso do Código de Processo Penal francês, o qual, no artigo 144, §4, diz que caberá a cautela extrema para “proteger a pessoa acusada”.

<sup>425</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 3, 33<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 559.

Adolescente), o qual prevê que o adolescente infrator poderá permanecer internado “para a garantia de sua segurança pessoal”.<sup>426</sup>

Não obstante tal apontamento, o paralelo é inconsistente, porque enquanto o Estado tem obrigação de proteger o adolescente, inclusive de si mesmo, a autonomia da vontade deve prevalecer quanto ao maior de idade. Imputável.

Assim sendo, parece mais acertada a lição de Aury LOPES JR., no sentido de que:

“Quanto à prisão cautelar para a garantia da integridade física do imputado, diante do risco de 'linchamento', atualmente predomina o acertado entendimento de que é incabível. Prender alguém para assegurar sua segurança revela um paradoxo insuperável e insustentável”.

Mesmo entendimento de MENDONÇA, para quem seria uma hipótese clara de inversão dos direitos humanos, pois se estaria utilizando um direito do preso – a preservação de sua integridade física – para prejudicá-lo; e de BARROS, o qual aduz que “se o criminoso é ameaçado de represálias, por parte da vítima, da família desta, ou de elementos populares, não se justifica a prisão (...). Não se deve tirá-lhe a liberdade, a pretexto de favorecê-lo”.<sup>427</sup>

Desse modo, atualmente, essa significação da garantia da ordem pública não é tomada – pode-se dizer, unanimemente – pela doutrina como válida ou capaz de motivar o encarceramento preventivo.

## 2.5 VISÃO JURISPRUDENCIAL

Feitas as considerações dogmáticas em relação à ordem pública enquanto fundamento de decretação da prisão preventiva, para que se atinja uma noção ainda mais completa do tema, cumpre-se, agora, empreender uma análise a respeito do modo como os Tribunais Superiores vêm decidindo a respeito dessa controvertida

<sup>426</sup> Estatuto da Criança e do Adolescente, Art. 174. “Comparecendo qualquer dos pais ou responsável, o adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público, no mesmo dia ou, sendo impossível, no primeiro dia útil imediato, exceto quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública”.

<sup>427</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Atual. de Maria Elizabeth Queijo. Coord. de Ada Pellegrini Grinover. 2ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 251.

matéria. Com isso, se busca alcançar uma certa materialização do referido motivo prisional a partir de balizas fornecidas pelas contingências dos casos concretos.

Tanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal quanto no do Superior Tribunal de Justiça, as decisões que consideram a gravidade concreta do delito uma característica apta a ensejar a decretação da custódia cautelar para garantia da ordem pública parecem ser, atualmente, as mais frequentes, o que demonstra ser uma tendência dessas cortes em se valer dessa significação para preencher a expressão legal.

A gravidade da conduta é aferida de maneira eminentemente fundada no caso concreto, de modo que não é possível estabelecer critérios claros daquilo que poderia ser considerado um delito com gravidade individual digna de nota. Nesse ponto, o que inegavelmente se percebe do exame jurisprudencial é a grande subjetividade que permeia a identificação de tal gravidade, que, como já se aludiu nesse texto, pode ser facilmente demonstrada a partir de simples exercícios argumentativos por parte do julgador do caso, o que vai de encontro com o princípio da legalidade e com o processo penal (que se pretende) democrático.

Um dos argumentos mais recorrentes no que se refere à percepção da gravidade concreta do delito é a constatação de o agente ser integrante de organização criminosa,<sup>428</sup> seguido do fato de o indivíduo portar consigo grande quantidade de substâncias entorpecentes.<sup>429</sup>

Contudo, em muitos julgados a gravidade concreta é reconhecida apenas de maneira genérica, o que é bastante problemático e acaba por contribuir com a excessiva plasticidade do conceito de ordem pública.<sup>430</sup>

Nesses casos, a gravidade concreta é identificada em crimes diversos, como tráfico de drogas, homicídio, falsificação, organização criminosa, lesão corporal e outros, mas, na verdade, quando observadas as decisões em sua integralidade, o

---

<sup>428</sup> Como nos HC 163.202/MA – STF, HC 141.461/SP – STF, HC 153.528/SP – STF, HC 156.125/HC – STF, HC 151.206/MG – STF, HC 135.027/MS – STF, HC 123.705/MG – STF e HC 440.287/MT – STJ.

<sup>429</sup> Caso dos HC 136.295/SC – STF, HC 153.967/GO – STF, HC 154.071 – STF, HC 147.546/SP – STF, HC 468.264/SP – STJ, HC 470.496/SP – STJ e HC 469.222 – STJ.

<sup>430</sup> Como nos HC 162.154/MG – STF, HC 144.749/SC – STF, HC 162.919/DF – STF, HC 157.559/RJ – STF, HC 152.165/PR – STF, HC 156.673/CE – STF, RHC 145.162/MG – STF, RHC 155.613/CE – STF, HC 151.912/BA – STF, HC 151.943/RS – STF, HC 149.742/PA – STF, HC 135.072/PR – STF, HC 149.130/PE – STF, HC 147.966/SP – STF, HC 146.440/DF – STF.

único padrão realmente encontrado nestes julgamentos generalistas é, basicamente, a remissão ou referência ao que já foi decidido em instâncias anteriores, numa verdadeira ofensa ao dever de motivar. Desse modo, não há, efetivamente, nenhuma fundamentação criativa por parte dos Tribunais Superiores, mas apenas a mera chancela dos variados motivos expostos em juízos que lhes antecederam.

Por outro lado, é válido salientar que em outros casos, são apresentados de forma um pouco mais individualizada os motivos que permitem concluir pela gravidade concreta da conduta, como se verifica no *Habeas Corpus* nº 162.033/BA:

“A decisão que determinou a segregação cautelar apresenta fundamentação jurídica idônea, já que lastreada nas circunstâncias do caso para resguardar a ordem pública, ante a gravidade concreta da conduta imputada ao agravante, que teria provocado aborto e a morte de sua namorada, “após submetê-la a uma sessão de espancamento”.<sup>431</sup>

Assim, fica evidente que os exames acerca da gravidade concreta do delito são eminentemente casuísticos, o que confirma a imprecisão da garantia da ordem pública por ela significada.

Analisando criticamente, não se pode ignorar que tais parâmetros casuísticos conduzem a conhecidos perigos, como possíveis atuações políticas das cortes, tratando situações iguais de forma desigual, além de criarem fundamentações tendenciosas, de modo que não é difícil se considerar a maioria dos crimes como graves, ante a presunção de sua intolerabilidade e de sua nocividade ao bom convívio social.

Também se mostra fundamentação bastante utilizada pelos tribunais superiores a periculosidade do agente, sendo o fato de o investigado ou acusado pertencer à organização criminosa o principal argumento a ela relacionado.<sup>432</sup>

---

<sup>431</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 162.033/BA**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 06/11/2018.

<sup>432</sup> Como nos HC 162.667/PB – STF, HC 156.189/RJ – STF, HC 129.678/SP – STF, HC 140.305/RJ – STF, RHC 150.303/SP – STF, RHC 148.625/SP – STF, HC 137.515/MG – STF e HC 134.927/RJ - STF.

Outra justificativa para a manutenção da custódia cautelar com fins de proteção da ordem pública em razão da periculosidade do agente é o fato de o sujeito responder a outras ações penais.<sup>433</sup>

Argumentação que também chama a atenção é aquela que certifica a periculosidade atual do agente tomando em conta a forma e as circunstâncias de execução de crime anterior por ele praticado,<sup>434</sup> ou então o fato de o indivíduo portar grande quantidade de substâncias entorpecentes.<sup>435</sup>

Destarte, como já se teve a oportunidade de anotar, não é incomum que a mesma situação – como acontece com a quantidade de droga – seja por vezes vista como reveladora da gravidade concreta do crime e, por outras, da periculosidade do agente, havendo entrelaçamento entre algumas significações de ordem pública.

