

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

ANA LETÍCIA COSTA DOS REIS

**A PRISÃO PREVENTIVA FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM
PÚBLICA**

São Luís
2016

ANA LETÍCIA COSTA DOS REIS

**A PRISÃO PREVENTIVA FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM
PÚBLICA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão como requisito para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Felipe Costa Camarão.

São Luís

2016

ANA LETÍCIA COSTA DOS REIS

**A PRISÃO PREVENTIVA FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM
PÚBLICA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão como requisito para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Felipe Costa Camarão (Orientador)

Universidade Federal do Maranhão – UFMA

1º Examinador

Universidade Federal do Maranhão – UFMA

2º Examinador

Universidade Federal do Maranhão - UFMA

A Deus, fonte de vida e graça.

Aos meus pais.

RESUMO

Este estudo de caráter analítico-descritivo, visa analisar a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública. Aborda o modelo cautelar no processo penal brasileiro, enfatizando as características e funções das medidas cautelares processuais penais. Em seguida, explora o instituto da prisão preventiva como medida essencialmente cautelar, a ser aplicada somente em situações excepcionalmente necessárias. Acentua-se que esta modalidade de prisão precisa estar fundamentada em seus pressupostos materiais (indícios de autoria e materialidade) e em pelo menos um de seus requisitos (garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal). Por fim, adentra no objeto central do estudo: a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública. Trata da problemática que envolve esse requisito, em razão de sua vagueza conceitual e indica as situações nas quais é possível aplicar a prisão preventiva com esse fundamento, de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores e da doutrina, para então, concluir que a utilização da prisão preventiva para garantia da ordem pública viola diversas garantias constitucionais, por não possuir natureza genuinamente cautelar.

Palavras-chave: Processo Penal. Medidas cautelares. Prisão Preventiva. Garantia da ordem Pública.

ABSTRACT

This analytical-descriptive study aims to analyze preventive detention based on the guarantee of public order. It addresses the precautionary model in the Brazilian criminal procedure, emphasizing the characteristics and functions of the precautionary measures of criminal procedure. Then, it explores the institute of pre-trial detention as an essentially precautionary measure, to be applied only in exceptionally necessary situations. It is emphasized that this type of arrest must be based on its material presuppositions (indications of authorship and materiality) and on, at least, one of its requirements (guarantee of public order, guarantee of economic order, convenience of criminal investigation or to ensure the application of criminal law). Finally, it enters into the central object of the study: preventive detention based on the guarantee of public order. It deals with the problem that involves this requirement, because of its conceptual vagueness and indicates the situations in which it is possible to apply preventive custody on this basis, in accordance with the jurisprudence of the High Courts and of the doctrine, to conclude that the use of the preventive order to guarantee public order violates several constitutional guarantees, as it is not one of a genuinely precautionary nature.

Keywords: Criminal Procedure. Precautionary Measures. Preventive Arrest. Guarantee of Public Order.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
DJe	Diário da Justiça Eletrônico
HC	Habeas Corpus
inc.	Inciso
J.	Julgado em
Min.	Ministro
REsp.	Recurso Especial
RHC	Recurso Ordinário em Habeas Corpus
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	O MODELO CAUTELAR NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	12
2.1	Poder geral de cautela	12
2.2	Classificação das medidas cautelares	15
2.3	As mudanças promovidas pela Lei 12.403/11	16
2.4	Pressupostos materiais das medidas cautelares	19
2.5	Características das medidas cautelares	21
3	PRISÃO PREVENTIVA	25
3.1	Conceito	25
3.2	Natureza jurídica	26
3.3	Pressupostos da prisão preventiva	26
3.4	Requisitos da prisão preventiva	29
3.4.1	Garantia da ordem pública	29
3.4.2	Garantia da ordem econômica	30
3.4.3	Conveniência da instrução criminal	31
3.4.4	Para assegurar a aplicação da lei penal	32
3.5	A prisão preventiva decorrente do descumprimento de medida cautelar alternativa	33
3.6	Hipóteses de cabimento	34
3.6.1	Crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos	35
3.6.2	Condenação por outro crime doloso em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do art. 64 CP	36
3.6.3	Crimes que envolvam violência doméstica	37
3.6.4	Dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou não fornecimento de elementos suficientes para esclarecê-la	38
3.7	Decretação da prisão preventiva	39
3.8	Fundamentação da decisão que decreta a prisão preventiva	40
3.9	Revogação da prisão preventiva	42
4	A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO REQUISITO DA PRISÃO PREVENTIVA	46

4.1	Conceito	46
4.2	A garantia da ordem pública e a necessidade de proteção do acusado.....	49
4.3	A garantia da ordem pública, o clamor público e a credibilidade da Justiça	51
4.4	A garantia da ordem pública e a potencialidade lesiva	54
4.5	A garantia da ordem pública, a periculosidade do agente e o risco de reiteração delitiva.....	57
4.6	A inexistência de natureza cautelar na prisão preventiva para garantia da ordem pública	60
5	CONCLUSÃO	65
	REFERÊNCIAS	67

1 INTRODUÇÃO

O Brasil possui atualmente a quarta maior população carcerária do mundo, com um total de 607.731 presos no sistema penitenciário nacional, sendo que 250.213 são provisórios, ou seja, um percentual de 41% (REDE JUSTIÇA CRIMINAL, 2016). Esses números revelam uma grande incoerência: as prisões provisórias, nelas se incluindo a prisão preventiva, que deveriam ser medidas excepcionais, restritas às hipóteses legalmente previstas e tomadas quando não restar outra alternativa menos gravosa, vem sendo aplicadas de forma indiscriminada, o que contribui para a atual crise carcerária.

Nesse contexto, ganha importância o objeto do presente trabalho monográfico, que consiste em um estudo sobre a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública. Isso porque a garantia da ordem pública se apresenta como o fundamento legal mais amplo da prisão preventiva, e por isso, é a justificativa mais utilizada para embasar o encarceramento preventivo, posto que abarca as mais diversas condutas.

Para realizar o estudo, explorar-se-á o posicionamento da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais Superiores no que tange à delimitação semântica e sua legitimidade como critério para decretação da prisão preventiva.

Antes de tratar sobre essa matéria, será realizada, no primeiro capítulo, uma abordagem sobre o modelo cautelar no processo penal brasileiro. Ver-se-á que a tutela cautelar no processo penal tem como objetivo resguardar a investigação de um fato criminoso, bem como o regular andamento do processo que pode advir dessa apuração e o provimento jurisdicional final deste. Na persecução penal, acentua-se que essa tutela é concretizada através de medidas cautelares, e não de um processo autônomo, e que tais medidas poderão ser de natureza patrimonial, probatória ou pessoal, de modo que cada situação de risco ao processo (ou ao procedimento investigativo) possuirá uma medida mais adequada para a efetividade da tutela cautelar penal.

Será esclarecido que o juiz, na seara do processo penal, está limitado às medidas legalmente previstas, não sendo possível lançar mão do chamado poder geral de cautela utilizado no processo civil, que permite a decretação de medidas cautelares não previstas em lei para efetivar a tutela cautelar.

Nesse diapasão, serão expostas as modificações mais relevantes trazidas pela Lei 12.403/11, no que tange as medidas cautelares, demonstrando que a intenção do legislador foi consagrar a prisão preventiva como medida excepcional de cautela, sendo possível cogitá-la somente após descartadas as medidas cautelares alternativas ao cárcere. Acentua-se que o

modelo cautelar passou a guardar maior coerência com a Constituição Federal de 1988 após tais alterações, tornando possível resguardar o processo de maneira adequada, sem impor uma medida tão nociva ao direito de liberdade quando é a prisão preventiva, especialmente porque essa prisão, enquanto medida cautelar, aplica-se quando ainda não é certo o cometimento do delito por parte do sujeito passivo da cautela.

Em seguida, serão abordados os pressupostos para a aplicação de tais medidas. Evidencia-se que as medidas cautelares processuais penais se mostram diversas das de natureza cível, e, portanto, os conceitos do *periculum in mora* e *fumus boni iures* não podem ser simplesmente importados do processo civil para o processo penal. Dessa forma, as medidas cautelares processuais penais possuem como verdadeiros pressupostos o *periculum libertatis* e o *fumus comissi delicti*, de maneira que toda e qualquer medida cautelar somente será possível havendo um substrato mínimo de prova do cometimento do delito e um perigo ao processo, caso a liberdade irrestrita do indivíduo perdure até o fim da instrução.

Tratar-se-á, ainda, das principais características inerentes as medidas cautelares, as quais permitem afirmar que são instrumentos genuinamente cautelares: a acessoriedade, a reventividade, a instrumentalidade hipotética, a provisoriedade, a revogabilidade, a não definitividade, a referibilidade, a jurisdicionalidade e a sumariedade.

No segundo capítulo, adentra-se no estudo da prisão preventiva. Busca-se estabelecer a diferença deste instituto, enquanto medida cautelar, das prisões penais. Serão expostas as regras da aplicação da prisão preventiva, no que tange a sua decretação, revogação e fundamentação. Serão comentados de forma individualizada os requisitos enumerados pela lei como justificantes da decretação da prisão preventiva, quais sejam, garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, bem como as hipóteses de cabimento da prisão preventiva.

Estabelecidas as premissas do instituto, adentra-se no tema central do trabalho monográfico, aprofundando o estudo da garantia da ordem pública como requisito para prisão preventiva.

No terceiro capítulo, tratar-se-á da problemática acerca do seu conceito e sua origem histórica como fundamento da prisão preventiva, para então analisar os principais parâmetros suscitados pela doutrina processual penal e pelas decisões do STF e STJ como ensejadores da prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública: a necessidade de proteção do acusado, o clamor público, a credibilidade da justiça, a potencialidade lesiva, a periculosidade do agente e o risco de reiteração delitiva. Nesse diapasão, serão expostos os variados posicionamentos da doutrina quanto a pertinência de tais situações como maneira de

fundamentar a prisão preventiva para garantia da ordem pública.

Por fim, problematiza-se a questão da natureza cautelar da prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública, questionando se esta possui de fato natureza cautelar, estando assim compatível à Constituição Federal de 1988, ou se é fundamento ilegítimo, ainda que previsto legalmente para justificar o encarceramento cautelar.

A metodologia adotada foi o levantamento bibliográfico, através de livros, artigos, *sites* eletrônicos, revistas jurídicas, teses dissertativas e precedentes jurisprudenciais. O método utilizado foi o dedutivo, pois a partir de hipóteses abrangentes, foi alcançada a solução do problema proposto.

2 O MODELO CAUTELAR NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Inexiste um processo cautelar autônomo no processo penal brasileiro. Entretanto, a tutela cautelar no processo penal é efetivada através das chamadas medidas cautelares, as quais podem ser de natureza patrimonial, probatória ou pessoal (LOPES JÚNIOR, 2013).

A tutela cautelar possui importância ímpar, na medida em que torna viável a apuração do fato criminoso, bem como permite assegurar a resolução do processo principal, uma vez que o processo penal precisa de instrumentos contornar os efeitos prejudiciais do tempo, de maneira a garantir que seu resultado seja útil e eficaz.

Deve-se ressaltar, contudo, que tais medidas estão submetidas às restrições do *jus puniendi* próprias do Estado Democrático de Direito, devendo, portanto, limitar-se a proteção ao processo contra os efeitos da demora. Nesse sentido, explica Lima (2016a, p. 1105):

Daí a importância da tutela cautelar no processo penal, a qual é prestada independentemente do exercício de uma ação dessa natureza, que daria origem a um processo cautelar com base procedimental própria, mas sim através de medidas cautelares que podem ser concedidas durante toda a persecução penal, seja na fase investigatória, seja no curso do processo. Essas medidas cautelares inserem-se nas restrições reclamadas pelo Estado Democrático de Direito à coerção para assegurar a finalidade do processo. A razão de ser desses provimentos cautelares é a possível demora na prestação jurisdicional, funcionando como instrumentos adequados para se evitar a incidência dos efeitos avassaladores do tempo sobre a pretensão que se visa obter através do processo. Como já observava Calamandrei, os provimentos cautelares ‘representam uma conciliação entre duas exigências geralmente contrastantes na justiça: a da celeridade e a da ponderação’. Entre fazer logo, porém mal e fazer bem, mas tardiamente, os provimentos cautelares visam, sobretudo, a fazer logo, permitindo que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca da decisão seja resolvido posteriormente, de forma ponderada, nos trâmites vagarosos do processo ordinário.

2.1 Poder geral de cautela

No processo civil, existe o chamado poder geral de cautela, por meio do qual pode o magistrado, diante do caso concreto, “[...] lançar mão de medidas de cunho acautelatório, mesmo sendo atípicas as medidas, para efetivar a tutela cautelar” (CALAMANDREI, 1936, p.47).

Doutrina minoritária entende ser possível a utilização do poder geral de cautela na seara penal, uma vez que não admitir a utilização de cautelares inominadas no processo penal poderia culminar no esvaziamento do poder jurisdicional no caso concreto. Logo, com vistas a garantir a máxima efetividade do processo e assegurar a inafastabilidade da jurisdição, o magistrado pode utilizar cautelares não previstas em lei. Nesse sentido, argumenta Alves

(2003, p. 287-289, grifo do autor):

Não nos parece possível, *concessa máxima vênia*, o confinamento das providências cautelares penais às hipóteses expressamente previstas em lei a partir do argumento da “tipicidade de direito substancial”. E isto porque, a nosso juízo, as normas que tratam das providências cautelares têm natureza exclusivamente processual e, assim, ao teor do art. 3º da Lei de Ritos (*“Art. 3º - A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”*), comportam a incidência dos princípios gerais do direito em busca da efetividade da atuação jurisdicional, tornando possível, desta forma, a aplicação, no campo do processo penal, da norma contida no art. 798 do Código de Processo Civil (*“Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”*). É bem de ver que a noção de “tipicidade processual”, posto em seu devido lugar, se presta a assegurar a observância ao devido processo legal (tipicidade procedimental), não a obstar a efetividade do processo, cortando os poderes do Magistrado e impedindo que as partes alcancem a sua máxima efetividade. A esse respeito, ressalte-se, mais uma vez, que o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) traz ínsito o direito à adequada tutela jurisdicional, o que só se tornará possível, em alguns casos, mediante a intervenção cautelar inominada do Poder Judiciário, observadas, evidentemente, as garantias processuais previstas na Constituição.

Também levantando a viabilidade de utilização de cautelares não previstas em lei, porém com o fito de proporcionar ao acusado que uma medida mais benéfica do que as previstas em lei seja aplicada, argumenta Oliveira e Costa (2013, p. 66):

Diríamos, então, que, embora desborde aos estritos limites do previsto em lei, parece-nos possível que o magistrado, atendendo às peculiaridades do caso concreto, modifique alguma(s) das medidas cautelares pessoais do art. 319 e do art. 320, CPP, desde que com ela se ponha de acordo a pessoa sobre a qual recairá o ônus de cumpri-la, ou seja, o investigado ou o processado. E aí os exemplos poderão ser muitos: [...]. Do mesmo modo, e pelos mesmos motivos, seria possível pensar-se até na criação de uma medida acautelatória diversa, sempre de modo excepcional, se ela puder ser justificada pelo mais adequado atendimento das finalidades cautelares e pela adesão do suposto agente (investigado/processado), diante do caráter menos gravoso de que se revista se comparada à que lhe seria aplicável se observados os estreitos limites da lei. Aqui não arriscaremos exemplos: caberá aos interessados e ao juízo a percepção quanto à adequação de outra medida e quanto à inadequação daquelas regularmente previstas em lei. Fora daí, preferimos adotar postura mais cuidadosa, recusando o poder geral de cautela em matéria processual penal, de modo a proteger em maior escala a liberdade de ação (ir e vir) do réu ou daquele submetido à investigação.

Lopes Júnior (2009), em opinião que nos parece a mais acertada e em consonância com a maioria doutrinária, posiciona-se no sentido de que não é possível adotar o poder geral de cautela no processo penal por meio de analogia com o processo civil. Isso porque as medidas cautelares no processo penal, especialmente as de cunho pessoal, interferem de forma direta na liberdade do sujeito passivo da cautela, e, dessa forma, estão imperiosamente

submetidas ao princípio da legalidade em sentido estrito. Segundo Lopes Júnior (2009, p. 8-9):

No processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para ‘poderes gerais’, pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. E, nesse contexto, o Princípio da Legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o *due process of law*, estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder. A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. É crucial para compreensão do tema o conceito de *fattispecie giuridica processuale*, isto é, o conceito de tipicidade processual e de tipo processual, pois forma é garantia. Isso mostra, novamente, a insustentabilidade de uma teoria unitária, infelizmente tão arraigada na doutrina e jurisprudência brasileiras, pois não existe conceito similar no processo civil. Como todas as medidas cautelares (pessoais ou patrimoniais) implicam severas restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado, também exigem estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual por consequência. Não há a menor possibilidade de tolerar-se restrição de direitos fundamentais a partir de analogias, menos ainda com o processo civil, como é a construção dos tais ‘poderes gerais de cautela’. Assevera-se, novamente, que toda e qualquer limitação de direitos fundamentais do réu somente está legitimada quando houver estrita legalidade.

Na mesma linha de raciocínio, Badaró (2011) expõe que é falacioso o argumento de que as cautelares atípicas seriam aplicáveis em benefício do acusado. Com efeito, se uma medida cautelar atípica, alternativa a prisão, é suficiente, significa que a prisão não é adequada, visto que esta é excepcional. Contudo, o correto nesse caso é recorrer às medidas cautelares alternativas previstas em lei, e caso a menos gravosa destas ainda seja excessiva, não se deve aplicar nenhuma medida cautelar, pois o indivíduo deve ser mantido em liberdade. Logo, ao aplicar uma medida cautelar inominada nessas hipóteses, não se beneficia o acusado, mas se restringe sua liberdade para além dos limites legais.

Chama-se atenção também para o fato de que a proporcionalidade, neste ponto, não autoriza a desobediência às balizas legais, de modo que “[...] a adoção de medidas atípicas, porque não previstas em lei como aptas a privar ou em sede de medida cautelar, encontra inafastável barreira no pressuposto formal do Princípio da legalidade” (BADARO, 2011, p. 75).

Nesse sentido, explica Badaró (2011, p. 81):

Não é possível admitir, portanto, medidas cautelares pessoais atípicas, sendo que qualquer limitação ou restrição a direito fundamental e, em especial, ao direito de liberdade exige lei escrita, estrita e prévia. O art. 5º, caput, da Constituição assegura o direito à liberdade, que somente poderá sofrer restrições após o devido processo legal (inciso LIV). Além disso, o art. 7.2 da CADH exige que qualquer privação ou restrição da liberdade de locomoção ocorra nas hipóteses e condições previstas nas Constituições e na legislação dos Estados Membros. Impossível, pois, invocar

aplicação do art. 798 do CPC, a justificar a adoção, no processo penal, de medidas cautelares atípicas. Não é possível, pois, decretar medidas cautelares alternativas à prisão diversas das medidas previstas no art. 319 e no art. 320 do CPP, com as restrições dadas pela lei 12. 403/2011. Também não é possível, nos casos em que o legislador expressamente estabeleceu uma finalidade específica para a medida alternativa a prisão, aplica-la para finalidade diversa, ainda que igualmente de natureza cautelar.

