

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Daniel Tóppor de Araújo

A PRISÃO PREVENTIVA PELA ORDEM PÚBLICA

Porto Alegre

2019

DANIEL TÓPPOR DE ARAÚJO

A PRISÃO PREVENTIVA PELA ORDEM PÚBLICA

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade

Porto Alegre

2019

A PRISÃO PREVENTIVA PELA ORDEM PÚBLICA

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade

Aprovado em:.....

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade

Prof. Dr. Odone Sanguiné

Prof. Dr. Marcus Vinícius Aguiar Macedo

A todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para que eu pudesse chegar até aqui.

AGRADECIMENTOS

Lembro como se fosse ontem do meu primeiro contato com a faculdade. Da chegada ao trote do “elefantinho”, no qual fiz meus primeiros cumprimentos aos colegas, da entrada ao castelinho bradando por todos os corredores ser o Direito da UFRGS o melhor do Brasil, daquela sensação boa e nova de ter entrado em uma universidade federal, da grande expectativa para o primeiro dia de aula.

Por óbvio que, à época, já tinha consciência de que um dia minha passagem pela Égrégia iria acabar, que todos iriam cada um seguir seu próprio rumo e que à vida seria dada continuidade. Inclusive, em razão dos meus anseios ocasionados pela própria faculdade, aquelas tais crises de “meia graduação”, esse foi o meu desejo: de que tudo acabasse logo.

Mas agora visualizo, pensando com os meus botões, que se fosse me dada a oportunidade de voltar no tempo e começar tudo de novo, eu voltaria sem pestanejar. E isso não em razão de talvez me dedicar mais ao curso ou qualquer coisa do tipo, mas sim em virtude das belas relações pessoais e amigáveis que construí.

Todavia, tal prerrogativa não nos é ofertada. Encerrou-se um ciclo. É tão somente hora de agradecer.

Inicialmente, gostaria de agradecer à minha mãe (Ana), esta que me carregou em seu ventre e que até minha chegada à faculdade nunca deixou de me amparar no que se refere aos estudos. À minha irmã Eduarda (Duda) que está comigo desde sempre, nas horas boas, mas, principalmente, nas horas ruins. A vocês todo meu amor de filho e irmão.

Aos meus amigos mais antigos. Iuri (meu parceiro desde os tempos de ensino médio), Matheus e Thiago, aos quais peguei apreço no cursinho pré vestibular e aos que me surgiram logo após (Bruno, Rudá, Lucca e Nando), além do meu agradecimento, a minha admiração por vocês. O meu sucesso é o de vocês assim como o de vocês é o meu. Quero todos perto de mim sempre que possível. Vamos seguindo.

Não poderia, é claro, deixar de fazer menção ao Atlético Constituinte, mais conhecido como ATF (Amizade Trago e Futebol), entidade da qual, com muita

honra, sou o camisa 10. A todos os integrantes, sem exceção, o meu muitíssimo obrigado, especialmente aos que, nessa jornada, estiveram um pouquinho mais perto de mim: Vinicius Adami Casal (Vini), Juliano Pozatti Moure (Ju), Alexandre Cardoso Pereira (Xande) , Wendell Larruscain da Silva, Paulo César Alves da Silva (Paulão) e Douglas Pereira Lima (Doug), sem os quais talvez eu não conseguiria dar conta de tudo. Orgulho-me de eternizar seus nomes aqui.

Menção há de se fazer também à AAAD (Associação Atlética Advogados do Diabo), a qual agradeço por me fazer recuperar o espírito de competitividade e liderança há muito guardados em mim, bem como por ter me propiciado momentos de grande alegria e lazer. A missão da atlética é essencial e a ela deve ser dada continuidade.

Agradeço também ao meu orientador, Professor Doutor Mauro Fonseca Andrade, pela paciência e pelo tempo despendido.

Por fim, agradeço à minha namorada Julia Ferreira Goulart, esta que acompanhou bem de perto toda essa empreitada e que não mediu esforços para me ajudar. Que desde a idealização deste trabalho até a última linha da conclusão estive do meu lado me dando forças para seguir em frente. Que, por conta da data de entrega que se aproximava, acordava comigo cedo e dormia bem tarde, ou, às vezes, para ficar ali do meu lado, sequer dormia.

Tu foste importante demais para a feitura deste trabalho, Julia, pode ter certeza disso. Todo agradecimento pra ti é pouco. Te amo.

Na vida nada é gratuito. Quem hoje está acomodado, amanhã pode ser vítima também do discurso de vingança. Os inimigos mudam muito rápido.