A propósito, assim como acontece na gravidade do crime, muitos julgados apenas justificam a dita periculosidade de maneira genérica.<sup>436</sup>

Assim, também não é possível afirmar que a noção de “periculosidade” é um conceito fechado, que estritamente demarca a definição de “garantia da ordem pública”. Não obstante, as análises jurisprudenciais permitem constatar a existência de alguns parâmetros mínimos a respeito do que os Tribunais Superiores entendem por periculosidade.

Com efeito, o que se infere, então, é que, no âmbito dos Tribunais Superiores, a constatação de o agente ser perigoso, e, por isso, propenso a prática de crimes, fundamenta-se, em regra, em fatos pretéritos, como o fato de o sujeito já pertencer a alguma organização criminosa, ostentar passagens criminais ou mesmo diante da observância do *modus operandi* por ele empregado no cometimento de delito anteriormente praticado.

No que se refere à necessidade de garantir a ordem pública em razão da presença de elementos que demonstrem um prognóstico de reiteração criminosa

---

<sup>433</sup> Caso dos HC 153.536/MG – STF, HC 126.505/RJ – STF e HC 138.674/RS – STF.

<sup>434</sup> Como nos HC 147.808/SP – STF, HC 147.632/PE – STF, HC 138.469/SP – STF, HC 138.262/SE – STF e HC 442.044/PI – STJ, RHC 103.474/RS – STJ e RHC 104.014/SP – STJ.

<sup>435</sup> Caso dos HC 139.150/SP – STF e HC 125.173/SP – STF.

<sup>436</sup> Como nos HC 154.802/MG – STF e HC 154.098/SP – STF.

pelo agente, a fundamentação mais comum é a que leva em consideração os registros na folha de antecedentes do indivíduo.<sup>437</sup>

Curiosamente, aparece também nessa categoria a preocupação com a questão das organizações criminosas, conforme se observa no *Habeas Corpus* 136.925/SP:

“A fundada probabilidade de reiteração criminosa constitui fundamentação idônea para a prisão preventiva, notadamente quando há informação nos autos de que o acusado integra organização criminosa”.<sup>438</sup>

Dessa maneira, a partir da análise de julgados, especialmente do Supremo Tribunal Federal, é possível afirmar que em casos de imputações ligadas a atividades de organizações criminosas o fundamento reiteração criminosa é aceito com facilidade, o que fortalece a interpretação de que a preocupação das Instâncias Superiores com a interrupção da atividade criminosa organizada vem crescendo, e acaba sendo essencialmente considerada no âmbito de proteção da ordem pública.

Tal movimentação jurisprudencial é um interessante diagnóstico da maleabilidade do conceito de “ordem pública”, já que a fundamentação pautada na necessidade de interromper a ação de organizações criminosas se mostra bastante específica, e nos últimos tempos vem sendo francamente reconhecida, até mesmo quando isoladamente considerada, pelas últimas instâncias judiciárias, numa indicação de que os perigos à ordem pública podem variar de acordo com os momentos históricos.

Uma nova tendência que chama bastante atenção – já que não aparece indicada pela análise doutrinária – é a utilização da confirmação da sentença condenatória em segundo grau para fins de decretação da prisão preventiva. Isto é, além de conduzir à execução provisória da pena, a decisão condenatória confirmada pelo Tribunal de Justiça ou pelo Tribunal Regional Federal tem levado à

---

<sup>437</sup> Caso dos HC 149.423/GO – STF, HC 146.293/SP – STF, HC 458.380/MG – STJ, RHC 104.293/BA – STJ e RHC 104.415/AL – STJ.

<sup>438</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 136.925/SP**. Relator: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 26/09/2017.

determinação da custódia para fins de tutela da ordem pública, como aconteceu no *Habeas Corpus* 142.348/SP:

“A orientação firmada pelo Plenário do STF, no julgamento do HC 126.292 e do ARE 964.246-RG, ambos da relatoria do Min. Teori Zavascki, é no sentido de que a execução provisória da pena não compromete o princípio da presunção de inocência. Ademais, o julgamento condenatório em segundo grau de jurisdição impõe a prisão preventiva como medida de garantia da ordem pública”.<sup>439</sup>

Além da inovação, atenta-se de modo específico à utilização do verbo “impõe”, que pode causar a impressão de que uma das consequências imediatas da confirmação de julgamento condenatória em segundo grau seja a decretação de prisão preventiva, o que, em princípio, se mostraria desarrazoado.

De qualquer maneira, tal justificativa é reprisada de maneira quase que idêntica no *Habeas Corpus* 141.209/SP<sup>440</sup> e no *Habeas Corpus* 142.618/SP,<sup>441</sup> e parece demonstrar uma atenção do Supremo Tribunal Federal, de, em outra roupagem, zelar pela credibilidade das instituições judiciárias, numa lógica de necessidade de prisão de indivíduos condenados mesmo que por decisão ainda passível de questionamento recursal.

Sob a ótica de coerência do ordenamento jurídico, decisões como as acima elencadas são bastante discutíveis, tendo em vista que mais do que entrelaçar institutos diversos – execução provisória de sentença condenatória e prisão preventiva – atribuem um significado bastante controverso ao fundamento da ordem pública que, como já visto, por si só, já gera debates suficientes justamente por ser de difícil definição, correndo-se o risco de um esvaziamento semântico ainda maior.

De outro lado, no que se refere às decisões que concedem as ordens de revogação da custódia preventiva, o que se percebe é que as mesmas são, também, essencialmente casuísticas, não sendo possível encontrar de forma analítica algum

---

<sup>439</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 142.348/SP**. Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 06/11/2018.

<sup>440</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 141.209/SP**. Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 16/10/2018.

<sup>441</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 142.618/SP**. Relator: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 16/10/2018.

fundamento que possa, por exemplo, trazer uma conclusão sólida a respeito do que motiva o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça a entenderem que determinado elemento não pode ser considerado ofensivo à ordem pública.

A título de exemplo, é possível citar o *Habeas Corpus* 151.788/PR, no qual o Ministro Dias Toffoli, relator, valoriza grandemente o princípio constitucional da presunção de inocência, empreende argumentação consternada com a possibilidade de antecipação da pena, deixando claro seu entendimento da prisão preventiva como *última ratio*, concluindo pela insubsistência da custódia cautelar e suficiência das medidas cautelares diversas da prisão. O caso tratava de indivíduo que, em contexto de organização criminosa, supostamente auxiliava na inserção de alimentos sem fiscalização adequada no mercado. Considerando o caso concreto, o entendimento do Ministro foi de que “porém, por mais graves e reprováveis que sejam essas condutas supostamente perpetradas, isso não justifica, por si só, a decretação da prisão cautelar”.<sup>442</sup>

No mais, é válido registrar que vem se mostrando uma orientação bastante consolidada nos Tribunais Superiores a não adoção do “clamor público” ou mesmo da “credibilidade das instituições” como significações da ordem pública. Possivelmente, isso se deve ao fato de juízes e tribunais de instâncias inferiores terem deixado, já há certo tempo, de decretar prisões preventivas com base em tais fundamentos.<sup>443</sup> Tal direção vai ao encontro dos apontamentos doutrinários acima tecidos, no sentido de que as decisões judiciais não podem e não devem se pautar na vontade popular ou no fortalecimento de órgãos e Poderes públicos.

Também parece há tempos sedimentado o entendimento de que a gravidade abstrata do crime não serve ao preenchimento do conceito de garantia da ordem pública, mesmo no caso de crimes hediondos.<sup>444</sup>

Ademais, apesar de já aceito o fundamento outrora, atualmente,<sup>445</sup> é pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que não se autoriza a determinação da

---

<sup>442</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 151.788/PR**. Relator: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 14/08/2018.