2.2 Classificação das medidas cautelares

As medidas cautelares podem ser classificadas em medidas cautelares de natureza patrimonial, medidas cautelares de natureza probatória e medidas cautelares de natureza pessoal. Além dessas, há também as chamadas “medidas de contracautela”, que objetivam eliminar o dano da provocado pela medida cautelar, “[...] funcionando como um antídoto em relação às medidas cautelares” (LIMA, 2016b, p. 748), a exemplo da liberdade provisória concedida em prisão em flagrante legal.

As medidas cautelares de natureza patrimonial estão relacionadas à reparação do dano e ao perdimento de bens como efeito da condenação, podendo ser citados como exemplos o sequestro, arresto e a hipoteca legal, bem como a restituição de coisas apreendidas. Entretanto, ressalte-se que esta última tem natureza cautelar apenas quando pleiteada em juízo, servindo como instrumento para reincorporar ao interessado bens que foram apreendidos no processo (LIMA, 2016b).

As medidas cautelares relativas à prova são as que visam à obtenção de uma prova para o processo, com a finalidade de assegurar a utilização dos dados por ela revelados ou evitar seu perecimento, ou seja, destinam-se a proteger os elementos informativos que, após o “crivo” do contraditório e da ampla defesa, serão usados como prova. São exemplos de medidas cautelares relativas à prova a busca domiciliar (art. 240 do CPP) e a produção antecipada de prova testemunhal (art. 225 do CPP) (BRASIL, 1941).

As medidas cautelares de natureza pessoal, por sua vez, são aquelas que afetam a liberdade de locomoção do acusado, podendo ser aplicadas, durante as investigações ou no curso do processo, com o objetivo de assegurar sua eficácia, ainda que com sacrifício a liberdade do sujeito passivo da cautela. Podem possuir maior grau de intensidade, como ocorre na prisão preventiva ou temporária, ou menor grau, como ocorre nas medidas cautelares diversas da prisão, tipificadas no art. 319 do CPP (LIMA, 2016b, p.749).

2.3 As mudanças promovidas pela Lei 12.403/11

A Lei 12.403/11 foi fruto de intensas discussões acadêmicas e parlamentares, que tiveram início no ano de 2001, com o objetivo de revisar as regras sobre cautelares penais. A comissão de juristas foi presidida pela professora Ada Pelegrini, e as discussões perduraram até que no ano de 2011, quando a proposta foi aprovada e sancionada (BOTINNI, 2011).

Antes da entrada em vigor da supracitada lei, havia no processo penal brasileiro o que a doutrina denominava “bipolaridade do sistema cautelar” (LIMA, 2016a). Isso porque havia apenas duas medidas cautelares de natureza pessoal: a prisão cautelar e a liberdade provisória. Isso significa que, uma vez preso em flagrante, restava ao acusado duas possibilidades: ter seu flagrante convertido em prisão preventiva ou temporária, ou ter concedida a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Após o advento da Lei 12.403/11, que incluiu o artigo 319 ao CPP, surgiu um grande rol de medidas cautelares pessoais diversas da prisão cautelar, permitindo ao magistrado utilizar medidas mais eficientes e adequadas ao caso concreto, seguindo a legalidade e a proporcionalidade (LIMA, 2016b). Tal dispositivo possui a seguinte redação:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX - monitoração eletrônica.

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares (BRASIL, 1941).

Dessa forma, o sistema cautelar passou a ter maior consonância com as exigências dos direitos constitucionais previstos no artigo 5º da Carta Magna, pois ao fornecer um

extenso rol de medidas cautelares pessoais diversas da prisão, esta passou a ser, verdadeiramente, uma medida cautelar aplicável somente em casos excepcionais. Nesse sentido, Gomes e Marques (2011, p. 24):

No sistema do Código de Processo Penal de 1941, que tinha inspiração claramente fascista, a prisão em flagrante significava presunção de culpabilidade. A prisão se convertia automaticamente em prisão cautelar, sem necessidade de o juiz ratificá-la, para convertê-la em prisão preventiva (observando-se suas imperiosas exigências). A liberdade era provisória, não a prisão. Poucas eram as possibilidades da liberdade provisória.

A origem dessa mudança remete ao direito comparado, uma vez que refletiu as diretrizes previstas nas Regras das Nações Unidas sobre medidas não privativas de liberdade – Regras de Tóquio de 1990. De acordo esse diploma, a prisão cautelar só se justifica enquanto *ultima ratio*, uma vez que priva, sumariamente e em alto grau, o acusado do direito à liberdade, devendo sempre ser aplicadas, quando igualmente eficazes no caso concreto, as medidas cautelares distintas da prisão, que interferem em menor grau a liberdade do sujeito passivo da cautela (LIMA, 2016a).

No campo prático, essa mudança objetivava reduzir o número de prisões preventivas, tornando possível substituir esta medida extrema por outras cautelares, nos casos em que o encarceramento não se mostrasse uma medida adequada e necessária. Vale ressaltar que a referida lei teve grande importância em destacar, no âmbito das medidas cautelares, a relevância do princípio constitucional da proporcionalidade, na forma do binômio “necessidade-adequação” (MAGALHÃES, 2011, p. 288-229).

De acordo com a nova redação art. 282 do CPP, as medidas cautelares deverão ser aplicadas observando

[...] a 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 [e] [...] adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado (BRASIL, 1941; 2011a).

Isso, segundo Gemaque (2011), consubstancia a proporcionalidade como diretriz para a aplicação de todas as medidas cautelares.

Além disso, a ampliação do rol de medidas cautelares diversas da prisão permitiu ao magistrado maior eficiência na tutela cautelar penal, proporcionando-lhe condições para obter uma medida mais adequada ao caso concreto. As medidas contidas no rol do art. 319 do CPP podem ser utilizadas tanto como instrumento cautelar, aplicando medidas de maneira

autônoma, quando o acusado goza de liberdade plena, como contracautela, quando são aplicadas para substituir prisão em flagrante, preventiva ou temporária (LIMA, 2016b).

Prado e Melchior (2011), contudo, alertam um possível problema trazido pelo novo rol de medidas alternativas a prisão, que é o risco de desvirtuamento de tais medidas, de maneira a ampliar o poder punitivo. Ressaltam os autores que, apesar de não se tratarem de medidas tão invasivas quanto o ergástulo, não é cabível impô-las sem o devido rigor da necessidade. Nas palavras de Prado e Melchior (2011, p. 10):

No caso das medidas alternativas a prisão preventiva (art. 319), não se pode permitir que elas sejam utilizadas abusivamente, incidindo nos casos em que, a respeito da antiga redação legal, não gerariam qualquer restrição aos direitos fundamentais. A desconfiança no exercício do poder punitivo, reflexo do abismo entre as práticas penais e a expectativa democrática, remete a necessidade de acompanhar de perto a concretização das mudanças presentes na Lei n. 12.403/11. Afinal, o processo penal é também o lugar da política do sensível e, frequentemente, aquilo que não se vê ou pensa produzirá mais significados.

A Lei 12.403/11 tem como um de seus grandes méritos ter colocado fim a interpretação de que a prisão em flagrante poderia ser mantida por tempo indeterminado. Antes da reforma promovida pela citada lei, considerável parcela da doutrina entendia que o magistrado poderia manter a prisão em flagrante por tempo indeterminado, depois de recebido o auto de prisão em flagrante, desde que estivessem presentes os requisitos da preventiva, de forma que haveria de se falar em uma prisão em flagrante com natureza cautelar (RABELO, 2011). Conforme nova redação do art. 310 do Código de Processo Penal, o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante deverá imediatamente relaxar a prisão ilegal, convertê-la em prisão preventiva, ou conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança (BRASIL, 1941).

A prisão em flagrante passou, então, a ser uma medida momentânea, não destinada a proteger o processo em si, mas a manter o acusado a disposição para que, caso seja necessário, seja aplicada medida cautelar (MARQUES, 2012).

Sendo assim, após a alteração promovida pela Lei 12.403/11, a prisão em flagrante deixou de ser considerada uma modalidade de prisão cautelar para ser uma espécie de “precautela” (MENDES, 2016), pois essa modalidade de prisão passou a ser restrição de liberdade extremamente precária, servindo, basicamente, para capturar o indivíduo em situação de flagrante e conduzi-lo para a autoridade policial, para que esta, de maneira fundamentada e nos casos legalmente previstos, mantenha a prisão em flagrante com finalidade precautelar, até a análise do auto de prisão por autoridade judiciária, que deverá imediatamente tomar uma das decisões contidas no art. 310 do CPP (RABELO, 2011).

Outra importante mudança trazida por essa lei foi a vedação da prisão cautelar em crimes com penas iguais ou inferiores a 04 anos, afastando a privação de liberdade quando se vislumbra, em caso de condenação, pena restritivas de direitos, estabelecendo que o instrumento cautelar deve guardar proporcionalidade com a eventual pena aplicada (BOTINNI, 2011).

Por fim, merece destaque a referência ao princípio do contraditório realizada pela Lei 12.403/11 na nova redação do art. 282 §3º do CPP, que dispõe que ao receber o requerimento da medida cautelar seja determinada a intimação da parte contrária, reforçando, dessa forma, o direito do indiciado/acusado a informação, ainda que em sede cautelar. Sobre essa mudança dispõe Prado e Melchior (2011, p.10):

A exigência de dar o mais abrangente conhecimento sobre os desdobramentos da persecução penal constitui pré-condição ao desenvolvimento de um “processo penal equitativo”, no sentido fixado, até mesmo, pela jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos humanos. Falta estabelecer a forma de reação da medida.

2.4 Pressupostos materiais das medidas cautelares

As medidas cautelares de natureza penal possuem pressupostos diferentes das medidas cautelares de natureza civil, e dessa forma, consiste em uma impropriedade transferir os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* para as cautelares penais (MENDES, 2016).

Isso porque o requisito para a aplicação de uma medida cautelar penal não é a fumaça do bom direito, ou, como explica a doutrina processualista civil, a aferição, em cognição sumária, da plausibilidade do direito da parte requerente (GONÇALVES, 2014). Na ação penal, sequer há direito alegado pela parte autora. Há, sim, a antítese de um direito, no que consiste a infração penal (LOPES JÚNIOR, 2013).

Dessa maneira, o requisito a ser verificado para a aplicação das medidas cautelares é o *fumus comissi delicti*, que se traduz na probabilidade da ocorrência do delito e do seu cometimento pelo acusado. Nos termos utilizados pelo art. 312 do CPP, há necessidade de “prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria” (BRASIL, 1941). O *fumus comissi delicti* deve ser entendido, pois, como a plausibilidade do direito de punir.

Ressalte-se que apesar da previsão legal do art. 312 CPP, com a menção desse requisito, ser referente à prisão preventiva, não havendo exigência expressa do mesmo para as medidas cautelares diversas da prisão, a presença do *fumus comissi delicti* deve ser obrigatória

para a decretação de toda medida cautelar processual penal. Nesse sentido é a explicação de Lima (2016b, p. 758-759):

Apesar de o art. 282 não exigir expressamente a presença do *fumus comissi delicti* para a adoção das medidas cautelares diversas da prisão, mas apenas que a medida seja necessária e adequada (art. 282, I e II), e que à infração penal seja cominada pena privativa de liberdade, isolada, cumulativamente ou alternativamente (CPP, art. 283, §1º), não se pode perder de vista que estamos diante de um provimento de natureza cautelar. Por isso, embora as exigências para a decretação das medidas cautelares diversas da prisão possam ser menores ou menos intensas do que as exigências feitas para a prisão preventiva, não pode a lei deixar de exigir a presença do *fumus comissi delicti*, tal como fez para a prisão preventiva, sob pena de possível abuso na aplicação dessas medidas cautelares. Daí por que nos parece que, apesar de não haver previsão legal expressa, a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão deve observar, por analogia com a disciplina da prisão preventiva, o pressuposto negativo do art. 314 do CPP, razão pela qual não podem ser decretadas se o juiz visualizar que o fato fora praticado sob o obrigo de alguma causa excludente da ilicitude.

O *periculum in mora* é, em sentido literal, o perigo da demora na prestação jurisdicional, de modo que, caso haja risco ao provimento final do processo, decorrente do tempo necessário para a prestação da tutela jurisdicional, deve o magistrado atuar deferindo medidas cautelares (GONÇALVES, 2014).

Tal pressuposto pode ser importado ao processo penal no que se refere às medidas cautelares de natureza real, uma vez que estas visam obstar a dilapidação do patrimônio do acusado (MENDES, 2016). Para as outras medidas cautelares processuais penais, o pressuposto pertinente é o *periculum libertatis*, que consiste na situação fática na qual a liberdade irrestrita do acusado pode gerar prejuízos ao processo, comprometendo o seu andamento regular, a coleta de provas, ou mesmo acarretando na frustração o poder punitivo do Estado. Sobre esse pressuposto expõe Lima (2016b, p. 759):

No tocante às medidas cautelares de natureza real, como o sequestro e o arresto, esse conceito de *periculum in mora* se ajusta de maneira perfeita, pois a demora da prestação jurisdicional possibilitaria a dilapidação do patrimônio do acusado. Em se tratando de medidas cautelares de natureza pessoal, no entanto, o perigo não deriva do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo, mas sim do risco emergente da situação de liberdade do agente. Logo, em uma terminologia mais específica à prisão cautelar, utiliza-se a expressão *periculum libertatis*, a ser compreendida como o perigo concreto que a permanência do suspeito em liberdade acarreta para a investigação criminal, o processo penal, a efetividade do direito penal ou a segurança social.

No mesmo sentido, aduz Lopes Júnior (2013, p.27):

O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo. Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver que o *periculum in mora* no

processo penal assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição da prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo. Logo, o fundamento é um *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do acusado.

2.5 Características das medidas cautelares

A doutrina aponta algumas características fundamentais das medidas cautelares no processo penal brasileiro, podendo ser citadas como principais: a acessoriedade, a preventividade, a instrumentalidade hipotética, a provisoriedade, a revogabilidade, a não definitividade, a referibilidade, a jurisdicionalidade e a sumariedade (LIMA, 2016b).

A acessoriedade é característica das medidas cautelares de natureza penal, pois estas dependem de um processo principal, não existindo de forma autônoma. Contudo, é importante ressaltar que essa relação de dependência não impede o uso de cautelares em procedimentos investigatórios, anteriores a ação penal, ainda que esta não venha a ser instaurada. Conforme esclarece Mendes (2016, p.38) “[...] nesse ponto, destaca-se que no processo penal, o principal não é somente o processo ensejado pela ação penal, pois também caberão medidas cautelares na fase pré-processual, ou seja, uma medida cautelar acessória a um inquérito policial”.

A preventividade diz respeito a finalidade de prevenção inerente às medidas cautelares, as quais se destinam a impedir que haja danos ao processo, enquanto este não se finalizar. Segundo Mendes (2016), a finalidade preventiva das medidas cautelares é o que justifica a relativização do exercício contraditório em sede cautelar, uma vez que, a depender da medida, o exercício do contraditório pode vir a frustrar seu objetivo de prevenção.

A instrumentalidade hipotética é a característica das medidas cautelares decorrente do fato de estas não serem um fim em si mesmas, mas funcionarem como meio de garantir a efetividade do provimento final. Tal característica impõe a utilização das medidas cautelares de natureza penal como meio para assegurar o possível resultado do processo principal, tendo em vista que “[...] a tutela cautelar não é um fim em si mesma, mas visa assegurar a eficácia prática da atividade jurisdicional desempenhada no processo de conhecimento ou de execução” (LIMA, 2016b, p.757). Note-se que tal instrumentalidade é hipotética, pois visa assegurar um resultado que é futuro, e, portanto, incerto. É também qualificada, tendo em vista que consiste em modo de realização do Direito (LIMA, 2016b).

A provisoriedade se relaciona com a eficácia das medidas cautelares, que é provisória. A medida cautelar só se justifica enquanto perdurar a situação de perigo que esta

acautela. Sobrevindo o resultado final do processo, ou havendo mudança na realidade fática de modo a eliminar o risco, a medida cautelar não deve mais gerar efeitos, pois os motivos que embasaram sua implementação não mais existem (LIMA, 2016b). Tal característica decorre também do disposto no art. 282, inc. I do CPP, que impõe a necessidade como norte para a aplicação das medidas cautelares.

Pontua Avena (2014, p. 809) que a provisoriedade pode ser deduzida pela própria natureza de certas medidas cautelares processuais penais:

O atributo da provisoriedade ainda se encontra implícito em determinadas medidas, como é o caso do art. 319, IV, do CPP, dispondo sobre a proibição de se ausentar o agente da Comarca *quando* a sua permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução. Ora, no momento em que esta disponibilidade na sede da comarca deixar de ser necessária, a medida deverá ser revogada em face da cessação das razões que a motivaram. É o caso, por exemplo, de já se ter esclarecido a versão dos fatos, que se mostrava contraditória frente às conclusões da perícia técnica; ou, então, quando já realizados os atos processuais para os quais sua presença mostrava-se imprescindível (v.g., reprodução simulada do crime, reconhecimentos, acareações etc.). O mesmo pode ser detectado, também, no art. 319, VI, prevendo a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira *quando* houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais. Se, por qualquer razão, revelar-se superada a situação que determinou a aplicação da medida cautelar, impõe-se a cessação da restrição imposta, com o restabelecimento da situação anterior.

Da provisoriedade decorre outra característica das medidas cautelares: a revogabilidade. Com efeito, o art. 282, §5º, do CPP, determina que “[...] 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” (BRASIL, 1941). Sobre essa característica, comenta Avena (2014, p. 289):

Na verdade, é preciso considerar que, em se tratando das medidas cautelares de natureza pessoal, sua decretação condiciona-se à análise dos princípios da *necessidade* e *adequação* consagrados art. 282, I e II do CPP, e dos requisitos das cautelares em geral, consubstanciados no *periculum in mora* e no *fumus boni iuris*. Ora, se para a imposição das medidas cautelares tais elementos devem estar presentes, é intuitivo que apenas podem elas subsistir enquanto os mesmos elementos persistirem. Tal situação atende aos postulados da cláusula *rebus sic stantibus*, que pode ser lida como “enquanto as coisas estiverem assim”. A cláusula *rebus sic stantibus* norteia as decisões cautelares no processo civil e tem aplicação inequívoca no âmbito criminal. Isto quer dizer que a sentença cautelar criminal reflete a situação fática e jurídica existente no momento em que proferida, impondo-se a persistência do comando a ela inserido enquanto esse mesmo contexto se mantiver. Se o reverso ocorrer, desfazendo-se o cenário que justificou a determinação das providências emergenciais, caberá ao Poder Judiciário *revogá-las, restabelecendo* a situação anterior à decretação.

Dessa maneira, as medidas cautelares processuais penais devem durar um período de tempo determinado, que é o período em que há necessidade de sua imposição para salvaguardar o processo, sob o risco de se desvirtuarem em antecipação de pena (MELO, 2014).

A não definitividade é a característica decorrente do fato de que a decisão que impõe a medida cautelar não faz coisa julgada material, uma vez que o objeto das medidas cautelares não se confunde com o do processo principal, pois não há uma definição acerca da pretensão do autor. É o que explica Simões (2012, p. 27):

A decisão que trata das medidas cautelares não gera coisa julgada material por não tratar a tutela cautelar da totalidade do processo. Não é objeto da medida cautelar o processo como um todo, a existência fática do direito alegado. Diante do caráter variável e temporal, fica excluída a característica essencial da coisa julgada material: a duração da eficácia do provimento. Entretanto, outra razão pela qual a tutela cautelar não faz coisa julgada material é possuir um conteúdo próprio, diferente do principal. É certo que o objeto cautelar será sempre a segurança do processo principal, mas a finalidade é diversa da do processo de conhecimento. Assim, é certo que qualquer erro eventualmente cometido no procedimento cautelar restará esclarecido no processo principal – mais um motivo para que não se consolide materialmente a decisão.