Eugenio Raúl Zaffaroni

RESUMO

O exposto trabalho versa sobre a prisão preventiva pela ordem pública, mais especificamente acerca das interpretações dadas à expressão “ordem pública”, sendo o exame destas o objeto principal da presente monografia. Nessa seara, são abordadas, porquanto também se tratam de prisões cautelares, a prisão em flagrante e a prisão temporária, as quais, assim como a prisão preventiva (da qual se emana o caráter cautelar e excepcional), são confrontadas com o princípio da presunção de inocência, haja vista a problemática que envolve as prisões provisórias. Dado seguimento, concebida a compatibilidade entre as prisões cautelares e o princípio da presunção de inocência, analisa-se a teoria geral da prisão preventiva, sendo exposta toda sua regulamentação. Ato contínuo, concentra-se o presente estudo a seu tema principal, qual seja a prisão preventiva pela ordem pública, sendo retirada desta expressão (ordem pública) as acepções do clamor público, da gravidade do delito e do risco de reiteração delitiva. Por fim, busca-se atribuir legitimidade ou ilegitimidade a tais acepções, eis que possuem finalidades extraprocessuais e não instrumentais como haveria de ser.

Palavras-Chave: Direito Processual Penal. Prisão Preventiva pela Ordem Pública. Clamor Público. Gravidade do Delito. Reiteração Delitiva.

ABSTRACT

The present work debates on the preventive imprisonment for the guarantee of the public order, more specifically, regarding the interpretations given by the expression "public order", being the study of that, the main context of this monography. Besides including precautionary arrests, this work will address the arrest in the act and temporary arrests, in which, just as the preventive detention (from which the precautionary and exceptional character emanates) with de presumption of innocence, given the problematic that involves the interim prison. Follow the procedure, given the compability between the precautionary prisons and the principle of presumption of innocence, the general theory of preventive detention is analyzed, with all its regulations being exposed. Act continuous, the current study concentrates on its main subject, whatever it may be the preventive prison by the public order, being removed from this expression (public order) the meaning of public outcry, seriousness of crime, and the risk of delirious reiteration. Finally, this seeks to attribute legitimacy or illegitimacy to such meanings, as they have extra procedural purposes and not instrumental purposes as they should be.

Keywords: Criminal Procedural Law. Preventive Imprisonment for the guarantee of the Public Order. Public Outcry. Seriousness of Crime. Delirious Reiteration

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	DAS PRISÕES CAUTELARES	13
2.1	DA PRISÃO EM FLAGRANTE	13
2.2	DA PRISÃO TEMPORÁRIA	17
3	DA PRISÃO PREVENTIVA: NOÇÕES GERAIS	24
3.1	DO CARÁTER CAUTELAR DA PRISÃO PREVENTIVA	25
3.2	DO CARÁTER EXCEPCIONAL DA PRISÃO PREVENTIVA	26
4	DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA EM RELAÇÃO ÀS PRISÕES CAUTELARES	27
5	DA PRISÃO PREVENTIVA PROPRIAMENTE DITA	32
5.1	DO MOMENTO PARA A DECRETAÇÃO DA PREVENTIVA	33
5.2	DA PROBLEMÁTICA QUE ENVOLVE A PRISÃO PREVENTIVA POR CONVERSÃO	34
5.3	DOS PRESSUPOSTOS PARA A PRISÃO PREVENTIVA E DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DA MEDIDA	38
5.4	DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA	42
5.4.1	Da decretação da prisão preventiva por conveniência da instrução criminal	42
5.4.2	Da decretação da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal	43
6	DA PRISÃO PREVENTIVA PELA ORDEM PÚBLICA	46
6.1	A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA EM RAZÃO DO CLAMOR PÚBLICO	48
6.2	A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA DIANTE DA GRAVIDADE DO DELITO.	52
6.3	A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA PARA EVITAR A REITERAÇÃO DELITIVA	56
7	CONCLUSÃO	61
	REFERÊNCIAS	65

1 INTRODUÇÃO

Mostra-se de todo pertinente o estudo e a análise acerca da legitimidade ou ilegitimidade das chamadas prisões cautelares, ainda mais nos tempos atuais, em que se resguardam direitos e garantias fundamentais, sendo a liberdade um dos bens jurídicos mais preciosos e tutelados do nosso ordenamento. Nesse enfoque, serão abordadas na presente monografia as mais notáveis segregações provisórias, analisando-se com mais afinco a questão da prisão preventiva sob a égide da ordem pública. Tal segregação que há muito tem sido utilizada pelo judiciário brasileiro apesar da controvérsia quanto à sua real finalidade, assim como em relação a sua compatibilidade com o princípio da presunção da inocência.

Assim sendo, tem-se como objetivo central do exposto trabalho o exame da prisão preventiva sob o critério da ordem pública, da qual (expressão “ordem pública”) se faz possível extrair variadas acepções, sendo estas objeto de grande discussão doutrinária e jurisprudencial. Da análise da segregação em comento ante o referido aspecto, serão apreciadas as diferentes circunstâncias pelas quais se poderiam decretar a reprimenda, sendo expostas as críticas pertinentes a cada uma, bem como verificadas se permanecem como sendo legítimas ou não.

De início, para melhor sistematização, tratar-se-ão as demais prisões provisórias, quais sejam a prisão em flagrante e a prisão temporária, na medida em que, apesar de possuírem suas próprias especificidades, relacionam-se quase que diretamente com a prisão preventiva. Serão explicitadas suas conceituações, as legislações pertinentes, suas hipóteses de incidência, seus pressupostos e requisitos, bem como dispostas algumas circunstâncias que as diferenciam da prisão preventiva e colacionadas algumas discussões a respeito de cada instituto.