<sup>443</sup> Neste ponto, vale destacar que no Supremo Tribunal Federal se constata decisões contrárias ao aprisionamento com base no clamor público desde a década de 1970, como se depreende do Recurso em *Habeas Corpus* 54.920, de relatoria do Ministro Antonio Neder, datado de 31.12.1976.

<sup>444</sup> Cita-se, como exemplo, no STF, o HC 79.392-ES, 1ª T, rel. Sepúlveda Pertence, DJ 22.10.1999, que explicita “Prisão preventiva: ser o crime legalmente classificado de hediondo não é razão bastante para decretá-la”.

prisão preventiva com a alegação de que o agente estaria melhor sob a custódia do Estado do que solto nas ruas, local em que, imagina-se, poderia ser alvo de vingança da vítima ou terceiros afetados pela ação delituosa.

Em assim sendo, pelo teor das decisões isoladamente consideradas, conclui-se que não é possível extrair relações lógicas muito coerentes, não havendo uma estratificação conceitual. Entretanto, a despeito da inexatidão, percebe-se que a noção de “garantia da ordem pública” segue algumas tendências razoavelmente observáveis nos Tribunais Superiores, fazendo com que o conceito se torne ao menos minimamente previsível.

Destarte, de tudo que foi exposto, pode-se afirmar que a expressão “garantia da ordem pública”, na atual jurisprudência das instâncias superiores, toma forma a partir dos vetores que as cortes entendem como sintomáticos de potencial mácula ao convívio social – sendo eles, como já longamente explorado, a gravidade concreta do delito, a periculosidade do agente, os indícios de reiteração criminosa e, mais recentemente, a confirmação de sentença condenatória em segundo grau de jurisdição e a urgência em interromper atividades de organizações criminosas.

Esses critérios e padrões estabelecidos pelos Tribunais Superiores, ao tempo que têm o condão de ao menos orientarem o julgador e as partes, se mostram ainda tênues e inconvincentes, não procedendo a um fechamento satisfatório da expressão “garantia da ordem pública”, o que seria essencial para a consagração da segurança jurídica e para o esvaziamento, mesmo que gradual, de manipulações argumentativas.

## 2.6 DA CONSTITUCIONALIDADE DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA

Superadas questões relacionadas às significações doutrinárias sobre a garantia da ordem pública enquanto fundamento prisional, bem como relativas a como os Tribunais Superiores vêm se posicionando sobre o tema, procede-se,

---

<sup>445</sup> Não foram encontradas decisões recentes nos tribunais superiores admitindo a prisão cautelar para assegurar a segurança ou a integridade física do suposto autor do crime. O *Habeas Corpus* 62.764, que decidiu que a prisão preventiva não era instrumento adequado a assegurar a incolumidade do acusado, firmou a posição do STF sobre o tema.

agora, ao enfrentamento do ponto em que possivelmente há mais controvérsia entre os autores que se dedicam a esse assunto: a questão da constitucionalidade da garantia da ordem pública como motivo autorizador da prisão.

De fato, essa discussão mostra-se de elevada importância, tendo em conta que esses constantes embates doutrinários atrelam-se a própria aos próprios rumos da prisão preventiva enquanto instituto.

Fincada tal premissa, pode-se afirmar que o debate acerca da constitucionalidade gira em torno da existência ou não do caráter cautelar da medida e da vagueza do conceito de ordem pública.

Nesta pesquisa, já se empreendeu o estudo geral da cautelaridade. Sucintamente, foi visto que os provimentos cautelares têm como objetivo imediato assegurar a eficácia do procedimento definitivo, tendo como características principais a provisoriedade e a instrumentalidade.

Desde este ponto de vista, observou-se que a prisão de natureza cautelar tem por escopo assegurar que a decisão a ser proferida seja útil e produza os efeitos que dela se espera, sendo orientada segundo um critério de excepcional necessidade.

Exposto esse introito, importa anotar que, valendo-se das noções de cautelaridade, há quem sustente ser inconstitucional o fundamento da garantia da ordem pública para fins de prisão preventiva, justamente porque, neste caso, a custódia processual não seria cautelar e, em ordenamentos que adotaram a presunção de inocência, como é o caso do Brasil, apenas se admitiria prisões antes da sentença condenatória definitiva em situações cautelares.

Para essa corrente, que defende a impossibilidade de se decretar a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, medidas cautelares pessoais somente poderiam ser determinadas para assegurar o próprio processo e nunca para proteger outros interesses, em finalidades extraprocessuais. Nesses casos, de acordo com seus adeptos, a prisão se consubstanciaria em modalidade de cumprimento antecipado da pena, em verdadeira justiça sumária.<sup>446</sup>

---

<sup>446</sup> Segundo BADARÓ, com a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, “não se estaria buscando a conservação de uma situação de fato necessária para assegurar a utilidade e a eficácia de um futuro provimento condenatório. Ao contrário, o que se está pretendendo é a

Nesse sentido, Geraldo PRADO assevera que:

“A inconstitucionalidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública (e da ordem econômica) não decorre exclusivamente do que ela não é: de não se tratar de medida cautelar. Esta prisão é inconstitucional também pelo que ela é: medida de polícia judicial que antecipa a punição, o castigo, e o faz mais gravemente desvinculada da questão controvertida do processo – se o acusado é penalmente responsável pela conduta que lhe é atribuída – valendo-se do processo como mero vínculo ou pretexto para impor privação de liberdade.”<sup>447</sup>

Odoné SANGUINÉ afirma que a prisão preventiva para a garantia da ordem pública:

“Acaba sendo utilizada com uma função de prevenção geral, na medida em que o legislador pretende contribuir à segurança da sociedade, porém deste modo se está desvirtuando por completo o verdadeiro sentido e natureza da prisão provisória ao atribuir-lhe funções de prevenção que de nenhuma maneira está chamada a cumprir”.<sup>448</sup>

Mesmo raciocínio desenvolve Aury LOPES JR., para quem as medidas cautelares devem visar a garantir o normal funcionamento da justiça através do processo penal, consistindo em “instrumentos a serviço do instrumento processo; por isso, sua característica básica é a instrumentalidade qualificada ou ao quadrado”.<sup>449</sup> Por não enxergar qualquer característica cautelar na prisão preventiva para a garantia da ordem pública, o referido autor entende que tal fundamento é

---

antecipação de alguns efeitos jurídicos práticos da condenação penal” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012, p. 733).

<sup>447</sup> PRADO, Geraldo. **Excepcionalidade da Prisão Provisória**. In: **Medidas Cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas – comentários à Lei 12.403, de 04/05/2011**. Coordenação: Og Fernandes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 143.

<sup>448</sup> SANGUINÉ, Odoné. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva**. In Revista de Estudos Criminais, n. 10, p. 114.

<sup>449</sup> LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 648. No mesmo sentido, CÂMARA. Para este autor, “tal pressuposto não emana finalidade cautelar propriamente dita.” (CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas Cautelares Pessoais: Prisão e liberdade provisória**. 2<sup>a</sup> ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 135)

substancialmente inconstitucional, sendo utilizado, de forma degenerada, “como medida de segurança pública”.<sup>450</sup>

Nos mesmos termos, André Nicolitt, que defende que “Usar a prisão processual para garantir a ordem pública é antecipar os efeitos da pena, o que é inconstitucional”.<sup>451</sup>

Mesma posição de TOURINHO FILHO, o qual salienta que no caso da garantia da ordem pública “o encarceramento provisório não tem o menor caráter cautelar. É um rematado abuso de autoridade e uma indisfarçável ofensa à nossa Lei Magna, mesmo porque a expressão 'ordem pública' diz tudo e não diz nada”.<sup>452</sup>

Essa doutrina, de feição processualista, fixa-se em uma posição firme de negar de forma absoluta – em todas as hipóteses – qualquer redução no núcleo da norma constitucional da presunção de inocência.<sup>453</sup>