A referibilidade das cautelares é sua relação indispensável com a situação de perigo a que se destina. Essa relação, na seara do processo penal, mostra-se ainda mais categórica em comparação as medidas cautelares no processo civil, conforme explica Ramos (1998, p. 94):

A ideia de referibilidade, no sentido processual penal, está, pois, ainda mais ligada à ideia de instrumentalidade hipotética do que no processo civil. E isso não se dá por diferença ontológica, mas por mera vedação constitucional, que proíbe que alguém seja considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Esse princípio reza que a consideração deve se seguir a um devido processo legal, no qual o procedimento e os rituais têm importância vital. Assim, pode-se afirmar que a tutela cautelar do processo penal é referível. Contudo, explica-se a referibilidade penal, porém e mais precisamente, como o liame existente entre a tutela e o caso penal que é o objeto do processo penal de conhecimento [...] A situação de perigo e a tutela correspondente se conectam exclusivamente ao caso penal e aos seus aspectos mais diretos, como a situação da vítima, das testemunhas, dos elementos sensíveis do fato delituoso, etc. [...] Se transcende o caso penal e suas ramificações mais diretas, não há que se falar em tutela cautelar.

A jurisdicionalidade é a característica das cautelares que determina que somente o magistrado é a autoridade competente para aplicação destas. Há exceção na fiança, que pode ser concedida pela autoridade policial, apenas quando houver anterior prisão em flagrante, desde que à infração não seja cominada pena superior a 4 (quatro) anos, conforme art. 312 do

CPP (LIMA, 2016b).

A sumariedade reporta-se ao grau de cognição das medidas cautelares, que é sumário, e não exauriente. Dessa maneira, o juiz, ao aplicar a medida cautelar de natureza penal, não o faz com juízo de certeza, mas de mera probabilidade, em razão da urgência da aplicação da medida (LIMA, 2016b). Distingue-se, nesse aspecto a sumariedade formal, que diz respeito ao rito da aplicação das medidas cautelares, que é sintetizado, e a sumariedade material, que se refere ao juízo de probabilidade, e não de certeza, no qual se fundam as medidas cautelares (ORIONE NETO, 2003).

3 PRISÃO PREVENTIVA

3.1 Conceito

De acordo com Tavora e Alencar (2014) as modalidades de encarceramento dividem-se principalmente em prisão *carcer ad poenam* e *prisão ad custodiam*. A prisão *carcer ad poenam* é a prisão pena, correspondente a uma sanção aplicada como resposta estatal diante da prática delitiva. A prisão *carcer ad poenam* possui como pressuposto uma sentença condenatória transitada em julgado. Tendo em vista o preceito constitucional da presunção de inocência, esculpido no art. 5º, inc. LVII da CF *in verbis*, “[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988), percebe-se que a prisão *carcer ad poenam* (prisão pena) é a regra do ordenamento jurídico brasileiro.

A *prisão ad custodia*, por sua vez, é a prisão cautelar, processual ou pré-cautelar (prisão em flagrante), sendo consequência de decisão judicial fundamentada ou de permissivo constitucional. Nesta classificação insere-se a prisão preventiva.

A prisão preventiva pode ser conceituada como modalidade de prisão cautelar, que se difere da prisão temporária na medida em esta última somente pode ser decretada na fase investigativa, em crimes taxativamente previstos na Lei 7.960/89¹ e possui prazo pré-determinado de 5 dias, prorrogáveis por igual período, enquanto a prisão preventiva poderá ser decretada tanto na fase investigatória, quanto na fase processual, não possui tempo pré-determinado de duração, e se submete aos requisitos e é disciplinada pelo Código de Processo Penal.

Cabe ressaltar que as prisões cautelares, incluindo a prisão preventiva, não ferem princípio constitucional da presunção de inocência previsto no art.5º, inc. LVII, da CF, uma

¹ Art. 1º da Lei 7.960/89: Caberá prisão temporária: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: 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 sequestro (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); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou 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 suas 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 (BRASIL, 1989).

vez que a própria constituição prevê a prisão *ad custodia* nos casos de flagrante (CF, art. 5º, LXI) e crimes inafiançáveis (CF, art. 5º, XLIII) (CAPEZ, 2014).

A prisão preventiva é a prisão de natureza cautelar mais ampla, porque pode ser aplicada em qualquer momento da persecução penal, inclusive antes de instaurado o inquérito policial, se atendidos os requisitos legais através de elementos indiciários obtidos em procedimento de investigação extrapolicial (TÁVORA; ALENCAR, 2014).

3.2 Natureza jurídica

A prisão preventiva possui natureza cautelar pois é medida que tem por objetivo garantir a eficácia do provimento jurisdicional, eventualmente ameaçado pela natural demora deste (CAPEZ, 2014). Tutela-se a persecução penal porque, através da detenção do suposto autor, impede-se que este pratique condutas que colocam em risco a efetividade da investigação e do processo (OLIVEIRA, 2014). Sendo assim, a prisão preventiva, como todas as medidas cautelares, deve ter como único alvo a proteção do processo, ou da investigação, não se admitindo a restrição da liberdade do indivíduo através da prisão preventiva por motivos estranhos ao processo.

Nessa perspectiva, conclui Capez (2014, p. 336) que “[...] se o sujeito for preso sem necessidade de se acautelar o processo, tal prisão não será processual, mas verdadeira antecipação da execução da pena, sem formação de culpa e sem julgamento definitivo”.

Tavora e Alencar (2014) ressaltam, ainda, a necessidade de o instituto da prisão preventiva ser interpretado restritivamente, pois somente assim estará compatibilizado com o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII, CF). Para que a prisão preventiva seja constitucional e legítima, deve ser tratada como medida de exceção, pois o estigma do encarceramento cautelar é extremamente danoso à figura do infrator.

Além disso, deve-se lançar mão da prisão preventiva apenas quando as outras medidas cautelares, menos graves ao acusado, não sejam suficientes, adequadas e proporcionais ao caso. Portanto, a prisão preventiva somente se justifica quando e na medida em que protege a persecução penal e apenas se esta for a única maneira de realiza-lo (OLIVEIRA, 2014).

3.3 Pressupostos da prisão preventiva

Os pressupostos da prisão preventiva servem para materializar o *fumus comissi*

delicti necessário para decretação de qualquer medida cautelar. Tais pressupostos, nos termos utilizados pelo art. 312 do CPP² são a prova da existência do crime e os indícios suficientes de autoria. Dessa maneira, a prisão preventiva só poderá ser decretada havendo o mínimo de segurança sobre a constatação da infração e do possível infrator, o que se convencionou chamar de “justa causa”.

Nessa toada, discorre Mendes (2016, p.70):

Quando se trata de prisão processual ou demais medidas alternativas deferidas no curso do processo penal, obviamente não se pode falar de certezas. Por isso é que as provas necessárias para que se requeira a prisão preventiva se baseiam em juízos de probabilidade, não apenas em juízo de possibilidade. [...]. Porém também não se pode falar em juízo de possibilidade, pois esta é estatisticamente menor que a probabilidade. Haverá a possibilidade quando as razões favoráveis forem equivalentes às contrárias ou desfavoráveis. Entretanto haverá probabilidade quando as razões favoráveis se sobressaem em face às desfavoráveis.

Nesse sentido, deve-se ter em vista que os indícios de autoria da prisão preventiva devem estar embasados em um início de prova que torne viável dizer que o sujeito passivo da cautela é o provável autor do delito, ainda que a certeza da autoria somente seja demandada para a sua eventual condenação, no final da instrução processual respectiva. Quando a autoria delitiva do acusado é apenas possível e não provável, não há que se falar em justa causa para requerimento de sua prisão preventiva.

Para uma parcela da doutrina, o que se extrai da expressão “prova da existência do crime” contida no art. 312 do CPP é que para a decretação da prisão preventiva a materialidade deve estar devidamente comprovada, não sendo suficiente a probabilidade de que o delito ocorreu. No que tange a autoria, no entanto basta que haja indícios que apontem o agente como o autor da infração penal, não sendo necessárias provas robustas que indiquem ser ele o autor do delito. Com esse posicionamento, mencione-se as palavras de Tavora e Alencar (2014, p. 732):

Temos a necessidade de comprovação incontestada da ocorrência do delito, seja por exame pericial, testemunhas, documentos, interceptação telefônica autorizada judicialmente ou quaisquer outros elementos idôneos, impedindo-se a segregação cautelar quando houver dúvida quanto a existência do crime. Quanto à autoria, são necessários apenas indícios aptos a vincular o indivíduo a prática da infração. Não se exige a concepção de certeza, necessária para uma condenação. A lei se conforma com o lastro superficial mínimo vinculando o agente ao delito.

²Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º) (BRASIL, 1941).

Na mesma linha de raciocínio, Lima (2016b), entende que em sede de prisão preventiva, exige-se um juízo de certeza quanto a materialidade delitiva, devendo existir prova de que o fato delituoso ocorreu, enquanto que para a autoria ou participação, são suficientes os indícios, que são uma prova “semi-plena” da autoria, ou seja, uma prova com menor valor persuasivo. Em sentido diverso, Capez (2014, p.336) entende que, nessa fase, tanto para a materialidade quanto para a autoria, “[...] não se exige prova plena, sendo suficiente a existência de meros indícios”.

Em que pese tal divergência, o que se deve entender do comando presente no art. 312 do CPP é que para decretação da prisão preventiva deverá haver constatação, ainda que por meio de elementos probatórios não definitivos, que a conduta provavelmente praticada pelo acusado se trata de crime, ou seja, que o suspeito deva ter praticado fato típico, ilícito e culpável (requisitos positivos do crime), e, além disso, não há probabilidade de ter ocorrido nenhuma das causas que excluem a ilicitude ou a culpabilidade. É o que assevera Lopes Júnior (2014, p. 852):

Para a decretação de uma prisão preventiva, (ou qualquer outra prisão cautelar), diante do altíssimo custo que significa, é necessário um juízo de probabilidade, um predomínio das razões positivas. Se a possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a prisão preventiva, pois o peso do processo agrava-se notavelmente sobre as costas do imputado. A probabilidade significa a existência de uma fumaça densa, a verossimilhança (semelhante ao *vero*, verdadeiro) de todos os requisitos positivos e, por consequência, da inexistência de verossimilhança dos requisitos negativos do delito.

Nesse diapasão, o art. 314 do CPP proíbe que a prisão preventiva seja decretada quando, à luz dos autos, o juiz verificar que o agente cometeu a conduta amparado por qualquer uma das causas excludentes de ilicitude³. Tal artigo pode ser aplicado analogicamente às exculpantes, ressalvadas a hipótese de inimputabilidade, a qual enseja internação provisória. Nessa orientação, discorre Lima (2016b, p. 881):

Ora, se o próprio Código de Processo Penal autoriza a absolvição sumária do agente quando o juiz verificar a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade (CPP, art. 397, II), seria de todo desarrazoado permitir-se a decretação da prisão preventiva em tal situação.

Cabe ressaltar que, apesar de todas as medidas cautelares demandarem tais pressupostos, no caso da prisão preventiva a constatação destes passará por um criterioso

³ Segundo o art. 23 do CP, são excludentes da ilicitude o estado de necessidade, a legítima defesa e o estrito cumprimento do dever legal (BRASIL, 1940).

exame da necessidade e proporcionalidade da medida, pois a prisão preventiva é a mais extrema de todas as medidas cautelares, e, dessa forma, somente será compatível com casos coerentes à sua natureza.

3.4 Requisitos da prisão preventiva

O art. 312 do CPP também enumera requisitos autorizadores da decretação da prisão preventiva. São situações que evidenciam o *periculum libertatis* dessa medida cautelar, sendo obrigatório que pelo menos uma dessas situações esteja presente para que a prisão preventiva possa ser decretada.

Nesse sentido, explica Tavora e Alencar (2014, p.734):

Não basta, para a decretação da preventiva, a comprovação da materialidade e os indícios de autoria. Além da justa causa, simbolizada pela presença obrigatória destes dois elementos, é necessário que se apresente o fator de risco a justificar a efetividade da medida. As hipóteses de decretação da preventiva dão razões para a deflagração da constrição à liberdade. Se a prisão, quanto ao seu fundamento, deve estar pautada na extrema necessidade, a legislação preocupou-se em preestabelecer quais os fatores que apresentam o perigo da liberdade do agente (*periculum libertatis*) justificando a possibilidade do encarceramento.

Assim, nos termos do artigo 312 do CPP, “[...] a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal” (BRASIL, 1941). A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, §4º do CPP).

Tais conceitos referem-se às situações fáticas nas quais pode ser considerada necessária a prisão preventiva, sendo que, basta a presença de uma dessas situações para que a prisão preventiva seja autorizada, e não a existência cumulativa destas.

3.4.1 Garantia da ordem pública

A garantia da ordem pública é o fundamento que gera as maiores discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Isso porque ordem pública é uma expressão demasiadamente abstrata, havendo dificuldade em delimitar o seu real significado.

Távora e Alencar (2014, p. 733) definem a ordem pública como “[...] expressão de tranquilidade e paz no seio social”. Logo, para esses autores, a prisão decretada para garantia

da ordem pública visa evitar que o agente continue a delinquir durante a persecução penal.

Tendo em vista que esse é o objeto central do presente trabalho monográfico, maiores considerações a respeito da garantia da ordem pública serão feitas em capítulo específico.

3.4.2 Garantia da ordem econômica

Com a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem econômica, busca-se evitar que o indivíduo, no curso da persecução penal, continue a delinquir de maneira a afetar a ordem econômica, através de condutas que acarretem em grandes perdas financeiras, ou que coloquem em risco a credibilidade do sistema financeiro.

A hipótese foi incluída no art. 312 do CPP através da Lei 8.884/1994, chamada de “Lei Antitruste”, que cita em seu art. 20, exemplos de condutas que poderiam acarretar na decretação da preventiva com esse requisito, tais como: imitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, e dominar mercado relevante de bens ou serviços.

Assim como a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica é requisito que fomenta críticas doutrinárias. Uma delas diz respeito à redundância em adicionar esse requisito, tendo em vista o requisito da garantia da ordem econômica já estaria abarcado pela garantia da ordem pública, que é mais ampla.

Nesse diapasão, suscita Távora e Alencar (2014, p. 735):

Percebe-se absoluta ociosidade do dispositivo, afinal, havendo temor da prática de novas infrações, afetando ou não a ordem econômica, já haveria o enquadramento na expressão maior, que é a garantia da ordem pública. A ordem econômica estaria enquadrada nem contexto macro, que é o da preservação da ordem pública não havendo necessidade de disposição expressa nesse sentido.

Também se critica a disposição contida no art. 30 da Lei 7.492/1986 (Lei dos crimes contra o sistema financeiro), que determina que além das hipóteses previstas no art. 312 do CPP, a prisão preventiva poderá ser decretada nos crimes nela contidos em razão da magnitude da lesão causada pela infração. É posição majoritária da doutrina que não é possível admitir a magnitude da lesão como justificativa para o encarceramento cautelar, uma vez que se trata de mera consequência do crime praticado, e não em um fator de risco a justificar o encarceramento do agente (TAVORA; ALENCAR, 2014).

O Supremo Tribunal Federal também já se pronunciou sobre o tema, definindo que apesar da disposição legal contida na supracitada lei, a prisão preventiva não poderá

fundar-se somente na magnitude da lesão causada, sendo necessário que também haja necessidade de se resguardar a credibilidade das instituições públicas⁴.

Sobre o tema, comenta Oliveira (2014, p. 555):

Parece-nos, contudo, que a magnitude da lesão não seria amenizada e nem diminuídos os seus efeitos com a simples prisão preventiva de seu suposto autor. Se o risco é contra a ordem econômica, a medida cautelar mais adequada seria o sequestro e a indisponibilidade dos bens dos possíveis responsáveis pela infração. Parece-nos que é dessa maneira que se poderia melhor tutelar a ordem financeira, em que há sempre o risco de perdas econômicas generalizadas. Se, no entanto, o fato de o acusado encontrar-se em liberdade puder significar risco à ordem econômica, pela possibilidade de repetição das condutas e, assim, de ampliação dos danos, a questão poderia facilmente se deslocar para a proteção da ordem pública. Mesmo aqui, o sequestro e a indisponibilidade de bens e valores dos responsáveis ainda nos pareceriam medidas mais eficientes, ao menos sob tal perspectiva (da proteção da ordem econômica).

Percebe-se, portanto, que a prisão preventiva também não se mostra uma medida adequada para proteger a ordem econômica, pois há outras medidas cautelares mais efetivas para esse mister, como o sequestro, confisco, entre outras medidas cautelares patrimoniais, e, conforme já foi exposto, a prisão preventiva somente é cogitada quando medidas cautelares alternativas não se mostrarem adequadas e suficientes.

3.4.3 Conveniência da instrução criminal

A prisão preventiva decretada por conveniência da instrução criminal tem motivação evidentemente instrumental, na medida em que é motivada por alguma perturbação ao regular andamento do processo, causada pelo acusado ou indiciado. São situações em que o indivíduo está, por exemplo, ameaçando testemunhas, perseguindo o ofendido, alterando o local do crime, destruindo documentos, etc. Essa prisão se justifica quando o acusado está praticando qualquer ato que traga prejuízos para instrução, por isso, se pode dizer que tal fundamento da prisão preventiva busca, em última instância proteger a busca da verdade real através do processo (CAPEZ, 2014).

Nas palavras de Lima (2016b, p. 867), “[...] tutela-se, com tal prisão, a livre produção probatória impedindo que o agente comprometa de qualquer maneira a busca da verdade”.

⁴ STF - HC: 99210 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 01/12/2009, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-03 PP-01031; STF - HC: 85519 PR, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 13/12/2005, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 17-03-2006 PP-00016 EMENT VOL-02225-03 PP-00489 RTJ VOL-00200-02 PP-00903 LEXSTF v. 28, n. 328, 2006, p. 378-386. (BRASIL, 2005; 2009a).

Em que pese ser esta uma hipótese de caráter nitidamente cautelar, com legítima intenção de proteger o arcabouço probatório, não se deve perder de vista que, ao restringir a liberdade do acusado, fica limitada a possibilidade deste de produzir provas para sua absolvição, o que também poderá prejudicar a busca da verdade real e ampla defesa. Por isso não é menos importante a constatação da imprescindibilidade da prisão preventiva nesse caso.

Sobre isso, acentua Mendes (2016, p. 76):

Há uma sanção ao imputado quando do seu comportamento inapropriado para o devido processo legal, mas também haverá, em demasia, um comportamento inapropriado do Estado em cercear a liberdade do réu, com base em discricionariedades. Portanto, configurar-se-á prisão ilegal quando desnecessária, arbitrária e/ou infundada. Por isso há uma nítida necessidade de tal medida ser adequada, em alto grau, ao caso.