Em seguida, será examinado o instituto da prisão preventiva, sendo apresentadas, inicialmente, noções gerais acerca da reprimenda, ocasião em que será acentuada sua conceituação, bem como sua regulamentação. Ademais disso, serão destacados o caráter cautelar e excepcional da medida. Caráter cautelar, o qual nos remonta à ideia da utilização da prisão preventiva com a finalidade de se resguardar o resultado efetivo do processo, relacionando-se tão somente à persecução criminal, possuindo o estabelecimento da segregação provisória, por conta disso, característica instrumental, autônoma e temporária. Excepcional, pois,

trata-se a prisão preventiva de medida coercitiva do Estado de extrema gravidade, a qual deverá ser imposta tão somente quando preenchidos pressupostos e circunstâncias, sendo cabível apenas para determinados tipos de delitos e na insuficiência de outra medida cautelar menos gravosa.

Examinadas tais questões, passar-se-á à análise do princípio da presunção da inocência, situação em que será ilustrada sua relevância, principalmente com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil. Abordar-se-á, outrossim, as garantias do aludido princípio, tanto no campo probatório quanto no campo do tratamento, sendo, ao fim, debatida a questão da compatibilidade ou incompatibilidade do referido princípio em relação às prisões cautelares.

Dado seguimento, ter-se-á, já na metade final da presente monografia, o estudo da prisão preventiva propriamente dita, momento em que será tratada sua teoria geral. Serão apresentadas, nesse ponto, as oportunidades em que se pode decretar a referida medida, a problemática que envolve a imposição da reprimenda por conversão (se de ofício ou não), os pressupostos, as hipóteses de cabimento e os fundamentos, estes delimitados no que se refere à conveniência da instrução criminal e à aplicação da lei penal, sendo, a prisão preventiva com fundamento na ordem pública, por óbvio, examinada com mais ardor em capítulo próprio.

Por fim, conforme aludido, examinar-se-á a circunstância particular da prisão preventiva pela ordem pública, sendo esta o objeto principal do presente trabalho. Nesse seguimento, por conta do indeterminismo do vocábulo “ordem pública”, serão verificados os sentidos empregados pela doutrina e jurisprudência do STF ao termo. Das diversas significações dadas à expressão, limitar-se-á a pesquisa às acepções mais relevantes, tais quais as prisões preventivas que se relacionam ao clamor público, à gravidade do delito e ao risco de reiteração delitiva, sendo apresentadas, diante da problemática que envolve suas verdadeiras finalidades e as consequências que isso importa, as críticas direcionadas a cada uma dessas.

2 DAS PRISÕES CAUTELARES

Por tratar-se a prisão preventiva de uma medida cautelar de natureza pessoal – segregação e características estas que serão melhores examinadas *a posteriori* –, mostra-se necessária a explanação, ainda que de forma superficial, das outras medidas de mesmo cunho. Aqui, atentar-se-á às chamadas “prisões provisórias” mais notáveis, quais sejam a prisão em flagrante e a prisão temporária.

Primordialmente, no que diz respeito às denominadas prisões provisórias, importante mencionar a conceituação trazida por Odone Sanguiné, em sua obra *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*. Segundo o autor, a prisão provisória (*prisión provisional*) é um mal necessário, em todos os ordenamentos jurídicos, consubstanciada em uma medida de coação (*medida de coacción*) que representa a ingerência mais grave que o Estado pode exercer na liberdade individual.¹

2.1 DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Espécie afamada de segregação provisória, a prisão em flagrante, estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro do artigo 301 ao 310 do Código de Processo Penal (CPP)², é uma medida de autodefesa social, que se caracteriza pela

¹ SANGUINÉ, Odone. **Prisión Provisional y Derechos Fundamentales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 23.

² “Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.” “Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.” “Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.” “Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto. § 1º Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja. § 2º A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade. § 3º Quando o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas, que tenham ouvido sua leitura na presença deste. § 4º Da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.” “Art. 305. Na falta ou no impedimento do escrivão, qualquer pessoa designada pela autoridade lavrará o auto, depois de prestado o compromisso legal.” “Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à

privação da liberdade de locomoção, independentemente de prévia autorização judicial, do sujeito que é flagrado durante o cometimento do delito ou momentos depois.³ Requer-se, para tal enclausuramento, “apenas a aparência da tipicidade, não se exigindo nenhuma valoração sobre a ilicitude e a culpabilidade.”⁴

Trata-se, assim como a prisão preventiva, de uma medida de caráter pessoal que ocorre antes do trânsito em julgado. Todavia, não existem maiores dificuldades em diferenciá-las, vez que possuem especificidades bem diversas, dentre as quais a questão da duração de ambas as medidas, pois enquanto a prisão em flagrante se mostra efêmera, a prisão preventiva pode prolongar-se por toda a instrução criminal.