A despeito da alta qualidade argumentativa dos defensores dessa corrente de pensamento, cumpre anotar que esta tem pouquíssima aceitação nos tribunais, bem como não é seguida pela maioria da doutrina. De fato, a maior parte dos autores entende ser constitucional e válido o fundamento da garantia da ordem pública como motivo da prisão preventiva. Conforme explica LIMA:

“O caráter cautelar é preservado, pois a prisão tem o objetivo de assegurar o resultado útil do processo, de modo a impedir que o réu possa continuar a cometer delitos, resguardando o princípio da prevenção geral. Há, de fato, evidente perigo social decorrente da demora em se aguardar o provimento

---

<sup>450</sup> LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 648. Nos mesmos termos, André Nicolitt, que defende que “Usar a prisão processual para garantir a ordem pública é antecipar os efeitos da pena, o que é inconstitucional.” Franco Cordero, ao tratar do artigo regente da matéria em comentário no CPP italiano, manifesta a ideia de que são cautelares somente custódias preventivas destinadas a impedir a destruição da prova e a fuga do imputado. Com efeito, segundo o autor italiano, a referência do artigo 274, 'c', que possibilita a adoção da medida evitar que o imputado tente ou consuma delitos graves, faz com que ela se torne uma medida de segurança, numa “metamorfose pouco feliz.” (CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. 4 ed. Milão: Giuffrè, 1998, p. 466-467).

<sup>451</sup> NICOLITT, André. **Processo Penal Cautelar: Prisão e demais medidas cautelares**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 96.

<sup>452</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 3, 33<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 557.

<sup>453</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 386.

jurisdicional definitivo, eis que, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, o agente já poderá ter cometido diversas infrações penais”.<sup>454</sup>

Essa é também a compreensão de Antonio Scarance FERNANDES, o qual aduz que:

“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”.<sup>455</sup>

Tal linha de argumentação, embora reconheça ser mais difícil identificar a cautelaridade nessa modalidade de prisão preventiva se comparada às situações que envolvem a conveniência da instrução criminal e o resguardo da aplicação da lei penal, vislumbra que, protegendo o fim precípua do processo, de pacificação social, a prisão para garantir a ordem pública, evitando novos crimes pelo autor, não deixaria de ser cautelar. Isto é, ao assim fazê-lo, o processo penal buscaria a proteção da sociedade, concretizando um dos escopos da própria função jurisdicional.<sup>456</sup>

Assim, apesar de não exatamente instrumental, a prisão preventiva para fins de garantia da ordem pública assumiria natureza de cautela final,<sup>457</sup> em que se objetiva tutelar a efetivação da sentença condenatória e impedir o cometimento de novos crimes.<sup>458</sup>

<sup>454</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática**. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 259.

<sup>455</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 302.

<sup>456</sup> Nesse sentido: BECHARA, para quem a tranquilidade social e a manutenção da paz inserem-se entre os objetivos e escopos sociais da própria jurisdição (BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão Cautelar**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 146).

<sup>457</sup> Como explica MENDONÇA, “Como cautela instrumental, a prisão preventiva visa resguardar o bom andamento do processo, referindo-se a duas exigências conceitualmente distintas entre si: evitar, por parte do acusado, comportamentos elusivos no curso do processo, assim como colocar o juiz em melhor posição para a busca da verdade, impedindo que o acusado entorpeça a produção probatória. Por sua vez, a cautela do tipo final ocorre quando se busca assegurar a execução de eventual sentença condenatória ou para evitar a prática de novas infrações penais.” (MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011: Análise de acordo com os modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos**. 2ª ed. São Paulo: Juspodium, 2017, p. 96-97).

<sup>458</sup> Para Edilson Mougnot Bonfim, se trata de uma *cautela social*. Segundo o autor, “as prisões cautelares têm por finalidade resguardar a sociedade ou o processo com a segregação do indivíduo. Daí falar em cautelaridade social, cujo escopo é proteger sociedade de indivíduo perigoso, e

Isto é, essa providência estaria autorizada em conta do risco de danos urgentes para a sociedade. Não se teria como esperar o completo desenvolvimento do processo, pois haveria riscos da ocorrência de efeitos irreparáveis.

Por outro lado, por não possuir caráter essencialmente conservativo, diversos também são os autores que entendem que a prisão preventiva para garantia da ordem pública de fato não é cautelar, mas, mesmo assim, encontra fundamento de validade e legitimação na Constituição, tendo em conta que cumpre função essencial de defesa social ou medida judiciária de polícia.

A prisão preventiva assumiria, neste caso, cunho material enquanto medida de proteção da sociedade<sup>459</sup> com vista ao asseguramento dos desejos sociais de segurança.

Sobre o assunto, há tempos FREDERICO MARQUES já pontuava que:

“Nessa hipótese, a prisão preventiva perde seu caráter de providência cautelar, constituindo antes, como falava Faustin Hélie, verdadeira medida de segurança. A *potestas coercendi* do Estado atua, então, para tutelar, não mais o processo condenatório a que está instrumentalmente conexas, e sim a própria ordem pública. No caso, o *periculum in mora* deriva dos prováveis danos que a liberdade do réu possa causar – com a dilação do desfecho do processo – dentro da vida social e em relação aos bens jurídicos que o Direito Penal tutela.”<sup>460</sup>

Do mesmo modo, em obra específica sobre o tema, João Gualberto Garcez RAMOS sustenta que “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”.<sup>461</sup>

---

cautelaridade processual, que garante o normal iter processual, fazendo com que feito transcorra conforme a lei e que eventual sanção penal seja cumprida. (BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 573).

<sup>459</sup> Nas palavras de Rosimeire Leite, “a prisão preventiva deixaria de ser uma cautela do processo, transformando-se em cautela da sociedade”. (LEITE, Rosimeire Ventura. **A ordem pública como fundamento da prisão preventiva**. In. Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Dir. Leonel Gonzales. Santiago: CEJA. 2018, p. 129).

<sup>460</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol. IV; Rio de Janeiro: Forense. 1965, p. 49.

<sup>461</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no direito processual penal brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998, p. 143. Segundo o autor, a prisão preventiva para garantir a ordem pública não é cautelar por faltar-lhe um requisito essencial, a *referibilidade* com o direito discutido no processo penal condenatório. E também não seria antecipatória de pena, tendo em conta que ela não se refere ao processo em que está inserida, mas a valores outros de defesa social, não induzindo à antecipação da tutela processual definitiva.

Também é a posição de SCHIETTI, o qual, assumindo a constitucionalidade da medida, argumenta que a assunção das funções de medida de segurança ou de defesa social por parte da prisão preventiva “é compreensível ante a necessidade de proteger a sociedade contra investidas criminosas que perturbem a paz e a ordem públicas, em prognóstico judicial responsável (...)”.<sup>462</sup>

No ponto, PACELLI e FISHER afirmam que a prisão preventiva:

“Pode ser decretada para fins *externos* à instrumentalidade, associada à proteção imediata, não do processo em curso, mas do conjunto de pessoas que se há de entender por sociedade (...). A modalidade de prisão, para cumprimento desta última finalidade, seria a prisão para garantia da *ordem pública*. (...) Há, então, prisão preventiva dotada de caráter manifestamente instrumental, a tutelar a efetividade da atividade jurisdicional penal, controlando as intervenções externas que possam turbar a marcha processual, e, em outra ponta, a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, quando se tutelar, não o processo, mas o risco de novas lesões ou de reiteração criminosa”.<sup>463</sup>

Entende-se que os fins da prisão preventiva são diversos daqueles do processo e, por essa razão, restaria preservada a inocência presumida do acusado preso preventivamente. Com efeito, como explica MENDONÇA, a prisão preventiva para fins de garantia da ordem pública não possui finalidade de prevenção geral ou especial, mas sim de *prevenção concreta*, com o intuito de não permitir que a sociedade acabe sendo alvo de um dano concreto iminente em seus bens jurídicos relevantes.<sup>464</sup>

Para FIGUEIREDO, o exame a respeito da constitucionalidade da prisão para a garantia da ordem pública deve levar em consideração o artigo 144 da Constituição Federal, dispositivo que se dedica à segurança pública, cujo *caput* celebra esse bem jurídico como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, exercido para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

---

<sup>462</sup> CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar** – Dramas, Princípios e Alternativas. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 258.