Ressalte-se que a prisão preventiva por conveniência da instrução criminal, ou seja, para tutela da prova, deve ser empregada quando houver risco efetivo para a instrução. Conveniência é um termo aberto e determina uma ampla discricionariedade, incompatível com o instituto da prisão preventiva, que é pautado pela excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade, e deve ser lançado mão quando não houver outro instrumento a ser utilizado (LOPES JÚNIOR, 2014). Sendo assim, o termo conveniência deve ser entendido como necessidade e imprescindibilidade, afinal a prisão preventiva é medida excepcional, que não poderá ser decretada por mera conveniência, como a literalidade do artigo pode levar a deduzir.

3.4.4 Para assegurar a aplicação da lei penal

A prisão preventiva decretada para garantia da aplicação da lei penal tem por objetivo evitar a fuga do sujeito passivo da cautela, uma vez que este demonstrou ter intenção de furtar-se da aplicação da lei penal. Assim como ocorre na decretação da prisão preventiva por conveniência da instrução criminal, a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal evidentemente tem caráter instrumental, pois assegura a efetividade da sentença penal condenatória, caso o acusado venha a ser condenado.

Cabe salientar que nessa hipótese “[...] deve haver demonstração fundada quanto à possibilidade de fuga. A mera conjectura, ou a possibilidade em razão da condição econômica do réu, não são, isoladamente, fatores suficientes para arremeter a prisão” (TAVORA; ALENCAR, 2014, p. 735). Dessa forma, a justificativa deve estar baseada em um

risco concreto, assim entendido como o que é demonstrando por elementos presentes nos autos⁵. Ou seja, a necessidade da medida deve ser fundamentada de forma contextualizada. Não é possível a imposição da prisão preventiva para garantia da aplicação da lei penal por uma presunção de fuga do acusado.

Sobre esse ponto, explica Lima (2016b, p. 869):

Meras ilações ou conjecturas desprovidas de base empírica concreta não autorizam a decretação da prisão do agente com base nesse pressuposto. O juiz só está autorizado a decretar a prisão preventiva com base em elementos concretos constantes nos autos que confirmem, de maneira insofismável, que o agente pretende subtrair à ação da justiça. Além disso, diante da regra probatória que deriva do princípio da presunção da não culpabilidade, não é do réu o ônus de assegurar que não pretende fugir, mas sim da acusação e do juízo o de demonstrar, à vista dos fatos concretos, ainda que indiciários – e não de vagas suposições haver motivos para temer a fuga às consequências da condenação eventual.

Por fim, deve-se acentuar que a mera ausência do indivíduo para evitar uma prisão em flagrante ou prisão arbitrária não terá o condão de justificar a decretação da prisão preventiva para garantir a aplicação da lei penal, conforme jurisprudência dos Tribunais Superiores⁶.

3.5 A prisão preventiva decorrente do descumprimento de medida cautelar alternativa

A prisão preventiva é medida cautelar excepcional, e, portanto, deve ser aplicada somente quando outras medidas cautelares, menos onerosas ao que se presume inocente, forem consideradas insuficientes para acautelar o processo. Em atenção a isso, prevê o legislador no art. 282, §4º do CPP, *in verbis*:

§ 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 (BRASIL, 1941).

⁵ Nesse sentido, pronunciou-se o STF no RHC: 83179 PE, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 01/07/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 22-08-2003 PP-00022 EMENT VOL-02120-35 PP-07299 (BRASIL, 2003).

⁶ Nesse sentido, STJ - HC: 80269 SP 2007/0071083-2, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 04/10/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 05/11/2007 p. 317; STJ - HC: 91083 BA 2007/0223383-0, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 21/02/2008, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/03/2008; STF - HC: 89501 GO, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 12/12/2006, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 16-03-2007 PP-00043 EMENT VOL-02268-03 PP-00530 (BRASIL, 2007a; 2007b; 2008).

Sendo assim, diante do descumprimento de qualquer das medidas cautelares alternativas a prisão, o juiz poderá substituir a medida, cumulá-la com outra, ou, caso não seja suficiente, decretar a prisão preventiva. Segundo Capez (2014), a prisão preventiva, quando aplicada nesta hipótese será substitutiva ou subsidiária, diferindo-se da prisão preventiva autônoma na medida em que essa medida extrema será justificada pela frustração de outra medida menos gravosa em garantir o processo.

Adverte-se que na substituição de uma medida alternativa pelo encarceramento preventivo deve-se assegurar ao imputado o contraditório e a ampla defesa prévios, em respeito ao devido processo legal, exceto em casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, quando o contraditório será postergado. Isso porque o descumprimento da medida cautelar somente ensejará a prisão preventiva caso tenha sido, de fato, injustificado, o que indicaria um risco real e maior a instrução criminal a legitimar a imposição de medida mais rígida.

De acordo com Tavora e Alencar (2014), a eventual substituição só será cabível em caso de crime doloso com pena superior a quatro anos, em obediência a hipótese de cabimento prevista no art. 313, I, do CPP. Em sentido contrário, Oliveira (2014), entende que a prisão preventiva aplicada em razão de medida cautelar eventualmente descumprida não se submete ao disposto no art. 313, I, do CPP, de maneira que poderá ser aplicada, nesse caso, em crimes dolosos com pena privativa de liberdade menor que quatro anos. Diante da margem de interpretação deixada pela redação legal do dispositivo, essa questão permanece em aberto na doutrina.

3.6 Hipóteses de cabimento

Comprovada a presença do *fumus comissi delicti* e a presença de uma das situações de risco capituladas no art. 312 do CPP, deve-se observar, ainda, se estamos diante da prática de um crime passível de decretação da prisão preventiva, conforme os limites do art. 313 do CPP, *in verbis*:

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

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

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

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança,

adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;
 Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida (BRASIL, 1941).

Se o crime em análise não se encaixa nos limites do artigo, não será possível a imposição da prisão preventiva, ainda que presentes os pressupostos e as situações de risco já expostas, sem prejuízo a aplicação de medidas cautelares alternativas ao cárcere. Logo de início, deve-se afastar a prisão preventiva em crimes culposos ou contravenções penais, não somente pelo disposto no inciso I do art. 313 do CPP supracitado, como também pela necessidade de proporcionalidade entre o crime praticado, a possível pena a ser aplicada e a medida cautelar que será imposta, o que impede a imposição da prisão preventiva diante de infrações menos graves.

Afastada tal possibilidade, os incisos seguintes trazem hipóteses de cabimento da prisão preventiva autorizadas por lei serão esmiuçadas a seguir.

3.6.1 Crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos

No ordenamento jurídico brasileiro, não existe mais hipótese de prisão preventiva obrigatória, como impunha a antiga redação do art. 312 do CPP, segundo a qual quando a pena cominada ao delito fosse igual ou superior a dez anos, a prisão preventiva deveria ser decretada. A gravidade do crime serve, agora, como vetor interpretativo para verificar se a prisão preventiva é proporcional e adequada, não sendo, por si só, suficiente para justificar a prisão preventiva (TAVORA; ALENCAR, 2014).

Por outro lado, considerando que a prisão preventiva é medida cautelar de exceção, o legislador restringiu o cabimento dela aos crimes dolosos cuja pena seja superior a quatro anos (art. 313, I, CPP). Portanto, via de regra, a prisão preventiva somente será cabível nesses crimes.

A restrição de imposição das prisões preventivas aos delitos que cominam pena privativa de liberdade maior que quatro anos guarda relação com o disposto no art. 44, inc. I do Código Penal (BRASIL, 1940), que autoriza a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quando for aplicada pela privativa de liberdade não superior a 4 anos. Sendo assim, buscou o legislador preservar a proporcionalidade entre a provável pena e

a tutela cautelar cabível, impedindo que seja decretada a prisão preventiva em casos que provavelmente não terão como resultado a efetiva prisão do acusado.

Nesse diapasão, ressalta Lima (2016b, p. 875)

Atento ao princípio da proporcionalidade, o dispositivo visa evitar que o mal causado durante o processo seja desproporcional àquele que, possivelmente, poderá ser infligido quando de seu término. Ou seja, ao decretar a prisão preventiva, deve o juiz fazer um prognóstico se, ao término do processo, ao réu poderá ser aplicada pena privativa de liberdade. Assim o juiz, *ab initio*, percebe que o crime cometido pelo agente terá sua pena privativa de liberdade convertida em restritiva de direitos, não faz sentido que decrete 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, porquanto não se pode admitir a utilização da tutela cautelar quando a medida instrumental apresentar o risco de ultrapassar os resultados finais e possíveis do processo.

Para aferição do cabimento da prisão preventiva nas situações de concurso material e concurso formal deve-se considerar o total da pena a ser imposta, desde que os processos estejam devidamente reunidos. Também se deve levar em conta a existência de qualificadoras e as causas de aumento e de diminuição de pena, sempre com base no máximo de pena cominada ao delito.

Capez (2014) chama atenção para o fato de que, tendo o legislador mudado seu parâmetro nesta hipótese de cabimento para a quantidade de pena cominada (ao invés do tipo de pena – detenção ou reclusão), diversas infrações consideradas graves ficaram excluídas, tais como: sequestro e cárcere privado na forma simples (CP, art. 148, caput) e satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (CP, art. 218-A).

Contudo, nos incisos I e II e no parágrafo único do art. 313 do CPP, há hipóteses nas quais, ainda que se trate de crime doloso com pena máxima igual ou inferior a 4 anos, excepcionalmente poderá ser aplicada a prisão preventiva, as quais serão abordadas a seguir.

3.6.2 Condenação por outro crime doloso em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do art. 64 CP

A primeira de tais hipóteses está no inciso II do art.313 do CPP, segundo o qual, caberá prisão preventiva quando o réu já foi condenado por crime doloso, em sentença transitada em julgado, e veio a cometer novo crime doloso antes de decorrido o prazo de cinco anos do cumprimento ou extinção da pena. Ainda que o novo crime tenha pena igual ou menor que quatro anos, a prisão preventiva será cabível. Trata-se de caso em que o réu é reincidente, na forma do art. 64, inc. I do CP.

3.6.3 Crimes que envolvam violência doméstica

Essa hipótese de cabimento já havia sido incluída pela Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que previa a prisão preventiva quando o crime envolvesse violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos de lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. A redação do art. 313 do CPP, ampliou a hipótese já prevista nessa lei especial para casos em que a vítima é pessoa idosa ou com deficiência, enferma, criança ou adolescente.

Acentua Oliveira (2014) que da expressão *para garantir a execução das medidas protetivas de urgência* extrai-se que tais medidas devem ter sido anteriormente aplicadas para viabilizar o cabimento da prisão preventiva nessa circunstância.

As medidas protetivas de urgências são medidas administrativas, de cunho cautelar, que visam à proteção da mulher através de imposições ao agressor, tais como o afastamento do lar, proibição de aproximação do ofendido, etc. (TAVORA; ALENCAR, 2014). Busca-se, com essa hipótese de cabimento, assegurar através da prisão do indivíduo a efetividade das medidas protetivas urgentes, quando as outras medidas cautelares forem consideradas inapropriadas e insuficientes para esse fim.

Essa hipótese de cabimento também é criticada pela doutrina, pois parte dela entende que a aplicação das medidas protetivas deve ser obtida através da força policial, e não pela imposição do encarceramento cautelar. Ademais, em que pese a omissão do art. 313, inciso III, nesse caso não deve haver dispensa dos pressupostos das medidas cautelares (*fumus comissi delicti e periculum libertatis*), ou da presença de um fator de risco.

É o que explica Tavora e Alencar (2014, p. 738):

Rechamos a hipótese da preventiva figurar como verdadeira prisão de cunho obrigacional, para imprimir efeito coativo à realização das medidas protetivas. E dizemos isso pela própria previsão do §3º do art. 22, da Lei nº 11.340/2006, autorizando ao magistrado valer-se da força policial, a qualquer tempo, para dar efetividade às medidas protetivas, sem para isso ter que decretar prisão cautelar. Da mesma forma, o §4º do referido dispositivo invoca a aplicação dos §§5º e 6º do art. 461 do CPC, que tratam das ferramentas de coação para dar efetividade às obrigações de fazer ou não fazer, como imposição de multa, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, etc. Entendemos que durante a persecução penal por crime de violência doméstica (essencialmente dolosos), para que tenha cabimento a preventiva, os pressupostos desta medida devem estar presentes, leia-se, indícios de autoria e prova da materialidade (*fumus comissi delicti*), além de uma das hipóteses de decretação, quais sejam, garantia da ordem pública, econômica, conveniência da instrução ou ainda para evitar a fuga.

No entendimento de Lopes Júnior (2014), essa hipótese de cabimento está submetida à limitação presente no inciso I do art. 313 do CPP, de maneira que somente será aplicável quando estivermos diante de crime doloso, com pena superior a 4 anos. Entretanto, o legislador não foi claro nesse sentido, o que gera incertezas quanto a essa restrição. No entanto, é incontestável que a hipótese de cabimento jamais será admitida em caso de crimes culposos, pois, conforme a definição de violência doméstica contida nos art. 5º e 7º da Lei n. 11340/06, trata-se de violência baseada no gênero da vítima, que se encontra em uma situação de vulnerabilidade (BRASIL, 2006). Para que seja baseada no gênero, obviamente deve haver vontade e consciência na conduta, sendo, portanto, dolosa.

3.6.4 Dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou não fornecimento de elementos suficientes para esclarecê-la

Nesse caso, previsto no parágrafo único do art. 313 do CPP, segundo o entendimento de Capez (2014), a pena cominada para o crime também não será relevante, devendo-se observar apenas, os parâmetros estipulados pela Lei 12.037/2009 para autorização da identificação criminal⁷. Contudo, o preso deve ser colocado em liberdade assim que for sanada a dúvida quanto a sua identidade.

Tal hipótese é criticada pela doutrina, uma vez que, diante da incerteza quanto a identidade civil, a legislação pátria fornece como alternativa a identificação criminal, com recurso datiloscópico e fotográfico, não se justificando, pois, essa hipótese de cabimento do encarceramento cautelar. Nesse sentido, critica Tavora e Alencar (2014, p. 737):

Ora, a ausência de identidade civil idônea, e a insistência na omissão de elementos que possam esclarecê-la, autoriza, com amparo no art. 3º da Lei 12.037/09 (que revogou a Lei 10.054/2000), a sua identificação criminal, incluindo o processo datiloscópico e fotográfico, não sendo o caso, a nosso sentir, de prisão. Esta hipótese de decretação, da forma como colocada, só incidirá em situação excepcional, tal como se pode imaginar pela recusa do indiciado em se submeter, inclusive, à identificação criminal, gerando risco da aplicação da lei penal ou a própria instrução. Todavia, o preso deve ser colocado imediatamente em liberdade após identificação (civil ou criminal, acrescentamos), salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida (paragrafo único, do art. 313, com redação determinada pela Lei nº 12.403/11).

⁷ Segundo o art. 1º da Lei 12.037/2009, o civilmente identificado somente será submetido a identificação criminal nas hipóteses taxativamente previstas desse diploma. O art. 2º dispõe sobre a identificação criminal do acusado, a qual, vale dizer, somente será cabível quando o indivíduo não for identificado civilmente, ou nas hipóteses mencionadas nesse diploma (BRASIL, 2009b).

Certamente é necessário que se faça uma leitura sistemática desta hipótese com lei que disciplina a identificação criminal do acusado. Com efeito, apenas quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa, esta recursar-se a fornecer elementos para esclarecer sua identidade e, tal omissão não puder ser sanada pelos recursos inerentes a identificação criminal, será cogitada a prisão preventiva por esse motivo.

Novamente há divergência doutrinária no que tange a submissão dessa hipótese de cabimento ao limite imposto pelo inc. I do art. 313 do CPP. De acordo com Lopes Júnior (2014), será necessária a interpretação sistemática dessa hipótese com a restrição contida no art. 313, inc. I, pois, caso contrário, haveria inquestionável violação a proporcionalidade dessa medida. Além disso, argumenta o autor que o parâmetro presente no art. 313, inciso I, do CPP, dada a sua topografia como primeira das hipóteses de cabimento a ser mencionada, deve ser o vetor interpretativo das hipóteses seguintes, de modo que apenas excepcionalmente, as hipóteses seguintes poderiam fugir da delimitação feita (crimes dolosos com pena superior a 4 anos) (LOPES JÚNIOR, 2014).

Em sentido contrário, Lima (2016b) entende que essa hipótese contida no parágrafo único não está atrelada à determinação contida no art. 313, inciso I, do CPP, e, por isso, quando a prisão preventiva for necessária para esclarecer dúvida sobre a identidade civil da pessoa, ou esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la será cabível a prisão preventiva, independente da natureza da infração penal e do *quantum* cominado na pena.

3.7 Decretação da prisão preventiva

Em qualquer fase da investigação preliminar ou do processo, a prisão preventiva poderá ser decretada pelo juiz competente. Na fase inquisitiva, a decretação não poderá ser de ofício pelo juiz, em respeito ao sistema acusatório definido pela Constituição Federal de 1988, no qual as funções de investigar, acusar e julgar devem ser devidamente delimitadas, para preservar a imparcialidade do juiz. Nessa fase, somente será decretada a prisão preventiva mediante provocação do Ministério Público ou pela autoridade policial.

Na fase processual, a prisão preventiva poderá ser decretada de ofício pelo ou juiz, ou através de requerimento do Ministério Público, assistente, querelante ou por representação da autoridade policial (art. 311 do CPP).

Segundo Oliveira (2014) a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz no curso da ação penal é válida, pois, uma vez em curso a ação penal, o juiz pode e deve zelar pelo desenvolvimento regular do processo, inclusive de ofício, se for necessário. Contudo, a

atuação do juiz nesse sentido é passível de críticas, pois relativiza o paradigma constitucional do sistema acusatório, afetando a imparcialidade do juiz da causa. Percebe-se, nesse ponto, vestígio inquisitório, com a figura do “juiz ator”, incompatível com o que está estabelecido na Carta Maior. Por isso, é pertinente a crítica de Lopes Júnior (2014, p. 850):

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz instrutor (poderes investigatórios) ou, pior quando ele assume uma postura inquisitória decretando – de ofício – a prisão preventiva. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do inquisidor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade e o outro de inércia. Assim, ao decretar a prisão preventiva de ofício, assume o juiz uma postura incompatível com aquela exigida pelo sistema acusatório e, principalmente, com a estética de afastamento que garante a imparcialidade.

As decisões interlocutórias relativas à prisão somente são recorríveis quando desfavoráveis ao que pede a prisão, cabendo a defesa, em circunstâncias desfavoráveis, impetrar habeas corpus em favor do acusado. O recurso cabível diante de decisão que indefere o requerimento de prisão preventiva, ou que revoga a medida, colocando o acusado em liberdade, é o recurso em sentido estrito, conforme art. 581, V do CPP (TAVORA; ALENCAR, 2014).

3.8 Fundamentação da decisão que decreta a prisão preventiva

Em que pese ser uma medida urgente e de cognição sumária, é exigência do art. 315 do CPP que a decisão interlocutória que decreta, substitua por outra medida cautelar ou denegue a prisão preventiva seja fundamentada. Tal comando é corolário da garantia fundamental constitucional da motivação das decisões constitucionais, presente no art. 93, inc. IX da CF⁸.