A respeito dessa característica efêmera da prisão em flagrante, aspecto este, dentre outros, que a distingue da prisão preventiva, Guilherme de Souza Nucci, mormente com o advento da reforma da Lei nº 12.403/2011, ensina que:

A reforma implementada pela Lei 12.403/2011 tornou obrigatório, para o magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante, as seguintes medidas (art. 310, CPP): a) relaxar a prisão ilegal; b) converter a prisão em flagrante em preventiva, desde que presente os requisitos do art. 312 do CPP e se forem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP; c) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.⁵

peessoa por ele indicada. § 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o atuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. § 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.” “Art. 307. Quando o fato for praticado em presença da autoridade, ou contra esta, no exercício de suas funções, constarão do auto a narração deste fato, a voz de prisão, as declarações que fizer o preso e os depoimentos das testemunhas, sendo tudo assinado pela autoridade, pelo preso e pelas testemunhas e remetido imediatamente ao juiz a quem couber tomar conhecimento do fato delituoso, se não o for a autoridade que houver presidido o auto.” “Art. 308. Não havendo autoridade no lugar em que se tiver efetuado a prisão, o preso será logo apresentado à do lugar mais próximo.” “Art. 309. Se o réu se livrar solto, deverá ser posto em liberdade, depois de lavrado o auto de prisão em flagrante.” “Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.” (BRASIL. **Código de Processo Penal** de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em 14 de abril de 2019).

³ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 76.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal Execução Penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 601.

⁵ *Ibidem*, p. 602.

Vê-se, portanto, que não há mais espaço para que o juiz mantenha a prisão apenas pelo cumprimento das formalidades legais do auto de prisão em flagrante. A autoridade judiciária deverá, de prontidão, converter a prisão em flagrante em preventiva ou determinar a soltura do indiciado, por meio da liberdade provisória. Isso tudo em um prazo máximo de 24 horas.⁶

Muito por conta dessa brevidade da prisão em flagrante é que se vem discutindo acerca de sua natureza jurídica, o que não ocorre quando nos reportamos à prisão preventiva. Na antiga redação do artigo 310⁷, parágrafo único, do CPP, “já não se justificava a manutenção da prisão em flagrante do conduzido durante toda a instrução criminal.”⁸ “Para que alguém ficasse segregado, afigurava-se imprescindível a presença de, pelo menos, um dos fundamentos autorizadores da prisão preventiva.”⁹ “Logo, se o agente permanecesse preso, não estaria em razão da prisão em flagrante, mas sim em virtude da conversão desta em prisão preventiva.”¹⁰

Com o advento da Lei nº 12.403/2011¹¹, restou ainda mais evidente que a prisão em flagrante, por si só, não mais autoriza que o agente permaneça segregado ao longo do processo, sendo necessária, assim como era antes da reforma, a observância do que preconiza os artigos 312 e 313 do CPP. Dessa forma, não sendo a prisão em flagrante capaz de justificar a manutenção da segregação, discute-se, doutrinariamente, acerca de sua verdadeira natureza jurídica: se medida de caráter pré-cautelares ou medida de caráter cautelar.¹²

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal Execução Penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 602

⁷ “Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação. Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inoportunidade de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).” (BRASIL. **Código de Processo Penal** de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em 13 de abril de 2019).

⁸ DE LIMA, Renato. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. Salvador: Juspodvm, 2017. p. 929.

⁹ *Ibidem*

¹⁰ *Ibidem*

¹¹ BRASIL. **Lei nº 12.403 de 4 de maio de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm> Acesso em 13 de Abril de 2019.

¹² LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 75 e 76

Em *Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais*, Odone Sanguiné afirma que “se a prisão em flagrante fosse uma verdadeira medida cautelar, deveria cumprir os pressupostos e requisitos próprios”¹³. Outrossim, evidencia-se possível atribuir a natureza pré-cautelatória, eis que tal medida não tem por desígnio garantir o resultado final do processo, mas sim colocar o indiciado à disposição da autoridade competente para que este adote uma verdadeira medida cautelar. É o que ensina Sanguiné:

A prisão em flagrante delito não cumpre nenhuma das características típicas das medidas cautelares, pois não se dirige a garantir o resultado final do processo, nem se dirige a assegurar eventual execução da pena, nem tampouco a presença do imputado na fase decisória do processo [...] A prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar que se direciona a apresentar o detido à disposição do magistrado para que este fundamentadamente delibere, nos termos do art. 310 do CPP: se a prisão é ilegal; senão poderá convertê-la em prisão preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares alternativas à prisão; ou sobre a concessão ao flagrado a liberdade provisória, com ou sem fiança.¹⁴

Com forte razão, tal entendimento vem se consolidando cada vez mais na doutrina processualista. Consolidação esta que se deu muito por conta da reforma da Lei nº 12.403/2011.