<sup>463</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; FISHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 5 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo. Atlas, 2013, p. 644.

<sup>464</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisões e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011, p.

Assim, segundo o autor, é lícito concluir que a segregação preventiva embasada na garantia da ordem pública “insere-se na função desempenhada pelo Poder Judiciário no exercício do dever estatal de tutelar a segurança pública (...)”, não cabendo a tal Poder permanecer “inerte, aguardando a lesão grave à integridade de inúmeras pessoas, mercê de míope apego ao princípio da presunção de inocência”.<sup>465</sup>

Ainda, modernamente, vem-se admitindo a compatibilização da prisão para a garantia da ordem pública e o princípio da presunção de inocência também por força do princípio da proporcionalidade. De fato, afirma-se que a presunção de inocência, justamente por ter natureza de princípio, pode, desde que de modo excepcional, ser restringida à luz das circunstâncias do caso concreto, embora, por certo, deva ser reconhecida como um direito *prima facie*, que precisa ser cumprido dentro da maior eficácia possível.

Nesse caso, opta-se, como salienta MORAES, pelo “conteúdo essencial relativo da presunção de inocência”, o qual abre espaço para que se inicie, de forma racional, uma redução do espaço de conflito entre presunção de inocência e prisão preventiva, com o fim de orientar uma escolha baseada na ponderação de valores diante das circunstâncias fáticas e condições jurídicas do caso concreto. De acordo com o autor, a presunção de inocência prevista na Constituição limita e conforma o conceito de ordem pública do processo penal, ou seja, ela não elimina a ordem pública, mas a limita a espaços excepcionais e diminutos.<sup>466</sup>

Ademais, a condenação de uma pessoa, com base no princípio da presunção de inocência, depende de uma sentença penal condenatória, proferida ao final de um longo processo, no qual é realizado um juízo de culpabilidade, observando-se, para tanto, todas as regras do devido processo legal em juízo de cognição exauriente. Já a decretação da prisão preventiva opera-se em cognição sumária, em juízo de probabilidade em relação ao cometimento de novos crimes e da “periculosidade” do imputado, impondo-se um sacrifício no presente em função

---

<sup>465</sup> 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. 116-117.

<sup>466</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 386-387.

do futuro e flexibilizando-se o seu estado de inocência em benefício do direito à segurança pertencente a toda sociedade.

Ainda sobre o tema, para fins de registro, vale salientar que no direito comparado a prisão preventiva para garantia da ordem pública, mesmo variando a nomenclatura, é modalidade prisional adotada em vários países que preveem a presunção de inocência.<sup>467</sup>

Quanto à possível ofensa ao princípio da legalidade, ante a indeterminação da expressão,<sup>468</sup> é imperioso anotar que, mesmo para a maioria que defende a constitucionalidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, independentemente de sua natureza cautelar ou material, se sustenta uma maior delimitação dessa modalidade prisional.<sup>469</sup>

De qualquer modo, sobre a questão, anota a doutrina que apesar de conceito fluído, é determinável.<sup>470</sup> Destaca Maurício Zanoide de MORAES,

---

<sup>467</sup> Na Europa, citam-se as disposições do Código Processual Penal alemão (parágrafo 112a, referindo-se à suspeita de novos crimes), do CPP português (art. 204, que cita risco de reiteração criminosa que perturbe a tranquilidade e a ordem públicas), do CPP italiano (art. 274, que estabelece o risco de reiteração criminosa em crimes graves), do CPP francês (art. 144 que enuncia a função de colocar fim à infração ou impedir sua renovação, além de colocar fim à perturbação à ordem pública), bem como da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola (art. 503, §3o, II, que trata do risco de cometimento de outros fatos delitivos). Também há previsões semelhantes nos diplomas processuais penais de diversos países da América Latina: Chile (artigo 140 – perigo para a segurança da sociedade ou do ofendido), Colômbia (artigos 310 e 311 – perigo para a segurança da sociedade ou da vítima), Costa Rica (artigo 239-b – continuar com ações delituosas), Nicarágua (artigo 173-c – perigo de cometer novos delitos ou de continuar com a atividade criminosa).

<sup>468</sup> Nesse sentido, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de Inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991., p. 66-69. Também para Geraldo Prado, “a simples imagem de uma prisão que pode ser decretada sem fronteira semântica a estabelecer o significado objeto de denotação e conotação mostra o quão abusiva pode ser a medida e o risco da opção.” (PRADO, Geraldo. **Excepcionalidade da Prisão Provisória**. In: **Medidas Cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas – comentários à Lei 12.403, de 04/05/2011**. Coordenação: Og Fernandes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 140).

<sup>469</sup> Não obstante, há quem entenda que a abertura do texto é adequada. É a posição de Luis Gustavo GRANDINETTI, que entende que a ordem pública e outras medidas correlatas consagram valor constitucional de grande importância, asseverando que “as leis infraconstitucionais que a elas se referem não podem ser consideradas inconstitucionais. Na verdade, as cláusulas gerais ou leis gerais, constitucionais, como a ordem pública, a moral pública, os bons costumes, a paz pública, a saúde pública, o interesse público, podem servir, efetivamente, até mesmo para a contenção de direitos fundamentais, em dada situação fática que exija ponderação de valores.”(GRANDINETTI, Luis Gustavo. **Processo Penal e a Constituição**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 228). Há também entendimento de que a ordem pública “não é um conceito vago. A vagueza, muitas vezes, está na decisão e não no conceito de ordem pública (...). Não há, em nosso sentir, inconstitucionalidade na expressão 'ordem pública'.” (RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 766).

<sup>470</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no direito processual penal brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998, p. 138.

simplesmente rejeitar a garantia da ordem pública, em virtude de sua vagueza e abertura de conceito, “não contribui para compreendê-la e, diante da norma constitucional da presunção de inocência, para reduzir-lhe a abrangência”.<sup>471</sup>

Na jurisprudência, raramente os tribunais interrogam a questão da constitucionalidade da prisão preventiva para a tutela da ordem pública, tomando como legítimo esse modelo prisional, sem maiores elucubrações.<sup>472</sup>

Na verdade, como registram PACELLI e FISHER, não há como fingir a inexistência de inúmeros exemplos do cotidiano que exigem a prisão processual fora dos limites da conveniência da instrução criminal ou asseguramento da aplicação da lei penal.<sup>473</sup>

De fato, a realidade mostra que há diversos investigados e acusados que não estão coagindo testemunhas, ou mesmo que possuem endereço certo, com profissão bem definida, não mostrando nenhum ato concreto que indique a intenção de fugir do distrito da culpa ou furtar-se de suas obrigações processuais, e, mesmo assim, devem ser segregados preventivamente, pois sua liberdade oferece inúmeros riscos de danos a terceiros, seja a vítima ou outros membros da sociedade.

Neste ponto, arrematam os referidos autores que:

“A invalidação de tal modalidade de prisão nos parece absolutamente despropositada (...). O que estamos a dizer é: a interpretação conforme a Constituição revela poderoso e necessário instrumento de revalidação de regulações normativas de grande importância no cotidiano nacional, e cujo desaparecimento (pela invalidade, por inconstitucionalidade) causaria males de idêntica dimensão àqueles produzidos sob seu signo (das citadas normas reputadas inconstitucionais)”.<sup>474</sup>

<sup>471</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 386.