O magistrado, portanto, deve indicar os elementos dos autos que justificam a aplicação da medida, demonstrando a necessidade do encarceramento cautelar e a presença dos seus pressupostos e de pelo menos um de seus requisitos autorizadores, não sendo suficiente a mera menção do dispositivo legal motiva a medida. A própria excepcionalidade da prisão preventiva pressupõe que a decisão que a decreta possua base empírica que fundamente sua necessidade, não sendo suficiente a simples citação de uma das hipóteses art.

⁸ Art. 93 inc. IX da CF: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL, 1988).

312 do Código de Processo Penal (LIMA, 2016b).

Conforme mencionado anteriormente, a prisão preventiva precisa estar embasada em pelo menos uma das situações de risco mencionadas no art. 312 do CPP (garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal), contudo, caso a prisão preventiva esteja fundamentada em mais de um desses fatores, é necessário que o magistrado abarque todos em sua fundamentação, a fim de conferir maior legitimidade a essa decisão.

Destaca-se, oportunamente, a função endoprocessual e extraprocessual da motivação das decisões judiciais. Nas lições de Lima (2016b), a fundamentação das decisões judiciais consiste em uma garantia técnica do processo, que permite às partes o conhecimento necessário para impugnar a decisão, bem como o exame da legalidade e justiça da decisão pelos órgãos jurisdicionais de segundo grau (função endoprocessual). Além disso, a fundamentação funciona como garantia da própria jurisdição, na medida em que por meio dela a sociedade verifica a imparcialidade do julgamento (função extraprocessual).

Em se tratando de prisões preventivas, é ainda mais sensível a importância da fundamentação das decisões, mormente de sua função extraprocessual. Isso porque a ação arbitrária nessa seara não somente terá o condão de violar um dos direitos fundamentais de maior relevância do acusado (a liberdade de locomoção), como também afetará a credibilidade do Estado Democrático de Direito, afinal, a prisão preventiva consiste em uma ponderação ao princípio da presunção de inocência, pois prende o indivíduo com base na sua incerta autoria delitiva e no elevado risco ao processo que sua liberdade representa. Essa exceção deve ser aplicada com o devido rigor, sob pena de ameaçar uma garantia constitucional de suma importância contra os arbítrios do Estado. Como aponta Lopes Júnior (2013, p. 23), “[...] se o processo penal é o termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de uma constituição, a presunção de inocência é o ponto de maior tensão entre eles”.

Sobre a fundamentação das decisões que decretam as prisões preventivas, afirma Lopes Júnior (2014, p. 857):

É imprescindível um juízo sério, desapaixonado e, acima de tudo, calçado na prova existente nos autos. A decisão que decreta a prisão preventiva deve conter um primor de fundamentação, não bastando a invocação genérica dos fundamentos legais. Deve o juiz demonstrar, com base na prova trazida pelos autos, a probabilidade do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.

A fundamentação da decisão deve estar sempre atrelada as hipóteses legais de decretação, em obediência ao princípio da legalidade estrita pertinente as medidas cautelares. É o que ressalta Oliveira (2014, p. 550):

Mas não basta a fundamentação judicial da autoridade competente. Como se trata de grave medida restritiva de direitos, a sua decretação deve estar expressamente prevista em lei, não podendo o juiz, nesse ponto, afastar-se do princípio da legalidade, nem mesmo se entender presentes circunstâncias e/ou situações que coloquem em risco a efetividade do processo e da jurisdição penal. Por efetividade estamos nos referindo à necessidade de se preservar o adequado funcionamento de um (processo) e outra (jurisdição penal), de maneira a permitir que ambos cumpram as suas importantes missões, tanto como instrumento de garantia do indivíduo quanto de aplicação da lei penal.

A prisão preventiva cuja decretação não foi fundamentada é ilegal, cabendo a ação de habeas corpus para seu relaxamento imediato, pois o prejuízo, nesse caso, é presumido, conforme explica Távora e Alencar (2014, p. 741):

Faltando fundamentação e uma vez impetrado habeas corpus, não haverá a convalidação da preventiva e supressão da omissão pelas informações prestadas pela autoridade ao Tribunal. A fundamentação deve existir no momento em que a preventiva foi decretada. Não havendo, o prejuízo é presumido, não podendo o Tribunal manter a medida, no curso da apreciação do HC, por se conformar com as informações prestadas pela autoridade coautora.

Tendo em vista que a prisão preventiva poderá ser decretada a qualquer momento da investigação ou do processo penal, é possível que a prisão preventiva decretada no curso instrução processual da mantida após a sentença condenatória, sem transito em julgado. Para isso deverá o magistrado em sua decisão fundamentar a manutenção dessa prisão, conforme o comando do art. 387 §1º do CPP⁹ (BRASIL, 1941).

3.9 Revogação da prisão preventiva

Como toda medida cautelar, a prisão preventiva tem como característica a revogabilidade. Isso significa que a manutenção da prisão preventiva está condicionada a persistência das razões que a ensejaram, pois, caso a situação fática que autorizou o encarceramento cautelar se altere, imperiosa será a sua revogação. Diz-se, por isto, que a prisão preventiva é movida pela clausula *rebus sic stantibus*, também chamada de “clausula

⁹ Art. 387 §1º do CPP: O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta (BRASIL, 1941).

de imprevisão” (TAVORA; ALENCAR, 2014). A revogação nessa conjuntura, vale dizer, é obrigatória, devendo o magistrado realizá-la de ofício ou por provocação, com prévia oitiva do Ministério Público, salvo situação de urgência, nos termos do art. 282 §2º do CPP¹⁰. Contudo, nada obsta que o acusado volte a ser preso preventivamente no curso persecução penal, basta estarem novamente presentes os requisitos e pressupostos da medida.

Diante disso, acertadamente acentua Mendes (2016, p. 92):

Por possuir caráter situacional, a prisão preventiva deve ser revogada quando, no decorrer do processo, se verificar a falta de motivos para que tal medida perdure. Isso é o que determina o artigo 316 do Código de Processo Penal brasileiro, porém, considera-se outra falha legislativa a ausência de prazo determinado para que se periodicidade da análise dos requisitos capazes de manter o réu preso provisoriamente.

Logicamente, infere-se que a prisão preventiva decretada por conveniência da instrução criminal poderá perdurar tão somente enquanto perdurar a instrução processual, devendo obrigatoriamente, ser revogada em seu final (LIMA, 2016b). É possível também que a prisão preventiva seja substituída por outra medida cautelar, caso o encarceramento deixe de ser uma medida adequada e proporcional para a tutela processual.

Nesse sentido, explica Oliveira (2014, p. 552):

Como toda medida cautelar, também a prisão preventiva tem sua duração condicionada à existência temporal de sua fundamentação. Em outros termos: a prisão preventiva submete-se à cláusula de imprevisão, podendo ser revogada (característica da revogabilidade das cautelares) quando não mais presentes os motivos que a ensejaram, bem como renovada quando sobrevierem razões que a justifiquem (art. 316, CPP). Que não fique dúvida: a prisão preventiva pode ser *revogada* quando não mais estejam presentes as razões que determinaram a sua decretação; no entanto, quando ainda for necessário manter-se um grau menos gravoso de proteção ao processo, nada impede que ela, a preventiva, seja *substituída* por outra cautelar (característica da modificabilidade das cautelares), desde que e somente se ainda estiverem presentes as hipóteses do art. 282, I, CPP. .

Questão controvertida é a que cuida do excesso de prazo da prisão preventiva. Isso porque, assim como ocorre nas outras medidas cautelares, o Código de Processo Penal brasileiro não estabeleceu um prazo para sua duração, deixando o preso provisório inteiramente à mercê do Estado. Ante a omissão do legislador, coube à jurisprudência estabelecer parâmetros para a definição do que seria o prazo admissível para manter cautelarmente preso o indivíduo.

¹⁰ Art. 282 § 2º do CPP: As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público (BRASIL, 1941).

Primeiramente, tomou-se como parâmetro o prazo legal previsto para o encerramento da ação penal, de acordo com o somatório dos prazos estabelecidos para cada ato processual alcançando-se o total de 81 dias no âmbito da Justiça Estadual e 101 dias no âmbito da Justiça Federal, em se tratando do rito comum ordinário. Tal lapso temporal, quando o rito for diverso, deverá se adequar conforme os prazos delimitados por lei (OLIVEIRA, 2014).

Com a alteração do procedimento comum ordinário promovida pela Lei 11.719/08, aplicável quando o crime tiver pena máxima igual ou superior a 4 anos, a contagem dos prazos teve de ser renovada, para continuar sendo viável a aplicação do parâmetro estabelecido pela jurisprudência. Com o novo rito, o prazo para encerramento da instrução criminal quando o acusado estiver preso varia entre 95 e 190 dias (LIMA, 2016b).

Para Oliveira (2014), a contagem de prazo deverá ser feita de forma isolada, ou seja, no descumprimento de qualquer um dos prazos, estando o acusado preso, restará configurado o excesso de prazo na formação de culpa, ensejando a soltura do suspeito. Entretanto, o citado autor reconhece que o entendimento majoritário da doutrina é no sentido de que contagem deverá ser global, isto é, em caso de descumprimento de qualquer um dos prazos processuais, poderá haver compensação desse excesso de prazo nas etapas seguintes, de maneira que a prisão preventiva poderá ser mantida desde que o prazo total, previsto em lei, seja respeitado. Além disso, os Tribunais Superiores admitem a flexibilização do referido prazo diante da complexidade do caso concreto.

Pode-se dizer, portanto, que a regra deve ser a observância dos prazos previstos para os atos processuais, admitindo-se excepcionalmente, a sua não observância, quando se exija uma reflexão hermenêutica que extrapole os limites dogmáticos, ponderando princípios constitucionais igualmente importantes (OLIVEIRA, 2014).

O excesso de prazo da prisão preventiva autoriza o seu relaxamento, pois a medida torna-se tipicamente ilegal, configurado o chamado “excesso de prazo na formação de culpa”. Isso decorre da garantia constitucional a razoável duração do processo, prevista no art. 5º, inc. LXXVIII da CF¹¹.

Nesse caso, não poderá o magistrado renovar a prisão, ainda que com base em fundamentos diversos.

¹¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: “[...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988).

Nas palavras de Távora e Alencar (2014, p. 742):

A seu turno, se a prisão preventiva é temporalmente excessiva, ofendendo a razoável duração da prisão cautelar, ela se transforma em medida tipicamente ilegal, impondo-se o relaxamento. O expediente judicial de relaxar a prisão (temporalmente excessiva) e renovar o decreto alterando os fundamentos do cárcere preventivo não deve ser tolerado. É uma via indireta que fragiliza a garantia constitucional, afinal, o excesso de tempo deve ser interpretado pelo cômputo geral de permanência no cárcere cautelar, e não pela individualização dos fundamentos da preventiva, como se fossem considerados de maneira estanque. Assim, se o réu está detido para preservação da instrução criminal, e a prisão é relaxada por excesso de tempo, não cabe ao juiz, na sequência, renovar o decreto prisional para garantir a ordem pública. Seria desconsiderar o critério objetivo suscitado para reconhecer a legalidade, qual seja a razoável duração do cárcere, que foi desatendida, independente do embasamento que justificou a manutenção da segregação.

O relaxamento da prisão preventiva de prazo excessivo poderá ser feito através de habeas corpus, com fundamento no art. 648, II, do CPP. A prisão com prazo excessivo também poderá ser relaxada de ofício pelo Tribunal, no exame de eventual recurso.

O posicionamento consolidado pelos Tribunais Superiores é que o prazo para conclusão da instrução processual com réu preso não tem natureza absoluta, podendo ser dilatado com base no princípio da proporcionalidade, diante da complexidade da causa ou da pluralidade de réus. Dessa forma, remanescem como hipóteses que autorizam o reconhecimento do excesso prazo as seguintes situações: a mora processual decorrente de diligências suscitadas exclusivamente pela atuação da acusação, a mora processual decorrente da inércia do Poder Judiciário, em afronta ao direito à razoável duração do processo e a mora processual incompatível com o princípio da razoabilidade, evidenciando um excesso de prazo abusivo (LIMA, 2016b).

Sendo assim, conclui-se que o prazo das prisões preventivas ainda carece de um marco legal definitivo, pois as construções jurisprudenciais não balizaram de forma satisfatória quando restaria configurado o excesso de prazo na formação de culpa, lançando mão de princípios demasiadamente abertos como o da razoabilidade e proporcionalidade para excepcionar o prazo legalmente estabelecido para encerramento do processo. Como consequência, o que se vislumbra na realidade carcerária do país é um grande número de prisões processuais que se arrastam por toda a instrução processual, sem que haja um efetivo reexame de seus pressupostos e requisitos.

4 A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO REQUISITO DA PRISÃO PREVENTIVA

4.1 Conceito

A origem da prisão preventiva para garantia da ordem pública remonta à Alemanha nazifascista da década de 30 do século XX (LOPES JÚNIOR, 2013). Sob a lógica desse sistema, as prisões com essa justificativa tinham o escopo de ampliar ao máximo a possibilidade de restringir a liberdade do indivíduo, de modo a transformar a prisão preventiva em mais um instrumento a serviço do Estado totalitário em ascensão.

No Brasil, a prisão preventiva para a garantia da ordem pública foi inserida pelo Código de Processo Penal de 1941, à época do Estado Novo (1937-1945), uma ditadura autoritária promovida através de um golpe de Estado comandado por Getúlio Vargas. A previsão da prisão para a garantia da ordem pública – assim como outras regras desse diploma recém-criado – refletiu as ideias, até então dominantes, de subordinação do indivíduo ao Estado, estando este último autorizado a usurpar a liberdade individual em prol do “bem comum” (WEYNE, 2016).

Em que pese as mudanças históricas e legislativas ocorridas desde então, sobretudo a nova ordem constitucional democrática estabelecida pela Constituição Federal de 1988, a previsão da garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva permanece até os dias atuais. Quando da elaboração do Projeto de Lei n. 4208/01, que deu origem à Lei 12.403/11, a qual reformulou o regime de medidas cautelares, foi proposta uma nova redação do art. 312, que suprimiria a expressão passando o artigo a possuir a seguinte dicção:

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 à execução de sentença, ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à improbidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa (BRASIL, 2001).

Como se percebe, a intenção era abandonar a inexata expressão “garantia da ordem pública”, colocando em seu lugar uma definição mais precisa das hipóteses nas quais estariam configuradas as situações de risco justificadoras da prisão preventiva. Contudo, a proposta foi alterada pelo Congresso Nacional, de maneira que a redação do art. 312 do CPP

permaneceu inalterada. Desse modo, a garantia da ordem pública permanece como requisito formalmente válido para decretação da prisão preventiva, apesar de inexistir uma previsão legal definindo o seu conceito.

A ambiguidade semântica e da locução “garantia da ordem pública” é motivo de justificada preocupação, afinal, é paradigma constitucional a legalidade estrita em âmbito do direito penal e a norma processual que dispõe sobre prisão preventiva é norma processual de conteúdo material, porque atinge o direito fundamental da liberdade (LIMA, 2003). Assim sendo, seu conteúdo deveria ser claro, objetivo e interpretado de maneira não extensiva.

Silva (2005, p. 10) afirma que “[...] o apelo à forma genérica e retórica da ‘garantia da ordem pública’ representa a possibilidade de superação dos limites impostos pelo princípio da legalidade estrita”, uma vez que ela propicia amplos poderes ao juiz, permitindo que o interesse de repressão prevaleça em detrimento de garantias individuais.

Diante da imprecisão semântica que a sentença possui, convém, a priori, estabelecer o significado literal de tais palavras. Segundo Moreira Neto (1988, p. 139):

A ordem é a disposição interna que viabiliza uma organização. [...]. Por outro lado, se se trata de um sistema social, a organização se refere a elementos integrantes sociológicos, psicológicos e políticos e a *ordem* deve ser descrita a partir da constatação da regularidade e da estabilidade das inter-relações que apresentam.

Já o termo público refere-se à coletividade, ou seja, aquilo que não diz respeito a uma só pessoa, mas a toda comunidade, de forma difusa. Conforme define Weyne (2016, p. 108) “[...] o público opõe-se ao privado, vinculando-se ao comum, notório e exterior às partes de determinada sociedade”. Pode-se, então, concluir que semanticamente, a ordem pública é algo relacionado à organização da sociedade, em todos os seus aspectos.

Moreira Neto (1988, p. 142) declina a seguinte explicação para o significado de “ordem pública”:

Na acepção sistêmica, a ordem pública é o pré-requisito de funcionamento do *sistema de convivência pública*. Não só ele contém no polissistema social como é imprescindível a seu funcionamento, uma vez que viver em sociedade importa, necessariamente, em conviver publicamente. É necessário dispor-se a convivência pública de tal forma que o homem, em qualquer relação que se encontre, *possa gozar de sua liberdade inata*, agir sem ser perturbado, participar de quaisquer sistemas sociais que deseje (econômico, familiar, lúdico, acadêmico etc.), sem outros impedimentos e restrições que não os necessários para que essa convivência se mantenha sempre possível, sem outra obrigação que de observar a normatividade que lhe é importa pela *ordem jurídica* constituída para todo o polissistema e admitida como o mínimo necessário para assegurar, na convivência, a paz a harmonia indispensáveis.

Contudo, o supracitado autor admite que diante da amplitude da convivência pública, a ordem pública é “multifacetada e cambiante”, razão pela qual se faz necessário dividi-la em duas acepções – material e formal – para melhor compreendê-la.

Segundo Moreira Neto (1988), o aspecto material da ordem pública é a situação de fato existente em uma sociedade graças à disposição harmônica dos elementos que nela interagem. É por meio dessa situação de fato que a sociedade permanece regular e estável, e que a liberdade individual é assegurada. Em seu sentido formal, a ordem pública seria o conjunto de valores, princípios e normas que devem ser observados na sociedade, para que esta tenha um funcionamento regular e estável, viabilizando a liberdade de cada indivíduo. “A ordem pública formal age como um molde para que a realidade rebelde se contenha em seus limites abstratos e, sob este aspecto, a ordem pública material é sua projeção imperfeita” (MOREIRA NETO, 1988, p. 147).

Percebe-se, e dessa maneira conclui Weyne (2016), que no âmbito do direito penal, administrativo e constitucional, aplica-se o sentido material de ordem pública, enquanto o sentido formal de ordem pública é aplicado em ramos do direito privado e do direito internacional público.

Segundo Guardia (2010, p. 1138) o conceito de ordem pública, “[...] ocupa lugar de *standard* jurídico [...]”, guardando identidade com formulações como o melhor interesse da criança e os bons costumes, caracterizando-se como noção indeterminada que pretende estabelecer um padrão de normalidade, sendo um reflexo da tentativa de conceder normatividade jurídica a critérios técnicos ou sociais.

Segundo Sanguiné (2014), o conceito predominante de ordem pública modifica-se segundo os ideais e fins do Estado em cada momento histórico. Nesse sentido, a noção jurídica de ordem pública no Estado Liberal, abstencionista, consistia em verdadeiro limite à atuação dos particulares, possuindo uma noção defensiva e limitadora. Já no Estado Social, precisamente à época do regime fascista, a ordem pública ampliou sua esfera, passando a correlacionar-se com a vida imperturbada e pacífica do ordenamento, sendo uma fonte geral do poder de polícia em situações de urgência e de “perigo público”. Nos regimes democrático-liberais, todavia, a ordem pública deve ser entendida de forma desassociada dos interesses estatais, devendo guardar identidade com os interesses gerais da comunidade reconhecidos constitucionalmente, tais como a proteção da dignidade da pessoa humana, a igualdade, o pluralismo político, etc.