Todavia, há quem sustente o entendimento de que a prisão em flagrante é de natureza cautelar, ao lado da segregação preventiva e temporária. Pode-se situar como adepto desta corrente Fernando Capez, renomado processualista penal, que assim pontifica:

É, portanto, medida restritiva da liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independente de ordem escrita do juiz competente, de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido, um crime ou uma contravenção.¹⁵

Observa-se, pois, que, diferentemente da prisão preventiva, na qual se tem um entendimento pacificado no que concerne à natureza jurídica, na prisão em flagrante, não obstante penda ao viés pré-cautelar, tal questão ainda é objeto de grande controvérsia.

¹³ SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 167.

¹⁴ *Ibidem*

¹⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 314

2.2 DA PRISÃO TEMPORÁRIA

Por seu turno, a prisão temporária, também espécie de prisão provisória, sendo, por conseguinte, medida cautelar de natureza pessoal, em que pese tenha maior semelhança com a prisão preventiva em relação à prisão em flagrante, também possui disciplina e peculiaridades próprias.

A propósito, cumpre salientar que nunca se ouviu falar tanto de prisão temporária, principalmente por meio da mídia, quanto nos últimos anos. Em meio a um demasiado número de escândalos que vêm ocorrendo em nosso país, dos quais decorrem múltiplas investigações criminais, se tornou cada vez mais comum ouvir nos noticiários casos relacionados ao instituto da prisão temporária.

A prisão temporária apresenta-se como uma “modalidade de prisão cautelar, cuja finalidade é assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave”¹⁶. Diferentemente da prisão preventiva, a qual poderá ser decretada tanto na fase de investigação quanto na fase processual, dá-se a temporária exclusivamente na fase investigatória, podendo ser decretada apenas mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, não podendo ser decretada de ofício.¹⁷ Quando instaurado o processo, a prisão temporária já não poderá mais ser requerida, tampouco decretada.

Em que pese ser proibida a ação *ex officio* da autoridade judiciária impondo a prisão temporária, não são raras as decisões que contrariam tal restrição¹⁸, Vê-se da

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 598.

¹⁷ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.162 e 163.

¹⁸ “HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O ATRÁFICO. PRISÃO TEMPORÁRIA DE OFÍCIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO. O Juízo singular, de ofício, decretou a prisão temporária da paciente. O decreto prisional não indica, objetivamente, os motivos da alegada imprescindibilidade da prisão da indiciada para as investigações (art. 1º, I, da Lei nº 7.960/89). A prisão temporária possui finalidade específica, quando a constrição da liberdade dos investigados mostra-se necessária para as atividades investigativas, devidamente lastreada em elementos concretos extraídos dos autos. Não preenchido os requisitos do artigo 1º, I e II, da Lei nº 7.960/89 e **ausente representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, a constrição da liberdade da ré mostra-se ilegal**. Extensão de efeitos aos corréus em idêntica situação fático-processual. LIMINAR CONFIRMADA. ORDEM CONCEDIDA”. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 70080185689. Paciente: M.C.D.C.L. Relator: Des. Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 19 dez. 2018. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>> Acesso em: 13 de abril de 2019.

decisão emanada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) no *Habeas Corpus* (HC) nº 70080185689 que a autoridade coatora decretou a prisão temporária sem representação por parte da autoridade policial, bem como requerimento do Ministério Público, agindo, por conseguinte, de ofício.¹⁹ Comportamento este eivado de irregularidades, na medida em que, além de ferir o que se tem por regra, denota a discricionariedade do juiz, o que, por si só, se mostra problemático, ainda mais em se tratando de imposição de prisão cautelar.

Cabe inferir, ademais, que, não obstante tenha regulação própria datada de quase trinta anos, não se sabe ao certo se a sistematização da prisão temporária é constitucional ou inconstitucional.²⁰ Pendência esta que se dá em virtude de ser a Lei nº 7.960/89²¹ proveniente da Medida Provisória nº 111²².

Problematiza-se a referida origem, eis que vai de encontro ao que estabelece a ordem constitucional, no sentido de que, em se tratando de medidas de coerção, só lei em sentido estrito poderia disciplinar sobre a matéria. Relativamente a isso, é o que preconiza o parágrafo primeiro, inciso I, alínea “d”, do artigo 62 da Constituição Federal de 1988²³. Ainda nesse sentido, explica Sanguiné que:

Qualquer espécie de medida cautelar (prisão cautelar e medidas alternativas à prisão) somente pode ser aplicada pelo juiz ou tribunal nos casos expressamente previstos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.²⁴

Verifica-se, dessa forma, que o Executivo, ao “legislar”, por meio de medida provisória, sobre matéria de competência exclusiva do Poder Legislativo, acabou por viciar formalmente a sistemática da prisão temporária.²⁵ Por conta disso, tornou-se possível questionar toda e qualquer aplicação da medida cautelar em comento,

¹⁹ Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 70080185689. Paciente: M.C.D.C.L. Relator: Des. Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 19 dez. 2018. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>> Acesso em: 13 de abril de 2019.

²⁰ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.161.

²¹ BRASIL. **Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm> Acesso em 13 de Abril de 2019.

²² BRASIL. **Medida Provisória nº 111 de 21 de março 2003**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2003/111.htm> Acesso em 13 de abril de 2019.