<sup>472</sup> No HC 111.244-SP, o então Relator, Min. Carlos Ayres Britto, assentou a validade da “garantia da ordem pública”, explicitando-a segundo o texto constitucional. Segundo ele, a expressão prevista na Lei Maior, “*preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio*”, do artigo 144, possui categorização “como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na peculiar execução de certos crimes. Não da incomum gravidade desse ou daquele delito, entenda-se. Mas da incomum gravidade da protagonização em si do crime e de suas circunstâncias.” (HC n. 111.244-SP, STF, 2ª Turma, Rel Min. Ayres Britto, julgado em 10.4.2012, publicado no DJ em 26.6.2012).

<sup>473</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; FISHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 5 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo. Atlas, 2013, p. 649-650.

<sup>474</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; FISHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 5 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo. Atlas, 2013, p. 650.

Desse modo, essa doutrina que se posiciona pela validade da prisão para acautelar a ordem pública entende ser mais profícua a discussão em torno da definição de limites e da imposição de controles estritos para a sua admissão, de maneira que a resguardar a segurança jurídica e, ao mesmo tempo, estabelecer que a custódia preventiva consista, verdadeiramente, em medida extrema para casos extremos.

Sendo assim, há inúmeras tentativas de se empreender doutrinariamente a demarcação da expressão legal. Em geral, não se estabelece um conceito único de garantia da ordem pública, procedendo-se a uma definição baseada na associação de alguns elementos.

Neste sentido, Eugênio PACELLI e Douglas FISHER asseveram que:

“De nossa parte, entendemos perfeitamente aceitável a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, desde que fundamentada na gravidade do delito, na natureza e nos meios de execução do crime, bem como na amplitude dos resultados danosos produzidos pela ação. Negar risco de reiteração criminosa ou, e mais, negar a possibilidade de certos prognósticos quanto a essas conclusões, é o mesmo que retroceder, sempre e permanentemente, a uma ideia originária e fundamentadora da dignidade humana, sem os condicionamentos da civilização moderna”.<sup>475</sup>

Já Guilherme de Souza NUCCI aduz que há um conjunto de causas que tornam viáveis a autorização da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, enumerando a) a gravidade concreta do crime; b) o envolvimento com o crime organizado; c) a reincidência ou maus antecedentes do agente e a periculosidade; d) o particular e anormal modo de execução do delito; e) a repercussão efetiva em sociedade, gerando real clamor público. Para o autor, o ideal seria a conjugação de, pelo menos, dois desses fatores.<sup>476</sup>

Ainda na tentativa de estabelecimento de um conceito delimitado, Luiz Regis PRADO e Diego PREZZI também adotam um posicionamento cumulativo, com o foco de conter o excesso prisional e restringi-lo aos casos mais extremados. Assim,

---

<sup>475</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; FISHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 5ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo. Atlas, 2013, p. 652.

<sup>476</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012, p. 660.

segundo eles, “propõe-se um conceito conjuntivo: cumulativo de bem jurídico afetado indispensável à vida humana e ao convívio + afetação hiperatentatória + risco provável de consumação do delito e/ou continuidade de práticas delitivas”.<sup>477</sup>

Portanto, entende-se que o bem jurídico tutelado deve ser importante,<sup>478</sup> que a ofensa seja extremamente gravosa e o risco com a liberdade – sua conservação ou soltura – seja provável e não apenas possível.

Do mesmo modo, Rogério SCHIETTI CRUZ concorda com a exigência de requisitos cumulativos para a aceitação da garantia da ordem pública como circunstância autorizadora da prisão preventiva, de modo “a buscar um ponto de equilíbrio no embate imanente ao processo penal, entre o poder punitivo do Estado e o direito à liberdade do indivíduo”.<sup>479</sup> Assim, procura-se atender tanto os interesses mais caros do indivíduo contra excessos do poder coercitivo estatal, quanto os legítimos interesses da sociedade contra comportamentos que colocam em risco grave e concreto a tranquilidade das pessoas e o convívio social.

Outro autor que busca demarcar a expressão legal é Maurício Zanoide de Moraes, para quem:

“(…) não se propõe a exclusão do conceito de 'ordem pública', mas sugere o estabelecimento de três requisitos cumulativos como proposta inicial de debate para a delimitação mais segura no exame crítico do conceito. Delimitá-lo por parâmetros fixados pela doutrina e pela jurisprudência não significa engessá-lo de forma a não permitir sua análise casuística, o que é indispensável para o estabelecimento de uma relação condicionada de precedência. O que se deseja é fornecer padrões mínimos fora dos quais há ilegalidade (por abuso ou excesso) na utilização daquele conceito de 'ordem pública' (...).

Para que a prisão provisória possa ser determinada com base na 'ordem pública', sugere-se a observância de três requisitos cumulativos: a pena prevista para o crime imputado; as circunstâncias e a forma demonstradas de cometimento do suposto crime; e, por fim, uma relação temporal entre o conhecimento da autoria e o instante de determinação da prisão”.<sup>480</sup>

<sup>477</sup> PRADO, Luiz Regis; SANTOS; Diego Prezzi. **Prisão preventiva: a contramão da modernidade**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 218-219.

<sup>478</sup> Segundo os autores, trata-se da aplicação do mecanismo da fragmentariedade do Direito Penal ao Direito Processual Penal. (PRADO, Luiz Regis; SANTOS; Diego Prezzi. **Prisão preventiva: a contramão da modernidade**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 219).

<sup>479</sup> CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar – Dramas, Princípios e Alternativas**. 4a ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 268.

<sup>480</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 389-390.

### Já para Antônio Alberto MACHADO, a ameaça à ordem pública

“Deve corresponder a situações, condutas e fatores que sejam “potencialmente capazes de desencadear algum distúrbio social, cuja dimensão seja mesmo suficiente para abalar o funcionamento normal da coletividade e pôr em risco a convivência harmoniosa e a segurança das pessoas naquele momento de sua ocorrência”.<sup>481</sup>

De acordo com o autor, então, a ameaça capaz de ser considerada como apta a abalar a ordem pública deve ser aquela que atinge toda a coletividade e não apenas aqueles efetivamente atingidos pelo fato delituoso.

Desta forma, enquanto não se realiza uma definição legislativa satisfatória, visa-se a superar a imprecisão conceitual através de esforços doutrinários, como os exemplos acima citados, de modo a atingir uma demarcação maior da expressão “garantia da ordem pública”, reservando o decreto prisional preventivo aos casos mais drásticos e extremos.

---

<sup>481</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 552.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A regulamentação da prisão preventiva enquanto medida precautória de índole pessoal, provavelmente tem sido o assunto mais polêmico com o qual a reestruturação na justiça criminal tem lidado.

Nesse contexto, após as reformas de 2008, o Código de Processo Penal de 1941 sofreu em 2011, através da Lei 12.403, uma nova reforma parcial, afetando de forma substancial o regime jurídico das medidas cautelares pessoais.

Não obstante as significativas transformações no sistema cautelar, o legislador optou por não alterar a redação do artigo 312 do Código de Processo Penal, perdendo uma grande oportunidade de delimitar o significado do fundamento preferido e mais utilizado para a decretação da prisão preventiva: a garantia da ordem pública.

De fato, em se tratando de privação cautelar de liberdade, o estabelecimento de critérios objetivos e legítimos para a restrição do direito fundamental mostra-se de particular relevo, sendo que, em decorrência dessa omissão legislativa, coube à doutrina e à jurisprudência encetarem esforços para o balizamento das significações dessa plurívoca e porosa expressão.

Tendo esse cenário como pano de fundo, após se traçar um panorama a respeito da prisão cautelar em geral, esta pesquisa objetivou explicar o modo pelo qual a prisão preventiva e seu fundamento mais controverso são atualmente compreendidos no sistema processual penal brasileiro.

Procurou-se demonstrar, assim, no primeiro capítulo, noções sobre prisão e cautelaridade no processo penal, emergindo-se na evolução histórica do instituto – desde o contexto autoritário do advento do Código de Processo Penal até a edição da Lei n. 12403/2011 –, e, em seguida, enfatizando o estudo dos pressupostos - *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis* – aplicáveis quando da análise do cabimento de qualquer medida cautelar pessoal.