Feita essa digressão preliminar, resta evidenciado que o requisito da garantia da ordem pública é capaz de abarcar as mais variadas condutas, enquadrando-as como

ameaçadoras da paz social e, por esse motivo, capazes de justificar o decreto prisional preventivo. Não sem motivo é a crítica feita por Lopes Júnior (2014) quando sugere que este termo, por se um conceito vago e indeterminado, presta-se a qualquer “senhor”, pois não se sabe ao certo, o que ele quer dizer.

Da mesma maneira, Oliveira (2014, p. 556) afirma que a expressão garantia da ordem pública “[...] pode prestar-se a justificar um perigoso controle da vida social, no ponto em que se arrima na noção de ordem, e pública, sem qualquer referência ao que seja, efetivamente, a desordem”.

Isso motivou a doutrina e jurisprudência a estabelecer parâmetros para delimitar o seu real significado e, assim, restringir as situações em que haveria possibilidade invocar a garantia da ordem pública como fundamento idôneo para a decretação da prisão preventiva, os quais serão, de forma individualizada, expostos a seguir.

4.2 A garantia da ordem pública e a necessidade de proteção do acusado

Os Tribunais Superiores e a doutrina processual penal firmaram o entendimento de que a prisão preventiva não pode servir para resguardar a integridade física do acusado, constatando que a proteção da integridade física dos indivíduos é dever, unicamente, da segurança pública. A título de exemplo, citem-se os seguintes julgados¹²:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO, LESÕES CORPORAIS, RIXA E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETAÇÃO LASTREADA NA NECESSIDADE DE RESGUARDAR INTEGRIDADE FÍSICA DO ACUSADO, ASSEGURAR APLICAÇÃO DA LEI PENAL E GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. 1. Por força do princípio constitucional da presunção de inocência, as prisões de natureza cautelar somente podem ser decretadas se presente efetiva fundamentação. **2. A invocação da necessidade de se assegurar a integridade física do próprio acusado não constitui fundamentação idônea.** De igual modo, afasta-se a intenção de fuga quando há apresentação espontânea na data em que decretada a prisão. 3. O fundamento de garantia da ordem pública deve vir acompanhado de dados concretos, não bastando considerações abstratas ou juízos de probabilidade. 4. Recurso a que dá provimento para revogar a prisão preventiva, mediante assinatura de termo de comparecimento a todos os atos do processo. (STJ - RHC: 25753 AM 2009/0053638-5, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 04/06/2009, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 29/06/2009) (BRASIL, 2009c, grifo nosso).

¹² No mesmo sentido: STF - HC: 115897 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 04/06/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-121 DIVULG 24-06-2013 PUBLIC 25-06-2013 (BRASIL, 2013a).

HABEAS CORPUS. LEGÍTIMA DEFESA. REVOLVIMENTO DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. 1. Para análise da alegada legítima defesa, seriam necessárias aprofundadas análise e valoração de provas, inviável no rito do habeas corpus. 2. A gravidade da ação criminosa, o clamor social e a revolta de populares contra o acusado não são motivos idôneos para a prisão cautelar. **Ninguém pode ser preso para sua própria proteção.** 3. Depoimentos de policiais favoráveis à personalidade e à conduta do réu no momento da prisão em flagrante, no sentido do não oferecimento de qualquer resistência, conduzem à caracterização do constrangimento ilegal contra sua liberdade. 4. Ordem concedida. Prejudicado o agravo regimental. (STF - HC: 100863 SP, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 04/12/2009, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-022 DIVULG 04-02-2010 PUBLIC 05-02-2010 EMENT VOL-02388-02 PP-00286) (BRASIL, 2009d, grifo nosso).

Sobre esse parâmetro, expõe Lopes Júnior (2014, p. 855):

Quanto a prisão cautelar para 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.

Távora e Alencar (2014) explicam que a prisão preventiva não poderá ser decretada para preservar a integridade física do acusado, pois a prisão não deve significar forma de preservação da integridade física de um suspeito, cabendo ao Estado estabelecer as condições necessárias para que isso ocorra fora do cárcere.

Sanguiné (2014) assinala que esse motivo não é adequado, uma vez que se trata de evidente desvio de finalidade da prisão preventiva. Se o indivíduo se encontra ameaçado, não está somente por isso justificada a prisão cautelar. Nessa situação, as autoridades estatais deverão garantir sua segurança, e não lhe tirar a liberdade sob o pretexto de beneficiá-lo, afinal, não é justo que recaia sobre o réu o ônus da negligência estatal na manutenção da segurança pública.

Nucci (2014) afirma que a proteção do réu ou indiciado não autoriza a prisão preventiva, não merecendo prosperar a alegação de que a prisão cautelar se justifica pelo fato de que o acusado está melhor sob a custódia do Estado, do que em liberdade sob ameaças de vinganças de terceiros, uma vez que cabe ao indiciado procurar a melhor maneira de se proteger, não sendo legítimo utilizar a custódia cautelar para essa função.

De fato, é inadmissível pensar que a restrição da liberdade do acusado por determinação judicial, através da decretação da prisão preventiva, o beneficiaria. Seria, em última análise, adicionar uma hipótese para decretação de prisão preventiva não prevista em lei, sob o argumento de que caberia ao Poder Judiciário a proteção do acusado, e não a Administração Pública prestar um o serviço de segurança pública com efetividade. Ademais,

somente com sua liberdade assegurada poderá o indivíduo escolher de que maneira pode resguardar sua própria incolumidade.

4.3 A garantia da ordem pública, o clamor público e a credibilidade da Justiça

Também foi afastada pelos Tribunais Superiores e pela doutrina a utilização da prisão preventiva para garantia da ordem pública invocando-se tão somente o “clamor público”. O clamor público nada mais é do que comoção social causada pelo cometimento do delito supostamente praticado pelo acusado. Entende-se que ordem pública e clamor público são conceitos distintos, e a existência deste não implica em ameaça àquela.

Demonstra-se tal entendimento através dos julgados¹³ abaixo:

EMENTAS: 1. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na necessidade de restabelecimento da ordem pública, abalada pela gravidade do crime, na conveniência da instrução criminal, por morar o réu em outra comarca, e na necessidade de garantia de aplicação da lei penal, para evitar o desaparecimento do acusado. Exigência do clamor público e da credibilidade da Justiça. Inadmissibilidade. Inexistência de elementos concretos de perturbação ao regular andamento do processo, ou de fatos que representem risco à aplicação da lei penal. Razões que não autorizam a prisão cautelar. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF. Precedentes. **É ilegal o decreto de prisão preventiva baseado em suposta exigência do clamor público e da credibilidade da Justiça, para restabelecimento da ordem social abalada pela gravidade do fato, bem como aquele fundado na conveniência da instrução criminal ou na garantia de aplicação da lei penal, sem elementos concretos de perturbação ao regular andamento do processo ou de risco de fuga do acusado.** 2. HABEAS CORPUS. Ação penal. Pronúncia. Homicídio doloso. Desclassificação para a forma culposa. Necessidade de exame da prova. Questão dependente de cognição plena. Inadmissibilidade na via excepcional. HC denegado. Precedentes. Pedido de desclassificação de delito proclamado em sentença de pronúncia não cabe no âmbito do processo de habeas corpus, quando dependa de reexame da prova. (STF - HC: 98776 SC, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-195 DIVULG 15-10-2009 PUBLIC 16-10-2009 EMENT VOL-02378-03 PP-00546) (BRASIL, 2009e, grifo nosso).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE QUADRILHA, PECULATO EFRAUDE À LICITAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETAÇÃO FUNDAMENTADA EM MERAS CONJECTURAS, NA GRAVIDADE DO DELITO E NO CLAMOR PÚBLICO. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR NÃO DEMONSTRADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A prisão preventiva deve ser decretada se expressamente for justificada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal. 2. **O clamor público, inerente ao repúdio que a sociedade confere à prática criminosa, não é bastante para fazer presente o periculum libertatis e justificar**

¹³ Também revelam esse entendimento: STF - HC: 115104 CE, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 22/10/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-223 DIVULG 11-11-2013 PUBLIC 12-11-2013; STF - HC: 109449 GO, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 28/05/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 20-06-2013 PUBLIC 21-06-2013 (BRASIL, 2013b; 2013c).

a prisão provisória. 3. Ordem concedida para revogar a custódia cautelar dos ora Pacientes, confirmando a liminar anteriormente deferida. (STJ - HC: 151773 AL 2009/0210233-7, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 14/06/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/06/2011) (BRASIL, 2011b, grifo nosso).

Segundo Capez (2014, p. 337):

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

No mesmo sentido, aduz Marques (2004, p. 69-70):

Não se pode apaziguar o clamor social por mais segurança via prisões provisórias, divorciadas do figurino constitucional, que ferem o Princípio da Presunção de Inocência, por anteciparem a aplicação de penas privativas de liberdade, verificáveis de aplicação, apenas ao final do processo. Tal medida acaba sopitando, do processo, o seu caráter afirmador das garantias individuais, consagradas constitucionalmente, ao buscar dar uma resposta imediata à sociedade, menosprezando o fato de que o processo penal possui tempo de duração próprio que consagra a maturação dos dados referentes aos fatos e a serena apreciação destes à luz de reflexão racional, desapaixonadamente. Jamais se pode comparar o tempo real (da sociedade hiper-acelerada) com o tempo do processo (em compasso de reflexão e racionalidade), sob pena de afrontarmos garantias individuais e sociais, sofridamente conquistadas.

Em que pese o “clamor público” em razão da gravidade do delito não ser, por si só, autorizador da decretação da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, parte da doutrina entende que quando o crime gera comoção social exacerbada, afetando a credibilidade da justiça perante os cidadãos, haveria de se falar em ameaça a ordem pública a justificar a prisão cautelar.

Nucci (2014) entende que o clamor público não é fator determinante para a prisão preventiva, contudo, quando se trata de um crime que ganha grande destaque na mídia e provoque abalo emocional na sociedade, a situação se torna mais delicada, pois a população passa a voltar seus olhos para a pessoa do acusado, de maneira que a liberdade deste transmite a mensagem de que a lei penal é falha e vacilante, o que afeta a credibilidade das instituições de Justiça. Em tal situação, pelo entendimento do citado autor, o clamor público associado a fatores como maus antecedentes e gravidade do delito, deverá servir de fundamento para a prisão preventiva.

No mesmo sentido, manifesta-se Avena (2014), afirmando que a prisão preventiva quando há real e inequívoco abalo social diante da prática de crimes graves, é admissível, pois visa não somente o restabelecimento do sossego social, como também a credibilidade das instituições, principalmente do Judiciário.

Távora e Alencar (2014), por sua vez, discordam, afirmando que o sentimento popular não pode causar ao suspeito uma repercussão tão gravosa quanto a prisão preventiva, sendo intolerável que o Judiciário atropеле garantias constitucionais em nome da “política de boa vizinhança” com a opinião pública. Com efeito, a credibilidade da Justiça deve advir da justa condução do processo, não cabendo ao acusado este ônus.

À luz desse entendimento, cremos que seja um paradoxo utilizar o instituto da prisão preventiva como um instrumento para dar credibilidade a Justiça, uma vez que tal objetivo é totalmente alheio à instrumentalidade das medidas cautelares e, em especial, a prisão preventiva, que é a mais gravosa dessas medidas. Não se pode esquecer que também é papel da Justiça garantir os direitos fundamentais do acusado, e, vale dizer, “Quando os poderes públicos precisam lançar mão da prisão legitimar-se, a doença é grave, e anuncia um grave retrocesso para o estado policialesco e autoritário, incompatível com o nível de civilidade alcançado” (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 870).

Há de se ressaltar, ainda, que não poucas vezes o sensacionalismo da cobertura midiática dos fatos criminosos¹⁴ acaba por gerar na população o desejo de ver, antecipadamente, a punição dos acusados de cometerem tais delitos, punição esta que não é função da prisão preventiva proporcionar. Ademais, frequentemente os fatos publicados são direcionados para gerar esse clamor, de maneira a forjar um apelo social pela prisão de indivíduos que são previamente selecionados pela mídia. A prisão preventiva em tais situações seria utilizada de forma discriminatória e leviana.

Nesse sentido, interessante é a reflexão feita por Lopes Júnior (2014, p. 867):

O “clamor público”, tão usado para fundamentar a prisão preventiva, acaba se confundindo com a opinião pública, ou melhor, com a ‘opinião publicada’. Há que se atentar para uma interessante manobra feita rotineiramente: explora-se, midiaticamente, um determinado fato (uma das muitas ‘operações com nomes sedutores, o que não deixa de ser uma interessante manobra de marketing policial), muitas vezes com proposital vazamento de informações, gravações telefônicas e outras provas colhidas, para colocar o fato na pauta pública de discussão (a

¹⁴ Sobre a cobertura midiática dos fatos criminosos, Lima (2003, p. 157) afirma que a mídia “Atua de forma sensacionalista, fazendo da exceção a regra, criando na sociedade um clima de tensão, acabando, desta forma, por difundir larga, e erroneamente, a ideia de que liberdade é sinônimo de impunidade. Portanto, os julgadores não podem ser influenciados pelos meios de comunicação que, na maioria das vezes, dramatizam ao extremo certos fatos típicos, pois se isto suceder, a prisão preventiva tornar-se-á obrigatória”

conhecida teoria do agendamento). Explorado midiaticamente, o pedido de prisão vem na continuação, sob o argumento da necessidade de tutela da ordem pública, pois existe um “clamor social” diante dos fatos... Ou seja, constrói-se midiaticamente o pressuposto da posterior prisão cautelar. Na verdade, a situação fática nunca existiu; trata-se de argumento forjado.

A decretação de prisão preventiva para preservar a credibilidade da justiça, portanto, implica em evidente violação ao devido processo legal e a presunção de inocência, pois é usada, tão somente, para saciar o desejo por “justiça” – erroneamente entendida como sinônimo de encarceramento prematuro.

4.4 A garantia da ordem pública e a potencialidade lesiva

A potencialidade lesiva, ou a gravidade abstrata do delito, está intrinsicamente ligada ao clamor público, porque este geralmente é mais evidente diante do cometimento de delitos que, independentemente do *modus operandi* do acusado, geram grande repulsa social, como ocorre com os crimes contra a dignidade sexual.

Lima (2016b) explica que a gravidade abstrata do delito é uma circunstância inerente à infração e, por si só, não é capaz de fundamentar a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública. Ao admitir que elementos próprios do tipo penal embasem a prisão, estaria se antecipando uma pena que ainda não foi imposta, o que é inadmissível à luz do princípio da presunção de inocência.

De acordo com Silva (2005), a potencialidade lesiva não pode servir como parâmetro para decretação da prisão preventiva, pois, do contrário, estaria autorizada a prisão preventiva obrigatória para crimes graves, dispensando-se a demonstração no caso concreto dos elementos que indicam o *periculum libertatis*.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores consolidou o posicionamento de que a gravidade abstrata do delito não serve como parâmetro para decretação da prisão preventiva em nome da garantia da ordem pública. Nesse sentido, declinam-se os seguintes julgados¹⁵:

Ementa: HABEAS CORPUS. PEDIDO DE EXTENSÃO DA ORDEM CONCENDIDA A CORRÉU. ART. 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INDEFERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PEDIDO DE EXTENSÃO DEFERIDO. I – No caso sob exame, o indeferimento do pedido de liberdade provisória formulado pelo ora requerente também se fundou na necessidade de se

¹⁵ No mesmo sentido: STF - HC: 95358 SC, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 08/06/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-03 PP-00680 (BRASIL, 2010).

preservar a ordem pública em razão da gravidade abstrata dos delitos e por conveniência da instrução criminal, fazendo-se alusão, ainda, à hediondez do crime de tráfico, fundamentos insuficientes para manter o requerente na prisão. **II – Segundo remansosa jurisprudência desta Corte, não basta a gravidade do crime e a afirmação abstrata de que os réus oferecem perigo à sociedade e à saúde pública para justificar a imposição da prisão cautelar. Assim, o STF vem repelindo a prisão preventiva baseada apenas na gravidade do delito, na comoção social ou em eventual indignação popular dele decorrente,** a exemplo do que se decidiu no HC 80.719/SP, relatado pelo Ministro Celso de Mello. III – Requerente que se encontra em situação fático-processual idêntica à do paciente beneficiado neste writ (Valdecir), pois ambos foram condenados pelos delitos de tráfico ilícito de drogas e associação para o tráfico, o que faz incidir o art. 580 do Código de Processo Penal. IV – Extensão da ordem concedida para colocar o ora requerente em liberdade provisória, devendo ser expedido o respectivo alvará de soltura somente se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o magistrado de primeiro grau, caso entenda necessário, fixe, de forma fundamentada, uma ou mais de uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal (na redação conferida pela Lei 12.403/2011). (STF - HC: 110132 SP, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 16/10/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-220 DIVULG 07-11-2012 PUBLIC 08-11-2012) (BRASIL, 2012a, grifo nosso).

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO MAJORADO. RÉU QUE PERMANECEU PRESODURANTE O TRÂMITE PROCESSUAL. VEDAÇÃO AO APELO EM LIBERDADE.GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA PENA. GRAVIDADE ABSTRATADO DELITO. CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA. INTRANQUILIDADE E INSEGURANÇASOCIAL. NECESSIDADE DE COIBIR A PRÁTICA DE NOVOS CRIMES. RÉUPRIMÁRIO. ARGUMENTOS QUE NÃO SE PRESTAM A RESPALDAR A CUSTÓDIA.NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DO ÓBICE. ORDEM CONCEDIDA. I. Hipótese na qual se infere a falta de efetiva fundamentação dos julgados que mantiveram o encarceramento cautelar do condenado, tendo em vista que o apelo em liberdade foi vedado em razão da gravidade abstrata do delito e pelo fato de o réu ter respondido preso ao processo. II. A Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento no sentido de que é indispensável a presença de concreta fundamentação para o óbice ao direito de apelar em liberdade, com base nos pressupostos exigidos para a prisão preventiva, ainda que o réu tenha permanecido preso durante a instrução processual. III. A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação definitiva. **IV. A alegada gravidade do crime, afastada de qualquer circunstância concreta que não a própria prática supostamente delitiva, traz aspectos já subsumidos no próprio tipo penal, não sendo bastante para justificar a prisão para garantia da ordem pública, assim como para a aplicação da lei penal.** V. A simples menção aos requisitos legais da custódia preventiva, assim como à necessidade de manter a credibilidade da justiça e de coibir a prática de delitos graves, o clamor público e a intranquilidade e insegurança que a soltura poderia causar à comunidade, sem embasamento concreto, não se prestam a embasar a segregação acautelatória. VI. Hipótese na qual inexistente qualquer indício de que soltura do paciente possa colocar em risco a aplicação da lei penal, máxime se considerada a sua primariedade e os seus bons antecedentes, assim como o fato de não responder a outra ação penal. VII. Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a sentença condenatória, no tocante à negativa do direito do réu de apelar em liberdade, determinando a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta. VIII. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (STJ - HC: 241212 DF 2012/0090168-8, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 26/06/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2012) (BRASIL, 2012b, grifo nosso).