²³“Art. 62. [...] § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I – relativa a: a) [...] b) direito penal, processo penal e processo civil.”BRASIL. **Constituição Federal** de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13 de abril de 2019.

²⁴ SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 63.

²⁵RANGEL, Paulo.**Direito Processual Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 827.

sendo, inclusive, razoável suscitar sua inconstitucionalidade (mesmo, *a posteriori*, tendo sido a referida Medida Provisória convertida em lei), pois não regulada de forma adequada em sua origem.²⁶

Outrossim, não bastasse a controvérsia acerca da inconstitucionalidade por vício formal, em razão da origem, conforme já se mencionou, a referida medida cautelar também atrai altercação constitucional quanto a sua matéria, uma vez que defronta o direito à liberdade.²⁷ Acredita vertente doutrinária que a prisão temporária serviria tão somente como um meio para se obter maiores informações acerca de determinado delito, apesar de não se ter sequer indícios de materialidade ou autoria por parte do detido. Isto é, primeiro se prende o indivíduo para depois averiguar se este concorreu para o crime.²⁸

Paulo Rangel, nessa perspectiva, afirma ser o instituto da prisão temporária materialmente inconstitucional, argumentando que “no Estado Democrático de Direito não se pode permitir que o Estado lance mão da prisão para investigar, ou seja, primeiro prende, depois investiga para saber se o indiciado, efetivamente é o autor do delito”.²⁹ Rangel ainda completa, asseverando que a prisão temporária nada mais é do que uma “medida de constrição da liberdade do suspeito que, não havendo elementos suficientes de sua conduta nos autos do inquérito policial, é preso para que esses elementos sejam encontrados.”³⁰ Até porque “se houvessem elementos de convicção suficientes, o inquérito estaria concluído e o Ministério Público poderia oferecer denúncia, iniciando a ação penal e, se necessário fosse, requereria a prisão preventiva”.³¹ Sobre as controvérsias que envolvem o instituto da prisão temporária, discorre Tourinho Filho que:

[...] em face do princípio de que ninguém pode ser considerado culpado enquanto não transitar em julgado a sentença penal condenatória, elevado a dogma constitucional, não faz sentido restringir a liberdade ambulatoria do cidadão sem a demonstração de sua real necessidade. Sob esse aspecto, ela é supinamente inconstitucional.³²

Tem-se, a partir desse quadro, que os requisitos para que a autoridade investigativa requeira a prisão temporária são demasiadamente parcos, na medida

²⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 827.

²⁷ *Ibidem*

²⁸ *Ibidem*

²⁹ *Ibidem*

³⁰ *Ibidem*

³¹ *Ibidem*

³² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.533.

em que carecem de um mínimo elementar. Não obstante estejam expressamente previstas as condições que justificariam o pedido da referida medida cautelar, sabe-se que na maioria das vezes as solicitações embasam-se em informações infundadas e suposições, o que nos faz remontar à ideia de que determinados suspeitos estão sendo presos apenas para averiguação, ou de que estes estão sendo segregados por pura satisfação social.³³ Razões estas que, diante da gravidade da reprimenda, ferem profundamente o princípio constitucional da presunção de inocência.

Todavia, apesar de todo esse certame que rodeia o instituto da prisão temporária, percebe-se que, na prática, não tem sido esse o entendimento dos magistrados, como bem mostra decisão recente do TJRS no HC nº 70080026040.³⁴ Da referida decisão, é possível observar que a autoridade judiciária justifica a denegação de ordem de *habeas corpus* tão somente em virtude de não terem sido inquiridos os policiais militares responsáveis pela abordagem do paciente.³⁵ Não há mais nenhum fundamento além disso.

³³ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 161.

³⁴ “HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO TENTADO. No caso, foi decretada a prisão temporária do paciente por 05 dias, sendo, ao término do período, sido prorrogada a segregação por mais 30 dias. Tem-se que, na data do fato, o ofendido ouviu barulhos na parte externa da sua residência e saiu para a rua armado. Avistando pessoa estranha, apontou a sua arma contra o referido indivíduo, que foi mais rápido e o alvejou no pescoço. A vítima caiu e chamou sua esposa para prestar-lhe socorro. Todos afirmam que havia mais pessoas junto a este indivíduo que efetuou o disparo de arma de fogo. Ademais, um veículo foi visto fugindo do local, aparentemente com três indivíduos em seu interior. Há relatos de que o veículo foi abordado algum tempo depois pela Brigada Militar em abordagem de rotina, sem que os policiais que fizeram a abordagem terem ciência do fato que ocorrera contra a vítima. Neste sentido, a autoridade impetrada entendeu necessária a segregação cautelar do paciente inclusive para que fosse efetuado o exame de reconhecimento pessoal do paciente pela vítima. O ato foi realizado, tendo o ofendido reconhecido o paciente pessoalmente. Na atualidade, pende de cumprimento a inquirição, na Delegacia de Polícia, dos policiais militares que abordaram o veículo que foi visualizado por testemunhas como sendo aquele em que os autores do fato fugiram do local. Neste passo, imprescindível a prisão do paciente, inclusive para que se realize o exame de reconhecimento pessoal dele pelos brigadianos. Assim, muito embora se trate de prisão temporária, a segregação cautelar do paciente deve persistir, não sendo conveniente para as investigações a sua libertação neste momento. ORDEM DENEGADA. HC/M 3.633 S 13.12.2018 P 326”. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 70080026040. Paciente: E.I.S. Relator: Des. Aymoré Roque Pottes de Mello. Porto Alegre, 13 dez. 2018. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>> Acesso em: 13 de abril de 2019.