Mostrou-se de especial relevo o exame dos princípios cautelares, os quais, tomados como verdadeiros balizadores do poder encarcerador do Estado, operam tanto na análise quanto na escolha da providência cautelar. Nesse sentido, foi visto que além da legalidade, provisoriedade e provisionalidade, assumem grande

destaque o princípio da subsidiariedade, o da presunção de inocência e o da proporcionalidade, enquanto essenciais à racionalidade das decisões, buscando evitar, no campo processual penal, que se dê margem a abusos e arbitrariedades.

No estudo da prisão preventiva, tomada como providência extrema e restrita, além da análise das hipóteses de admissibilidade previstas no artigo 313, do Código de Processo Penal, operou-se o estudo individualizado de cada um de seus fundamentos autorizativos: conveniência da instrução criminal, o asseguramento da aplicação da lei penal, a garantia da ordem econômica e a garantia da ordem pública.

Além disso, em abordagem crítica, estabeleceu-se que a constante flexibilização da pena, o anseio pela estabilização da norma e a busca por uma justiça rápida e eficiente, com resoluções imediatas, são algumas das razões pelas quais a prisão preventiva parece cada vez mais tendente a assumir contornos de pena propriamente dita, em franca desnaturação do instituto.

Efetou-se, também, a análise, por meio de excursão, da relação entre princípio acusatório e prisão preventiva. No ponto, observou-se a total incompatibilidade, em qualquer circunstância, entre a decretação da custódia de ofício pelo juiz e um processo penal efetivamente democrático, de partes.

Já no segundo capítulo, buscou-se aprofundar no estudo da garantia da ordem pública enquanto motivo prisional. Observou-se que esse fundamento, diante da abertura semântica e da indeterminação conceitual, é alvo de intensas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, e a busca por uma maior demarcação é essencial para a preservação da segurança jurídica e da natureza excepcional da medida.

A propósito, justamente por se tratar de enunciado impreciso e maleável, observou-se uma forte tendência de subjetivismo entre os julgadores, os quais, ainda sob uma matriz inquisitiva, se valem da abrangência do texto legal para primeiro decidir e, depois, socorrerem-se da ordem pública, que praticamente tudo aceita, para confirmar aquele seu entendimento prévio já firmado.

A doutrina especializada, por conta dessa acepção problemática do conceito, tem criado parâmetros para o seu preenchimento pelo intérprete, especialmente pelo juiz. Em regra, não se estabelece um sentido único de garantia da ordem pública,

apresentando, os autores, um conceito cumulativo, isto é, uma definição baseada na associação de alguns elementos, como a ocorrência de violação a bem jurídico importante somada à probabilidade, depreendida de dados concretos, de consumação do delito interrompido ou a continuidade de práticas criminosas pelo agente.

Já o Supremo Tribunal Federal confirmou a tendência de afastar determinados conteúdos de ordem pública, como o clamor público e a credibilidade das instituições e, ao que a análise de diversos julgados recentes indicou, vem adotando cinco critérios como autorizadores dessa modalidade de prisão: a gravidade concreta do delito, a periculosidade do agente, os indícios de reiteração criminosa e, mais recentemente, a confirmação de sentença condenatória em segundo grau de jurisdição e a urgência em interromper atividades de organizações criminosas.

Finalizando, foi realizado estudo a respeito do polêmico tema da constitucionalidade da garantia da ordem pública como razão permissiva da prisão preventiva. Observou-se que, não obstante forte posicionamento em contrário, a maior parte dos autores entende ser constitucional e válido o fundamento da garantia da ordem pública como motivo autorizador da custódia, ora conferindo-lhe caráter cautelar, ora caráter de medida de defesa social.

De todo o exposto, em síntese, pode-se afirmar que a prisão preventiva para fins de proteção da ordem pública é instituto que aflora grandes debates e reflexões, sendo indispensável a constante busca pela definição de limites interpretativos e pela imposição de controles estritos para a sua admissão, a fim de que o encarceramento prematuro consista, verdadeiramente, em medida extrema.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALMEIDA CASTRO, Pedro Machado de. **Lei 12.403/2011 – Estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas no âmbito dos tribunais superiores**: uma abordagem jurimétrica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 115/2015, p. 109-139, jul-ago/2015.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, v. I.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Medidas Cautelares Alternativas à Prisão Preventiva**. In: *Medidas Cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas – comentários à Lei 12.403, de 04/05/2011*. Coordenação: Og Fernandes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012.

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Atual. de Maria Elizabeth Queijo. Coord. de Ada Pellegrini Grinover. 2ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Lúcia Guidicini, Alessandro Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão Cautelar**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Breves notas acerca da prisão**. São Paulo: IOB Publicações Jurídicas, ano 08, n. 94, 2004.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. Carmen C. Varriale et al. 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998.

BONACHÍA HERNANDO, Juan Antonio. **La justicia en los municipios castellano bajomedievales**. *Edad Media: Revista de Historia*, n. 1, p. 145-182, 1998.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 042.994/SP.** Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/11/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 091.083/BA.** Relatora: Min. Maria Thereza de Assis, Sexta Turma, julgado em 10/03/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 091.982/CE.** Relator: Desembargadora convocada Jane Silva, Sexta Turma, julgado em 17/12/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 170.962/DF.** Relator: Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 30/06/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 177.774/DF.** Relator: Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 07/10/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 440.287/MT.** Relator: Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/12/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 442.044/PI.** Relator: Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 19/12/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 458.380/MG.** Relator: Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 14/12/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 468.264/SP.** Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 10/12/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 469.222/SP.** Relator: Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 19/12/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 470.496/SP.** Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/12/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 041.459/BA.** Relator: Min. Ericson Maranhão, Sexta Turma, julgado em 21/05/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 103.474/MS.** Relator: Desembargadora convocada Jane Silva, Sexta Turma, julgado em 02/03/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 104.014/SP.** Relator: Min. Desembargadora convocada Jane Silva, Sexta Turma, julgado em 15/08/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 104.293/BA**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 10/12/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 104.415/AL**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 10/12/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 054.920/SP**. Relator: Min. Antônio Neder, Segunda Turma, julgado em 31/12/1976.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 078.978/PI**. Relator: Min. Nelson Jobin, Segunda Turma, julgado em 13/10/2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 079.392/ES**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 22/10/1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 102.732/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 04/03/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 111.244/SP**. Relator: Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 26/06/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 123.705/MG**. Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 12/09/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 125.173/SP**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 12/09/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.505/RJ**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 05/12/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 127.186/PR**. Relator: Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 28/04/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 129.678/SP**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 16/03/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 134.927/RJ**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 12/09/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 135.027/MS**. Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 26/09/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 135.072/PR**. Relator: Min. Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 05/12/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 136.295/SC**. Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 11/09/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 136.925/SP**. Relator: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 26/09/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 137.515/MG**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 24/10/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 138.262/SE**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 03/10/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 138.469/SP**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 24/10/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 138.674/RS**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 24/10/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 139.150/SP**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 19/09/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 140.305/RJ**. Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 13/03/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 141.209/SP**. Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 16/10/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 141.461/SP**. Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 06/11/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 142.348/SP**. Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 06/11/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 142.618/SP**. Relator: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 16/10/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 144.749/SC**. Relator: Min. Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 19/11/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 145.162/MG**. Relator: Min. Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 04/06/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 146.293/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 29/06/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 146.440/DF**. Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/10/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 147.546/SP**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 07/11/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 147.632/PE**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 07/11/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 147.808/SP**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 07/11/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 147.966/SP**. Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 07/11/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 149.130/PE**. Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 01/12/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 149.423/GO**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 10/08/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 149.742/PA**. Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11/12/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 151.206/MG**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 18/05/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 151.788/PR**. Relator: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 14/08/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 151.912/BA**. Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 27/04/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 151.943/RS**. Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13/04/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 152.165/PR**. Relator: Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 26/06/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 153.528/SP**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 29/06/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 153.536/AM**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 27/04/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 153.967/GO**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 22/06/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 154.071/DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 07/05/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 154.098/SP**. Relator: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 27/03/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 154.802/MG**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 22/06/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 156.125/MG**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 22/06/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 156.189/RJ**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 17/08/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 156.673/CE**. Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 08/06/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 157.559/RJ**. Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 24/08/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 160.518/RN**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 22/10/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 162.033/BA**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 06/11/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 162.154/MG**. Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 19/11/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 162.667/PB**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 23/11/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 163.202/MA**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 19/11/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 054.920/SP**. Relator: Min. Antônio Neder, Primeira Turma, julgado em 31/12/1976.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 148.625/SP**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 20/02/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 150.303/SP**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 09/03/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 155.613/CE**. Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04/06/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Habeas Corpus n. 1330217-1**. Relator: Juíza de direito substituta em 2º grau Simone Cherem Fabrício de Melo, 3ª Câmara Criminal, julgado em 09/04/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Habeas Corpus n. 1338154-1**. Relator: Juíza de direito substituta em 2º grau Simone Cherem Fabrício de Melo, 3ª Câmara Criminal, julgado em 09/04/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Habeas Corpus n. 1351821-5**. Relator: Desembargador Rogério Kanayama, 3ª Câmara Criminal, julgado em 09/04/2015.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013.

CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia**. Trad. Hector Zamudio, Buenos Aires, EJEJA, 1960.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos procedimentos cautelares**. Trad.: Carla Roberta Andreasi Bassi. Servanda: Campinas, 2000.

CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas Cautelares Pessoais: Prisão e liberdade provisória**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CANOTILHO, J. J., Gomes. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 1993, p. 203.

CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el Proceso Penal**, Trad. Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. 1ª. ed. Curitiba: ICPC; Lúmen Juris, 2006.

CORDERO, Franco. **Guida allá procedura penale**. Torino: UTET, 1986.

CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Lei Nº 12.403/2011: Mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro**. Disponível em [https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigos/262-223-Junho-2011](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/262-223-Junho-2011).

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Reformas parciais no processo penal: breves apontamentos críticos**. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/leitura/reformas-parciais-do-processo-penal-breves-apontamentos-criticos>.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda de. **O papel do Novo Juiz no Processo Penal**. In: Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema Acusatório: Cada parte em seu lugar constitucionalmente demarcado**. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194935>.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A crise da segurança pública no Brasil. In: BONATO, Gilson (org.). **Garantias constitucionais e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Dogmática crítica e limites linguísticos da lei**. In: Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Org. Martonio Mont'AlverneBarreto Lima. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 175, p. 11-13, jun. 2007, p. 1.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A linguagem dos tribunais (e a linguagem os juízes e advogados)**. In ROSA, Alexandre Morais da Rosa (Org.) ... [et al.]. Hermenêutica, constituição, decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

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.

CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar – Dramas, Princípios e Alternativas**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Processual Penal**. 1º volume. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. São Paulo: Perspectiva, 2015.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Efetividade, processo penal e dignidade humana**. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **A pena em uma sociedade democrática**. In: Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Zica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4ª ed. São Paulo: RT, 2014.

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.

FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão Cautelar no Direito Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 2013.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona, Bosh, 1935.

GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. In: **Revista dos Tribunais**.

GOMES, Marcus Alan. **Mídia e Sistema Penal: As distorções da criminalização nos meios de comunicação**. Rio de Janeiro. Editora Revan, 2015.

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

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais**. In: Medidas Cautelares no Processo Penal: Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. Org. Og Fernandes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2ª ed., revista e atualizada. São Paulo: RT, 2013.

GRANDINETTI, Luis Gustavo. **Processo Penal e a Constituição**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**, 5ª ed., rev., ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 81.

GRINOVER, Ada; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HASSEMER, Winfried. **Contra el abolicionismo**: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal. In: Cursos de Postgrado em derecho de la Universidad de Salamanca, XII, 2012. Revista Penal: doctrina. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2012.

ILLUMINATI, Giulio. **Presunzione d'innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atípica**. In: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Milão: Giuffré, 1978, p. 919-980.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KARAM, Maria Lúcia. **Prisão e liberdade processuais**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 1, n. 2, abril.jun.1993.

LEITE, Rosimeire Ventura. **A ordem pública como fundamento da prisão preventiva**. In: Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Dir. Leonel Gonzales. Santiago: CEJA. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**: Doutrina, Jurisprudência e Prática. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2012.

LIMA, Marco Antônio Ferreira; NOGUEIRA, Ranieri. **Prisões e Medidas Liberatórias**: Atualizado de acordo com a Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Atlas, 2011.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

LOPES JR., Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury. **Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares**. In: Revista dos Tribunais.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Volume II. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES Jr, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro. Lumen Juris: 2006.

LUCA, Giuseppe de. **Lineamenti della tutela cautelare penale: la carcerazione preventiva**. Padova: CEDAM, 1953.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 551

MAIER, Julio B. **Derecho processual penal**. 2ª ed., Buenos Aires: Del Puerto, 2004, t. I.

MALAN, Diogo Rudge. Processo Penal do Inimigo. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**.

MARQUES, José Frederico. **Da prisão no direito brasileiro**. In. Estudos de direito processual penal. São Paulo: Millenium, 2200

MENDES, Gilmar. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011: Análise de acordo com os modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos**. 2ª ed. São Paulo: Juspodium, 2017.

MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1991.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional**. In: A reforma do Processo Penal. Revista do Advogado, ano XXXI, n. 113, Setembro de 2011, São Paulo.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Da prisão preventiva, das medidas cautelares e a liberdade provisória: comentários à Lei n. 12.403/2011**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

NEVES, Luiz Gabriel Batista; CERQUEIRA, Marina. **Por que a prisão cautelar no Brasil é uma medida prima ratio (?)**: Uma análise crítica aos desafios para a efetivação da Lei n. 12.403/2011. In: Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Dir. Leonel Gonzales. Santiago: CEJA. 2018, p. 104.

NICOLITT, André. **Processo Penal Cautelar**: Prisão e demais medidas cautelares. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; FISHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 5ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo. Atlas, 2013.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo Penal. O Direito de Defesa: Repercussão, Amplitude e Limites**. 3ª edição. São Paulo: Editora RT, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PRADO, Geraldo. **Excepcionalidade da Prisão Provisória**. In: Medidas Cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas – comentários à Lei 12.403, de 04/05/2011. Coordenação: Og Fernandes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis; SANTOS; Diego Prezzi. **Prisão preventiva: a contramão da modernidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

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

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

RIBEIRO, Diaulas Costa. **Prisão temporária – Lei n. 7960, de 21/12/89 – um breve estudo sistemático e comparado**. Revista dos Tribunais, n. 707, set. 1994.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: a bricolage de significantes**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**: aportes hermenêuticos. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Trad. Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores de Puerto, 2000.

RUSSOMANO, Rosah. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

SAAD, Marta Cristina Cury. **As medidas assecuratórias no Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito**. 2007. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

SANGUINÉ, Odone. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva**. In Revista de Estudos Criminais, n. 10.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>.

SERRANO, Nicolas Gonzáles-Cuellar. **Proporcionalidad y derechos fundametales en el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In: Revista dos Tribunais, ano 91, n. 798, abril de 2002.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TONINI, Paolo. **Lineamenti di diritto processuale penale**. Milão: Giuffrè, 2016.

TORNAGHI, Helio. **Curso de processo penal**. Vol. 2, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 3, 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Prisão provisória**. Imprensa, Brasília, Tribunal Regional Federal da 1 Região, n. 122, maio-jul. 1994.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**, 3 ed. São Paulo: RT, 2009.

WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **Utopias, conceitos e cumplicidades na interpretação da lei**. In: Epistemologia e ensino do Direito: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I**: interpretação da lei; temas para uma reformulação. 1. ed. Porto alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. Trad. Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1967.

WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e Prisões Cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.