Em que pese o delito abstratamente considerado ser rechaçado como justificativa da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, a gravidade concreta do crime, ou seja, a forma como o delito foi praticado e as suas circunstâncias, é considerada para esse fim, pois isto revelaria a periculosidade do agente, o que atualmente se pode dizer que é o parâmetro adotado pelos Tribunais Superiores para justificar a prisão preventiva com base na proteção da ordem pública, conforme ilustrado no seguinte julgado, excepcionalmente esclarecedor do entendimento consolidado pelo STF e STJ sobre o tema:

HABEAS CORPUS. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. PRISÃO CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DELIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DESSE FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM DENEGADA. 1. Muito já se escreveu sobre esse fundamento específico da prisão preventiva, previsto no art. 312 do CPP. Para alguns estudiosos, serviria ele de instrumento para evitar que o acusado, em liberdade, praticasse novos crimes ou colocasse em risco a vida das pessoas que desejassem colaborar com a Justiça, causando insegurança no meio social. Outros preferem associar a ordem pública à credibilidade do Poder Judiciário e das instituições públicas. Por fim, há também aqueles que encaixam no conceito de ordem pública a gravidade do crime ou a reprovabilidade da conduta, sem falar no proverbial “clamor público”, muitas vezes confundido com a repercussão, na mídia, causada pelo suposto delito. 2. No seu cotidiano exercício de interpretação constitucional do Direito Penal e Processual Penal, o Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento de que o uso de expressões fortemente retóricas ou emocionais, além do apelo à credibilidade da Justiça ou ao clamor público, não se prestam para preencher o conteúdo da expressão “ordem pública”. Seja porque não ultrapassam o campo da mera ornamentação linguística, seja porque desbordam da instrumentalidade inerente a toda e qualquer prisão provisória, antecipando, não raras vezes, o juízo sobre a culpa do acusado. 3. Em matéria de prisão cautelar, a expressão “ordem pública”, justamente, é a que me parece de mais difícil formulação conceitual. Como a Constituição fala de “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”, fico a pensar que ordem pública é algo diferente da incolumidade do patrimônio, como é algo diferente da incolumidade das pessoas. É um tertium genus. Um conceito negativo mesmo: ordem pública é bem jurídico distinto da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Enquanto a incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio vai servir como a própria razão de ser da criminalização das condutas a ela contrárias, a ordem pública é algo também socialmente valioso e por isso juridicamente protegido, mas que não se confunde mesmo com tal incolumidade. Mais que isso: cuida-se de bem jurídico a preservar por efeito, justamente, do modo personalizado ou das especialíssimas circunstâncias subjetivas em que se deu a concreta violação da integridade das pessoas e do patrimônio de outrem, como também da saúde pública. Pelo que ela, ordem pública, se revela como bem jurídico distinto daquela incolumidade em si, mas que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo próprio modo ou em função das circunstâncias em que penalmente violada a esfera de integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros. Daí a sua categorização jurídico-positiva, não como descrição de delito ou cominação de pena, mas como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelamento do 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. 4. Não há como desenlaçar a necessidade de preservação da ordem pública e o acautelamento do meio social. No mesmo passo em que o conceito de ordem pública se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio, ele se liga umbilicalmente ao conceito de acautelamento do meio social. Acautelamento que

não se confunde com a mera satisfação de um sentimento generalizado de insegurança, senão com medidas de efetiva proteção de uma certa comunidade; ou seja, se a ambiência fática permite ao magistrado aferir que a liberdade de determinado indivíduo implicará a insegurança objetiva de outras pessoas, com sérios reflexos no seio da própria comunidade, abre-se espaço para o manejo da prisão em prol da ordem pública. Insegurança objetiva, portanto, que direciona o juízo do magistrado para a concretude da realidade que o cerca. Não para um retórico ou especulativo apelo à indeterminação semântica daquilo que tradicionalmente se entende por “paz pública”. 5. No caso, a custódia preventiva do paciente não foi decretada tão-somente em meras suposições de risco à garantia da ordem pública, ou na gravidade em abstrato do crime debitado ao paciente. **Trata-se de decisão que indicou objetivamente dados concretos quanto à premente necessidade de acautelamento do meio social, notadamente quanto ao modus operandi brutalmente incomum. Deveras, quando da maneira de execução do delito sobressair a extrema periculosidade do agente, o decreto de prisão ganha a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o modus operandi do suposto crime e a garantia da ordem pública. Isso na linha de que a liberdade do paciente implicará a insegurança objetiva de outras pessoas, com sérios reflexos no seio da própria comunidade.** 6. Ordem denegada. (STF - HC: 111244 SP, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 10/04/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-124 DIVULG 25-06-2012 PUBLIC 26-06-2012) (BRASIL, 2012c, grifo nosso).

4.5 A garantia da ordem pública, a periculosidade do agente e o risco de reiteração delitiva

Pereira (2011) afirma que a periculosidade do agente e o risco de reiteração delitiva são critérios que se complementam e geralmente se confundem, uma vez que a periculosidade do agente regularmente é deduzida pelo risco que este possui de voltar a delinquir, ou seja, o risco de reiteração delitiva é o meio pelo qual se define a periculosidade do agente.

A periculosidade do agente, conforme dito anteriormente, é o grande vetor interpretativo da garantia da ordem pública. Na visão dos Tribunais Superiores, quando estamos diante de um indivíduo de alta periculosidade, sobretudo os reincidentes, a prisão preventiva faz-se necessária para acautelar a ordem pública, conforme demonstram os julgados *in verbis*:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. ARTS. 121, § 2º, INCISOS II E IV, COMBINADO COM ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MODUS OPERANDI E REITERAÇÃO DELITIVA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA PRISÃO. I - A prisão cautelar, a teor do art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República, é medida excepcional de privação de liberdade, cuja adoção somente é possível quando as circunstâncias do caso concreto, devidamente fundamentadas no art. 312, do Código de Processo Penal, demonstrarem sua imprescindibilidade. II - **Demonstrados os requisitos necessários para a manutenção da prisão processual, de rigor sua manutenção,**

porquanto a necessidade da garantia da ordem pública encontra-se devidamente fundamentada na periculosidade do Recorrente, evidenciada no modus operandi da prática criminosa, consistente na tentativa de homicídio qualificado pelo motivo fútil e por impossibilitar a defesa da vítima, em que os Acusados efetuaram diversos disparos de arma de fogo contra a mesma, dentro de um ônibus coletivo e em horário extremamente movimentado, vindo a ferir terceira pessoa, e, com a fuga da vítima, continuaram a efetuar disparos de arma de fogo em sua direção, bem como pela reiteração delitiva. Precedentes. III - Dadas as circunstâncias anteriormente destacadas, as quais demonstram a necessidade e adequação da segregação cautelar do Paciente, torna-se evidente a ineficácia das cautelas alternativas, apontadas nos arts. 319 e 320, do Código de Processo Penal, no que se refere à garantia da ordem pública no caso dos autos (v.g. HC 268.275/MG, 5ª T, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 04.06.13, DJe 13.06.13 e RHC 39449/MG, 5ª T, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 05.09.13 e DJe 11.09.13). IV - Recurso ordinário em Habeas corpus improvido. (STJ - RHC: 42177 ES 2013/0368414-0, Relator: Ministra REGINA HELENA COSTA, Data de Julgamento: 27/05/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/06/2014) (BRASIL, 2014, grifo nosso).

Ementa: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. (CP, ART. 171). PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS (CRFB, ART. 93, INCISO IX). PRISÃO PREVENTIVA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ORDEM PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FUMUS COMISSI DELICTI. APARÊNCIA DO DELITO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. RÉU EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO DURANTE 6 (SEIS) ANOS. ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FUGA. REITERAÇÃO DELITIVA DEMONSTRADA POR NUMEROSOS INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIAS EM CURSO. ELEMENTOS CONCRETOS PARA A PRISÃO CAUTELAR CONFIGURADOS. 1. O princípio constitucional da motivação das decisões judiciais, consagrado pelo inciso IX do art. 93 da Constituição da República, quando manifestado no decorrer da persecução penal, transmuda-se em garantia do Estado democrático de direito. 2. A prisão preventiva deve ter amparo nos requisitos legais e nos elementos concretos e fáticos dos autos, restando insuficiente a mera remissão ao art. 312 do Código de Processo Penal. 3. A natureza jurídica de medida cautelar da prisão preventiva exige o fumus comissi delicti, consubstanciado na prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. [...] 7. **A folha de antecedentes criminais do réu indica que há diversas investigações, antigas e recentes, além de uma condenação por crime da mesma espécie, havendo risco ponderável de reiteração delitiva.** 8. Idoneidade do decreto de prisão cautelar fundado: i) em assegurar a aplicação da lei penal, considerado que o réu permaneceu em local incerto e não sabido por 6 (seis) anos; ii) na garantia da ordem pública, devido à folha de antecedentes que demonstra vários inquéritos policiais em curso, denotando a reiteração delitosa. 9. Ordem denegada. (STF - HC: 103330 MG, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 21/06/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-152 DIVULG 08-08-2011 PUBLIC 09-08-2011 EMENT VOL-02562-01 PP-00098) (BRASIL, 2011c, grifo nosso).

Observa-se que o modo de execução do delito, de acordo com a visão do STF e STJ, demonstra a periculosidade do agente, assim como sua folha de antecedentes criminais. Tal entendimento encontra guarita na maior parte da doutrina, que defende que em tais casos haveria de se admitir, excepcionalmente, a imposição da prisão preventiva, porque é inconcebível manter solto um indivíduo considerado extremamente perigoso. Dessa forma, a

prisão preventiva estaria legitimada para resguardar a ordem pública, que passa a ser entendida como ameaçada quando o acusado supostamente praticou o delito de forma especialmente cruel e há fundado risco de que este, em liberdade, pratique novos delitos. Trata-se, portanto, de um juízo de periculosidade com base na folha de antecedentes criminais e dos maus antecedentes do acusado, assim como pelo modo de execução do crime.

A corrente doutrinária que admite a prisão preventiva para garantia da ordem pública estabelece a periculosidade do agente e o risco de reiteração delitiva como justificativas legítimas para o encarceramento cautelar com base na proteção a ordem pública. Entende que, nesse caso, a prisão preventiva seria dotada de natureza cautelar, não havendo de se falar, pois, na inconstitucionalidade da medida por violação ao princípio da presunção de inocência.

A cautelaridade residiria no fato de que essa prisão possui o objetivo de resguardar o resultado útil do processo, na medida em que, com a eventual sentença condenatória e prisão do suspeito, pretende-se também proteger a sociedade do convívio com esse indivíduo e evitar que este volte a cometer crimes (WEYNE, 2016). Desse raciocínio, depreende-se que essa prisão seria dotada de cautelaridade, ainda que em menor grau, e de instrumentalidade, pois teria o condão de preservar a “eficácia social” do provimento final do processo, qual seja, a pena privativa que poderá ser imposta.

Nessa toada Lima (2016b) defende que a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública, havendo risco ponderável de reiteração delituosa pelo acusado, possui natureza cautelar, na medida em que há um perigo social na demora do provimento jurisdicional definitivo, e, se a pena possui o propósito de proteger a sociedade, impedindo que o autor do crime volte a praticar delitos, a prisão preventiva também estaria autorizada para resguardar esse fim.

Filiam-se a essa corrente doutrinária Távora e Alencar (2014), afirmando que, apesar de não ser possível decretar a prisão preventiva com fundamentos relacionados à gravidade da infração ou a repercussão do crime, a garantia da ordem pública poderá ser invocada como base do decreto prisional quando o acusado representa um risco pela real e concreta possibilidade de realizar novas infrações em liberdade.

Entretanto, a melhor doutrina reconhece a inexistência de cautelaridade e instrumentalidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública, apesar dos critérios adotados pelos Tribunais Superiores e os esforços doutrinários visando compatibilizá-la com a Constituição Federal de 1988, conforme será exposto a seguir.

4.6 A inexistência de natureza cautelar na prisão preventiva para garantia da ordem pública

Cabe, primeiramente, estabelecer a premissa de que toda prisão antes de uma sentença penal condenatória irrecorrível somente é legítima quando possui caráter exclusivamente cautelar, pois, do contrário, estar-se-á admitindo uma punição antecipada de um indivíduo que, à luz do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, é inocente.

Em sentido inverso, encontra-se a prisão decorrente de sentença penal condenatória, ou seja, a pena privativa de liberdade. O sistema penal brasileiro adota a teoria mista da pena¹⁶, e, portanto, esta tem dupla finalidade: retribuir o mal cometido pelo condenado (finalidade retributiva) e evitar a prática de infrações penais (finalidade preventiva¹⁷). Todavia, esta medida somente é cabível diante da certeza do cometimento do delito por parte do acusado, a quem se pode, a partir de então, considerar-se culpado. Somente a pena de prisão, aplicada após o devido processo legal, com apuração da verdade através de todos os meios processuais cabíveis, se justifica enquanto medida de justiça e de controle de violência.

Estabelecer esse paradigma não é desmerecer a importância da prisão como forma de repressão estatal ao crime; o que se deseja é delimitar a função de cada instituto pois, conforme dita Sanguiné (2014, p. 331), “Certamente, proteger a população dos delitos é uma das obrigações do Estado. Mas do que se trata o processo penal é precisamente de averiguar a verdade”.

A custódia preventiva, por ser medida cautelar aplicável no decorrer do processo penal, e nunca de forma alheia a este, somente é legítima quando útil ao processo. Sobre tal diferenciação, explica Guardia (2010, p. 1128):

¹⁶ Essa teoria foi expressamente adotada pelo Código Penal Brasileiro no art. 59, *caput*, que dispõe que a pena será estabelecida pelo juiz “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (MASSON, 2014, p. 543).

¹⁷ A função preventiva da pena possui o aspecto geral, que se destina a controle da violência de forma generalizada e o aspecto especial, que diz respeito à pessoa do acusado. A prevenção geral positiva demonstrar a eficácia do Direito Penal através da aplicação da pena, enquanto a prevenção geral negativa busca desencorajar a prática de crimes pelos cidadãos. A prevenção especial negativa, por sua vez, busca desencorajar a prática de novos crimes pelo condenado, ou seja, a reincidência. A prevenção especial positiva, por sua vez, pretende ressocializar a pessoa do condenado através da aplicação da pena (MASSON, 2014).

A pena cumpre não apenas o interesse coletivo, quando analisados os aspectos da prevenção geral e específica – expressos respectivamente pelo caráter de exemplaridade da medida e pelo afastamento do imputado do meio social – como também pode ter o caráter individual de reeducar o delinquente. Diversamente daquela, a medida cautelar tem escopo único e não objetiva emendar o réu, retribuir um mal, nem eliminar juridicamente o crime. Assim se fala que a prisão preventiva, tal e qual as outras modalidades de prisão provisória, é fundada em necessidade instrumental, e, portanto, medida meramente cautelar.

Os defensores da constitucionalidade da prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública afirmam existir caráter instrumental da medida, posto que esta serviria a uma suposta “finalidade social” do processo, de garantir a paz pública. Defendem, ainda, que não haveria de se falar em insegurança jurídica, pois a sua aplicação se daria pela aferição das circunstâncias concretas do crime, em um juízo de periculosidade do agente, de forma que caberia a relativização do princípio da presunção de inocência em nome do princípio do interesse público e do direito a segurança pública constitucionalmente esculpido (SANGUINÉ, 2014). Contudo, tal posicionamento, à luz de uma interpretação conforme a Constituição, não merece prosperar.

Conforme ensina Lima (2003), o princípio constitucional da presunção de inocência desdobra-se em duas facetas: a primeira, atua como regra de tratamento do acusado ao longo do processo, de forma que este deverá ser tratado como inocente, e, portanto, sua prisão nesse momento será uma exceção; a segunda, atua como regra de juízo, estabelecendo que caberá ao acusador ou ofendido provar suas acusações, e não ao acusado demonstrar sua inocência, de modo que em caso de dúvida, imperiosa será sua absolvição.

Nessa perspectiva, pode-se dizer que a prisão antes do trânsito em julgado somente é possível porque o princípio da presunção de inocência, não é aplicado de forma absoluta no ordenamento jurídico brasileiro¹⁸. Contudo, observa-se que a prisão preventiva é uma mitigação de uma garantia constitucional, motivo pelo qual é imperioso atentar ao limite constitucionalmente estabelecido para esse instituto, que é a sua finalidade de proteger o regular andamento do processo e seu eventual resultado, bem como interpretá-lo de modo restritivo.

Essa finalidade, inexoravelmente, encontra-se deturpada quando o fundamento da prisão preventiva é a garantia da ordem pública, ainda que aplicada com base na gravidade do delito e periculosidade do agente, como parece ser a atual delimitação dada à prisão preventiva para garantia da ordem pública na visão dos Tribunais Superiores e doutrina

¹⁸ A CF/88 admite a prisão provisória nos casos de flagrante (CF, art.5º, LXI) e crimes inafiançáveis (CF, 5º, XLIII), razão pela qual pode-se afirmar que o legislador infraconstitucional está autorizado a disciplinar sobre o tema, sem ofensa à presunção de inocência (CAPEZ, 2014).

majoritária. Nesse diapasão, discorre Lima (2003, p. 155):

O problema aparece quando a prisão preventiva, que somente se admitiria se houvesse necessidade em face do perigo de fuga e alteração de provas, passa a ser banalizada sob a alegação da gravidade do delito e da periculosidade do sujeito. Temos, então, a perversão do instituto, pois “estas medidas perdem o caráter processual, isto é, de instrumento a serviço do processo, para transformarem-se numa medida de defesa social, contra os acusados socialmente perigosos”. Deixa de ser uma medida cautelar, recaindo sobre o imputado uma presunção de periculosidade baseada unicamente na suspeita do delito cometido, equivalendo, assim, a uma presunção de culpabilidade. [...] Assim, as prisões preventivas mostram-se ilegítimas, representando uma execução provisória (ou antecipada da pena), cuja principal finalidade seria a prevenção frente aos sujeitos perigosos ou suspeitos, contrariando o princípio da *nulla poena sine iudicio*.

Na aplicação do requisito da garantia da ordem pública nos casos em que se demonstra de forma concreta a periculosidade do agente, o que se observa é que a prisão com essa justificativa inevitavelmente perde sua serventia estritamente processual, sendo utilizada como medida de defesa social. A prisão preventiva, quando baseada na garantia da ordem pública, foge do seu caráter instrumental na medida em que seu propósito evidentemente não é tutelar o andamento e o resultado do processo, mas sim, por fim a insegurança social gerada por alguém que possui contra si indícios de autoria de um crime.

Justificar a prisão do indivíduo em razão de sua periculosidade e para evitar a reincidência é em admitir a função de prevenção à prisão preventiva, e não se pode deduzir que as funções da pena podem ser emprestadas à prisão preventiva tão somente pelo fato desta servir para proteção de eventual aplicação daquela. Segundo Delmanto Junior (2001, p. 178-179) defender a prisão preventiva sob esse critério é defender uma dupla presunção: “[...] a primeira, de que o imputado realmente cometeu um delito; a segunda, de que, em liberdade e sujeito aos mesmos estímulos, praticará outro crime ou, ainda, envidará esforços para consumir o delito tentado”. Todavia, a presunção admitida pela Constituição é a de inocência, e não a de culpa.