³⁵ “HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO TENTADO. No caso, foi decretada a prisão temporária do paciente por 05 dias, sendo, ao término do período, sido prorrogada a segregação por mais 30 dias. Tem-se que, na data do fato, o ofendido ouviu barulhos na parte externa da sua residência e saiu para a rua armado. Avistando pessoa estranha, apontou a sua arma contra o referido indivíduo, que foi mais rápido e o alvejou no pescoço. A vítima caiu e chamou sua esposa para prestar-lhe socorro. Todos afirmam que havia mais pessoas junto a este indivíduo que efetuou o disparo de arma de fogo. Ademais, um veículo foi visto fugindo do local, aparentemente com três indivíduos em seu interior. Há relatos de que o veículo foi abordado algum tempo depois pela Brigada Militar em abordagem de

Exsurge, assim, a ideia de que as decretações em geral de prisões temporárias e suas manutenções vêm ocorrendo de forma totalmente desproporcional e descabida, isso para não dizer que estão sendo decretadas inconstitucionalmente. Até porque, como dito anteriormente, se realmente estivessem presentes os requisitos preceituados em lei (estes em consonância com princípios constitucionais) para imposição de medida cautelar, as autoridades representariam pela prisão preventiva e não temporária.

Pois bem. Como bem mencionado anteriormente, o instituto da prisão temporária é regulado pela Lei nº 7960/89, estando os requisitos expostos no artigo 1º.³⁶ Observa-se, do estabelecimento dos requisitos para a decretação da prisão temporária, que a sua aplicação restringe-se a um rol determinado de delitos (inciso III), sendo cabível também quando a segregação for imprescindível às investigações (inciso I), bem como quando o increpado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (inciso II). A lei é enfática e clara em sistematizar tais premissas.

rotina, sem que os policiais que fizeram a abordagem terem ciência do fato que ocorrera contra a vítima. Neste sentido, a autoridade impetrada entendeu necessária a segregação cautelar do paciente inclusive para que fosse efetuado o exame de reconhecimento pessoal do paciente pela vítima. O ato foi realizado, tendo o ofendido reconhecido o paciente pessoalmente. Na atualidade, pende de cumprimento a inquirição, na Delegacia de Polícia, dos policiais militares que abordaram o veículo que foi visualizado por testemunhas como sendo aquele em que os autores do fato fugiram do local. Neste passo, imprescindível a prisão do paciente, inclusive para que se realize o exame de reconhecimento pessoal dele pelos brigadianos. Assim, muito embora se trate de prisão temporária, a segregação cautelar do paciente deve persistir, não sendo conveniente para as investigações a sua libertação neste momento. ORDEM DENEGADA. HC/M 3.633 S 13.12.2018 P 326". RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 70080026040. Paciente: E.I.S. Relator: Des. Aymoré Roque Pottes de Mello. Porto Alegre, 13 dez. 2018. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>> Acesso em: 13 de abril de 2019.

³⁶ “Art. 1º 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. 219e 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. **Lei nº 7960 de 21 de dezembro 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/l7960.htm>.> Acesso em 17 de junho de 2019.

Entretanto, mesma sorte não se logrou no que tange à aplicação prática dos referidos incisos. Como empregar tais requisitos? De forma alternativa ou cumulativa?

Sobre tal imbróglio, e partindo do pressuposto de que os referidos incisos em sendo aplicados de forma alternativa – isto é, independentes um do outro -, banalizariam o instituto da prisão temporária, e de que, se aplicados cumulativamente, tornariam a referida medida cautelar um instrumento raro e, portanto, inútil, Guilherme de Souza Nucci chega, sabiamente, à conclusão de que o mais indicado seria a alternância dos dois primeiros incisos (I ou II), cumulativamente ao terceiro.³⁷ Nesse sentido, ensina o autor que:

[...] tendo por fim não banalizar a decretação da prisão temporária, torna-se necessário interpretar, em conjunto, o disposto no art. 1.º, I e II com o III, da Lei 7.960/89. Assim, o correto é associar os incisos I e II ao inciso III, viabilizando as hipóteses razoáveis para a custódia cautelar de alguém [...].³⁸

Nucci ainda justifica sua conclusão argumentando que não se poderia decretar a temporária tão somente porque o inciso I foi preenchido, pois isso implicaria viabilizar a prisão para qualquer delito, inclusive os de menor potencial ofensivo, desde que fosse imprescindível para a investigação policial, o que soa despropositado³⁹. “Ademais, não parece lógico decretar a temporária unicamente porque o agente não tem residência fixa ou não é corretamente identificado em qualquer delito.”⁴⁰ “Logo, o mais acertado é combinar essas duas situações com os crimes enumerados no inciso III, e outras leis especiais, de natureza grave, o que justifica a segregação cautelar do indiciado.”⁴¹

Por fim, informa-se que a aludida prisão provisória, não obstante estar cercada de grandes controvérsias, bem como tratar-se de reprimenda de gigantesca gravidade, uma vez que as decretações carecem de fundamentação idônea – fato este que defronta, em elevado grau, o princípio da presunção da inocência -, possui, ainda, por assim dizer, amparo constitucional. Assim sendo, caberá aos juristas

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**: de acordo com a Lei 12.403/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 63.