No mesmo diapasão, Guardia (2010, p. 1146) aponta que a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública fere o princípio da presunção de inocência, segundo o seguinte raciocínio:

A presunção de inocência relaciona-se imediatamente aos valores ideológicos e humanistas que atuam para garantir os interesses do acusado no processo penal. Corresponde também a uma técnica que contribui para a segurança e certeza do Direito, indicando ao magistrado verdadeira regra de julgamento diante da incerteza: pesa ao órgão acusador o ônus probatório; há que ser superada a presunção *iuris tantum* de inocência (*in dubio pro reo*). Diante desta perspectiva, Antonio Magalhaes Filho destaca a natureza política do princípio: os direitos individuais são

resguardados do interesse coletivo de repressão penal. Todavia, em posição diametralmente inversa a presunção de inocência – tal como vértices opostos de um polígono – a garantia da ordem pública funda-se não ao primado da preponderância da Pessoa, em contraposição à coletividade, mas sim, na constatação da existência de interesses orgânicos que, alusivos a todos, se sobrepõe a individualidade de tratamento.

Lopes Júnior (2014) afirma que a prisão preventiva para garantia da ordem pública é substancialmente inconstitucional, uma vez que seus fins não são puramente cautelares e processuais e enquanto medida cautelar a prisão preventiva somente se legitima sob esses fins.

O supracitado autor tece críticas a respeito do risco de reiteração de delitos como embasamento para decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública, uma vez que esse argumento é embasado em previsões futuras e, portanto, incertas. Nas palavras de Lopes Júnior (2014, p. 871):

A prisão preventiva para garantia da ordem pública sob o argumento de “perigo de reiteração” bem reflete o anseio mítico por um direito penal do futuro, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer. Nem o direito penal, menos ainda o processo, está legitimado à pseudotutela do futuro (que é aberto, indeterminado, imprevisível). Além de inexistir um *periculosômetro* (tomando emprestada a expressão de ZAFARONNI), é um argumento inquisitório, pois irrefutável. Como provar que amanhã, se permanecer solto, não cometerei um crime? Uma prova impossível de ser feita, tão impossível como a afirmação de que amanhã eu o praticarei. Trata-se de recusar o papel de juízes videntes, pois ainda não equiparam os foros brasileiros a bolas de cristal [...].

Há de se levar em conta que por ser o mais maleável dos requisitos autorizativos da prisão preventiva, este requisito, na prática, permite seu uso exacerbado por parte dos julgadores, de maneira a transmutar sua natureza de medida de exceção para regra geral. Trata-se de uma ampliação indevida das possibilidades de prisão preventiva, que, consoante já foi exaustivamente exposto, é medida excepcional e deve ser interpretada e aplicada com extrema cautela.

Sobre a utilização do termo garantia da ordem pública, discorre Sanguiné (2014, p. 284):

Com fronteiras nebulosas e incertas, variando ao gosto da subjetividade dos juízes, o motivo da ordem pública se afirma como uma justificativa que se pode manobrar em todos os sentidos. Seu exato significado nunca foi realmente elaborado, mas constitui uma maneira deturpada de reagir à gravidade do crime cometido e à possível reação da sociedade. O motivo está, portanto, estreitamente relacionado à punição do crime e à extensão da desaprovação social de determinado comportamento.

Guardia (2010) explica que a vagueza da expressão ordem pública permite inúmeras interpretações, constantemente ligadas à defesa social, de maneira que a fundamentação dessa prisão inevitavelmente se afastará da legalidade e certeza jurídica, autorizando juízes a formular definições essencialmente persuasivas, ocultam juízos de valor, violando, por consequência as garantias constitucionais de paridade das armas e da garantia do contraditório no processo penal.

Isso porque, conforme explica o supracitado autor, o “abalo à ordem pública”, na medida em que pode ter inúmeros significados, pode ser comprovado por inúmeros meios, havendo em tal situação um exacerbado juízo valorativo por parte do magistrado, que em sua decisão fará uso de uma retórica argumentativa afastada da racionalidade, fato este que limita o efetivo exercício do contraditório, pois dificulta à defesa a refutação da tese acusatória.

Lima (2003) afirma que a decisão que decreta a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública sempre será autoritária, porque invariavelmente conterà um juízo de valor ocasionado pela vagueza e ambiguidade da expressão. Sendo assim, ofenderá os axiomas garantistas da *nulla accusatio sine probatione* – não se pode admitir uma segregação que não esteja embasada num fundamento concreto e definido pela legislação – e da *nulla probatio sine defensione* – não é possível o exercício da defesa pois não há como se fazer a contraprova.

No mesmo sentido, explica Sanguiné (2014, p. 302):

A clausula da ordem pública constitui um recurso retórico introduzido pelo legislador que resulta da propagação do discurso *law and order* que alimenta a legislação processual penal de emergência e que cristaliza um conceito que contém evidente carga emocional, cujo significado real depende de fungíveis conteúdos axiológicos ou ideológicos, dependentes unicamente da própria sensibilidade do juiz, e por essa impossibilidade de estabelecer limites é incompatível com o Estado de Direito, na medida em que permite sempre sobrepor o interesse da repressão em detrimento dos direitos e garantias individuais. No conceito indeterminado de ordem pública é possível encaixar quaisquer tipos de finalidades de encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas relacionadas as necessidades do processo penal.

Pode-se concluir, portanto, que a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública, além de cair inevitavelmente em um pré-julgamento de culpabilidade do autor, acaba por violar o princípio do contraditório e do devido processo legal, não podendo ser considerada, pois, medida essencialmente cautelar.

5 CONCLUSÃO

Diante da real necessidade de garantir a efetividade à persecução penal, é inquestionável a imprescindibilidade do uso da prisão preventiva em situações demasiadamente necessárias e graves, em que as medidas cautelares de natureza pessoal alternativas ao cárcere não sejam suficientes. Entretanto, diante da característica cautelaridade e instrumentalidade das medidas cautelares, tais circunstâncias devem ser relativas ao processo (ou ao procedimento investigativo).

Sendo assim, ratifica-se que a prisão preventiva é instrumento cautelar válido, presentes os seus pressupostos materiais (prova da materialidade e indícios suficientes de autoria), e quando utilizada para assegurar a aplicação da lei penal, por conveniência da instrução, ou, ainda, em caso de descumprimento de medida cautelar alternativa (uma vez demonstrado que esta não é suficiente para os fins que foi aplicada).

Ainda que dentro desses moldes, a prisão preventiva deve estar devidamente fundamentada em motivos concretos, não sendo concebível o encarceramento do acusado por meras ilações ou conjecturas, tampouco a mera menção do dispositivo legal que a justifica.

Contudo, resta evidente que a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública carece de legitimidade. Se, de um lado, é prevista em lei como um requisito formalmente válido para embasar o decreto preventivo, de outro, observa-se que lhe falta identidade cautelar e por isso, é evidente sua inconstitucionalidade material.

Com efeito, a manutenção da previsão de garantia da ordem pública (expressão de cunho fascista e natureza extremamente abstrata) como requisito autorizador de uma medida tão excepcional quanto a prisão preventiva revela-se extremamente ameaçadora ao Estado Democrático de Direito. A imprecisão é especialmente grave, pois a prisão preventiva enquanto instituto processual penal de extrema exceção necessita de fundamentos consistentes e balizas legais precisas, sob pena de permitir a decretação de prisões arbitrárias.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores, na tentativa de reverter a exacerbada vagueza do termo, delimita as condutas passíveis de demonstrar perigo a ordem pública, estabelecendo que o clamor público, a credibilidade da justiça e a potencialidade lesiva não devem servir como fundamento da prisão preventiva da ordem pública.

Concluiu-se que os decretos prisionais justificados pela comoção popular diante do cometimento crimes bárbaros reveste-se de um sentimento de vingança, diante do qual o juiz não pode se curvar, a menos que abra mão de sua parcialidade e da presunção de inocência do suspeito. Também foi afastada a legitimidade da prisão preventiva para garantia

da ordem pública com a finalidade de reestabelecer a credibilidade da Justiça, entendendo-se que o acusado não pode arcar com o ônus de dar confiabilidade para as instituições de Justiça. Da mesma forma, a potencialidade lesiva foi abandonada como fundamento da prisão preventiva, uma vez compreendido que não se pode conceber a prisão preventiva obrigatória em crimes graves, ignorando a necessidade de embasamento concreto de todas as medidas cautelares.

Consoante a doutrina majoritária, o STF e STJ atrelou a possibilidade decretação da prisão preventiva para casos em que há risco ponderável de reiteração do delito e periculosidade do agente, evidenciada pelo *modos operandi* do delito e de maus antecedentes.

Apesar de essa diretriz ter amenizado o problema decorrente da vagueza da expressão garantia da ordem pública restringindo o âmbito de incidência dessa prisão preventiva, persiste como óbice à sua legitimidade a evidente violação a presunção de inocência que acontece ao permitir que um indivíduo, sem sentença condenatória com trânsito em julgado, seja enclausurado por motivos alheios ao processo.

Em que pese a alegação por parte da doutrina de que a natureza cautelar e instrumental da prisão preventiva permanece, o que se percebe é que os decretos de prisão preventiva fundamentados na garantia da ordem pública, com base na periculosidade do agente, trazem consigo um juízo antecipado de culpabilidade do acusado. Desconsidera-se a presunção de inocência para aderir a uma presunção de periculosidade do indivíduo, ignorando a garantia que este possui de não ser considerado culpado antes do provimento jurisdicional definitivo. Dessa forma, a prisão preventiva tem sua finalidade maculada, passando a ser utilizada não como forma de tutela do processo, mas como verdadeira antecipação da pena.

O combate à violência faz parte da atividade administrativa do Estado, e a prisão a ser utilizada para prevenção de delitos é a prisão penal. A prisão preventiva não é meio legítimo, tampouco eficaz, para esse mister.

Sendo assim, o que se depreende do presente trabalho monográfico é que, apesar do empenho doutrinário e jurisprudencial para justificar a utilização da garantia da ordem pública como requisito para decretação da prisão preventiva, não há esforço hermenêutico que solucione o seu defeito essencial: não é medida verdadeiramente cautelar e seu uso inevitavelmente violará importantes garantias processuais penais, motivo pelo qual não merece permanecer no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gabriel Bertin de. Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 71-85, jul./set. 2003.

_____. A prisão preventiva para a garantia da ordem pública na Lei 12.403/11. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 19, n. 229, p. 14-16, dez. 2011.

ALVES, Rogério Pacheco. O poder geral de cautela no processo penal. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 22, 2003.

AVENA, Norberto. **Processo penal**: esquematizado. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. Desconstruindo a ordem pública e reconstruindo a prisão preventiva. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 10, n. 39, p. 51-57., out./dez. 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 31, n. 113, p. 71-82, set. 2011.

BELLOQUE, Juliana Garcia. Os fins legítimos da prisão preventiva e sua decretação para a garantia da ordem pública. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, 61/62, p. 309-334, jan./dez. 2005.

BOTINNI, Pierpaolo Cruz. Mais reflexos sobre a lei 12.403/11. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 19, n. 223, p. 13, jun. 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/bdtextual/const88/const88i.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

_____. Código de Processo Penal. Decreto- lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Brasília, DF, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016.

_____. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. Brasília, DF, 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 15 dez. 2016.

_____. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

_____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 15 dez. 2016.

_____. Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Brasília, DF, 2009b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm>. Acesso em: 15 dez. 2016.

_____. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, DF, 2011a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 15 dez. 2016.

_____. Projeto de lei nº 4.208, de 2001. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal – relativos à prisão, medidas cautelares e liberdade, e dá outras providências. Brasília, DF, 2001. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26558>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

_____. RHC: 83179 PE, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 01/07/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 22-08-2003 PP-00022 EMENT VOL-02120-35 PP-07299. Brasília, DF, 2003. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14744490/recurso-em-habeas-corporus-rhc-83179-pe>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ - HC: 80269 SP 2007/0071083-2, Relator: Ministra Laurita Vaz, Data de Julgamento: 04/10/2007, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJ 05/11/2007 p. 317. Brasília, DF, 2007a. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19200057/habeas-corporus-hc-80269-sp-2007-0071083-2/inteiro-teor-19200059>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ - HC: 91083 BA 2007/0223383-0, Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Julgamento: 21/02/2008, T6 - Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 10/03/2008. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ - RHC: 25753 AM 2009/0053638-5, Relator: Ministro OG Fernandes, Data de Julgamento: 04/06/2009, T6 - Sexta Turma, Data de Publicação: --> DJe 29/06/2009. Brasília, DF, 2009c. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6064422/recurso-ordinario-em-habeas-corporus-rhc-25753-am-2009-0053638-5/inteiro-teor-12202010>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ - HC: 151773 AL 2009/0210233-7, Relator: Ministra Laurita Vaz, Data de Julgamento: 14/06/2011, T5 - Quinta Turma, Data de

Publicação: DJe 28/06/2011. Brasília, DF, 2011b. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21107279/habeas-corpus-hc-151773-al-2009-0210233-7-stj?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ - RHC: 42177 ES 2013/0368414-0, Relator: Ministra Regina Helena Costa, Data de Julgamento: 27/05/2014, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 02/06/2014. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25104564/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-42177-es-2013-0368414-0-stj?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF - HC: 85519 PR, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 13/12/2005, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 17-03-2006 PP-00016 EMENT VOL-02225-03 PP-00489 RTJ VOL-00200-02 PP-00903 LEXSTF v. 28, n. 328, 2006, p. 378-386. Brasília, DF, 2005. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF - HC: 89501 GO, Relator: Celso de Mello, Data de Julgamento: 12/12/2006, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 16-03-2007 PP-00043 EMENT VOL-02268-03 PP-00530. Brasília, DF, 2007b. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF - HC: 99210 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 01/12/2009, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-03 PP-01031. Brasília, DF, 2009a. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14711410/habeas-corpus-hc-99210-mg>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF - HC: 100863 SP, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 04/12/2009, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-022 Divulg 04-02-2010 PUBLIC 05-02-2010 Ement Vol-02388-02 PP-00286. Brasília, DF, 2009d. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7171592/habeas-corpus-hc-100863-sp>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF - HC: 98776 SC, Relator: Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-195 Divulg 15-10-2009 PUBLIC 16-10-2009 Ement Vol-02378-03 PP-00546). Brasília, DF, 2009e. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5417193/habeas-corpus-hc-98776-sc>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF - HC: 95358 SC, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 08/06/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-03 PP-00680. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15459155/habeas-corpus-hc-95358-sc>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF - HC: 103330 MG, Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 21/06/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-152 Divulg 08-08-2011 PUBLIC 09-08-2011 Ement Vol-02562-01 PP-00098. Brasília, DF, 2011c. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20625888/habeas-corpus-hc-103330-mg-stf>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF - HC: 110132 SP, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 16/10/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-220 DIVULG 07-11-2012 PUBLIC 08-11-2012. Brasília, DF, 2012a. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22429771/segunda-extensao-no-habeas-corpus-hc-110132-sp-stf>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ - HC: 241212 DF 2012/0090168-8, Relator: Ministro Gilson Dipp, Data de Julgamento: 26/06/2012, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 01/08/2012. Brasília, DF, 2012b. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22038676/habeas-corpus-hc-241212-df-2012-0090168-8-stj?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF - HC: 111244 SP, Relator: Min. Ayres Britto, Data de Julgamento: 10/04/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-124 Divulg 25-06-2012 Public 26-06-2012. Brasília, DF, 2012c. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22085112/habeas-corpus-hc-111244-sp-stf?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF - HC: 115897 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 04/06/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-121 DIVULG 24-06-2013 PUBLIC 25-06-2013. Brasília, DF, 2013a. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23524398/habeas-corpus-hc-115897-df-stf>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF - HC: 115104 CE, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 22/10/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-223 DIVULG 11-11-2013 PUBLIC 12-11-2013, Brasília, DF, 2013b. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24655974/habeas-corpus-hc-115104-ce-stf>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

_____. HC: 109449 GO, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 28/05/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: PROCESSO ELETR?NICO DJe-119 DIVULG 20-06-2013 PUBLIC 21-06-2013. Brasília, DF, 2013c. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21490688/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-109449-go-stf>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: CEDAM, 1936.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAZABONNET, Brunna Laporte. **Prisão preventiva**: uma releitura da ordem pública sob a ótica da Constituição Federal de 1998. 2010. Monografia (Graduação) – PUCRS, Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/brunna_cazabonnet.pdf> Acesso em: 16 jan. 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. A ordem pública como fundamento da prisão cautelar: uma visão jurisprudencial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 89-93, out./dez. 1993.

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

GEMAQUE, Silvio César Arouck. Prisão cautelar ficou mais bem disciplina da Revista. **Consultor Jurídico**, maio 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-23/prisao-cautelar-ficou-bem-disciplinada-regime>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. **Prisão e medidas cautelares**: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: RT, 2011.

GONÇALVES, Marcus Vinicius. **Novo curso de direito processual civil**: execução e processo cautelar: volume 3. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Prisão preventiva: direitos fundamentais e garantia da ordem pública. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 105, p. 1121-1156, jan./dez. 2010.

LIMA, Camile Eltz de. A garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva: (in)constitucionalidade à luz do garantismo penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 3, n. 11, p. 148-161, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016a.

_____. **Código de processo penal comentado**. Salvador: Juspodivm, 2016b.

LOPES JÚNIOR, Aury. A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal. **Boletim IBCCRIM**, n. 203, out. 2009.

_____. **Prisões cautelares**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAGALHÃES, Lúcia Regina Esteves de. O novo regime das medidas cautelares no processo penal. In.: _____. **O novo regime jurídico das medidas cautelares no processo penal**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2011. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2017.

MARQUES, Dorval Braulio. Uma (re)definição da ordem pública [Jurisprudência comentada]. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 27, p. 68-80, ago./set. 2004.

MARQUES, Mateus. A prisão em flagrante não prende (mais) por si só. Breves reflexões acerca das alterações da Lei n° 12.403/2011. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, abr. 2012. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte geral. v. 1. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro; São Paulo: Método, 2014.

MELO, Marcelle Machado de Araújo. **Aplicação do poder geral de cautela previsto no código de processo civil ao processo penal brasileiro**: análise doutrinária e jurisprudencial da possibilidade de decretação de medidas atípicas no processo penal. 2014. Monografia (Graduação) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, 2014.

MENDES, Carlos Hélder. **Do sentimento de impunidade à banalização da extrema ratio**: uma análise discursiva das fundamentações dos decretos de prisão preventiva nas varas criminais de São Luís. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito Academia, 2016.

MINANGÉ, Thiago. **Prisões medidas cautelares à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública: uma análise sistêmica. **Revista de informação legislativa**, v. 25, n. 97, p. 133-154, jan./mar. 1988. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181828>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal**. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. rev. e ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2014.

_____; COSTA, Domingos Barroso. **Prisão preventiva e liberdade provisória**: a reforma da lei 12. 403/11. São Paulo: Atlas, 2013.

ORIONE NETO, Luiz. **Processo cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Márcio. **Questões polêmicas de processo penal para concursos jurídicos**. São Paulo: Edipro, 2011.

PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro. Breve análise crítica da Lei n. 12.403, de 2011, que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 19, n. 223, p. 10-11, jun. 2011.

RABELO, Galvão. A Lei n. 12.403/11 e a superação da tese da natureza cautelar da prisão em flagrante. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 19, n. 225, p. 10-11, ago. 2011.

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

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Costa dos Reis, Ana Leticia.

A prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública / Ana Leticia Costa dos Reis. - 2017.
73 f.

Orientador(a): Felipe Costa Camarão.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luis, 2017.

1. Garantia da ordem pública. 2. Prisão preventiva.
3. Processo penal. I. Costa Camarão, Felipe. II. Título.