³⁸ *Idem*. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 598.

³⁹ *Ibidem*, p. 599.

⁴⁰ *Ibidem*

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 599.

interpretar o instituto da prisão temporária de acordo com o que apregoa a Lei 7960 de 1989.

,

3 DA PRISÃO PREVENTIVA: NOÇÕES GERAIS

A prisão preventiva encontra-se regulada no ordenamento jurídico pátrio do artigo 311 ao 316⁴² do CPP. Trata-se de uma medida cautelar de natureza pessoal que é decretada antes mesmo do trânsito em julgado da sentença condenatória penal (constituindo-se em uma espécie de prisão provisória) e que revela seu caráter cautelar na tutela da persecução criminal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo segregado possam colocar em risco a efetividade do processo.⁴³

Caracteriza-se, a prisão preventiva, pelo fato de ser uma medida cautelar de excepcionalidade, sendo promulgada quando, por exemplo, não for cabível a sua substituição por quaisquer das medidas cautelares diversas da prisão, estas advindas com a reforma da Lei nº 12.403/2011⁴⁴. Salienta-se, ainda, que para o decreto da prisão preventiva, necessário se faz a incidência de, pelo menos, um dos fundamentos elencados de forma taxativa no artigo 312 do CPP, bem como a observância (dependendo da espécie de prisão preventiva) das condições do artigo

⁴² “Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.” “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o).” “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.” “Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.” “Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.” “Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.” BRASIL. **Código de Processo Penal** de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <.> Acesso em 13 de abril de 2019.

⁴³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. Salvador: Juspodvm, 2017. p. 931.

⁴⁴ PACELLI, Eugênio; DA COSTA, Domingos Barroso. **Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: A Reforma da Lei nº 12.403/11**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 85.

⁴⁵ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 70.

313, do mesmo diploma legal.⁴⁶ Tais fundamentos e condições que serão melhores analisados posteriormente.

3.1 DO CARÁTER CAUTELAR DA PRISÃO PREVENTIVA

Pois bem. Importante referir, nesse viés, que medidas cautelares são decisões autônomas que ocorrem em paralelo ou dentro do processo de conhecimento e/ou de execução.⁴⁷ A tutela cautelar nada mais é do que um meio para que se busque a melhor prestação jurisdicional; para que se busque a decisão mais razoável e, por conseguinte, justa, sendo as de natureza pessoal aquelas que atingirão o direito à liberdade das pessoas.⁴⁸

Constata-se, portanto, que o objetivo das medidas cautelares pessoais é de segregar o indivíduo com vistas de se resguardar o processo. Todavia, como bem se referiu, para tal imposição mostra-se imperativa a verificação de pressupostos imprescindíveis. Acerca da noção de cautelaridade, Antônio Scarance Fernandes explica que:

No intervalo entre o nascimento da relação jurídica processual e a obtenção do provimento final, existe sempre o risco de sucederem eventos que comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado. Há, então, a necessidade de medidas cautelares, que eliminem ou amenizem esse perigo. São providências urgentes, com as quais se busca evitar que a decisão da causa, ao ser obtida, não mais satisfaça o direito da parte e não realize, assim, a finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa.⁴⁹

Conforme aludido anteriormente, a natureza cautelar da prisão preventiva salta aos olhos, eis que sua imposição visa, em uma primeira análise, a guarida da persecução criminal. Entretanto, consoante será demonstrado, mostra-se a prisão preventiva sob o critério da ordem pública questionável nesse sentido, na medida em que foge à finalidade cautelar instrumental.

⁴⁶ LENZA, Pedro. **Processo Penal Esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 477.

⁴⁷ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 285

⁴⁸ *Ibidem*

⁴⁹ *Ibidem*

3.2 DO CARÁTER EXCEPCIONAL DA PRISÃO PREVENTIVA

Além da natureza cautelar, denota-se o caráter excepcional da prisão preventiva. Nesse sentido, é o que versa o artigo 282, § 6º, do CPP: “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”.

É possível constatar, a partir da análise do artigo supracitado, que a prisão preventiva nada mais é do que o último recurso a ser utilizado no que tange à aplicação de quaisquer das medidas cautelares. Importante ressaltar, ainda, que a imposição da medida cautelar, além de ser excepcional, deve ser também proporcional, de forma que não extrapole os limites do seu dever-ser, pois, em que pese esteja hoje banalizada a ponto de primeiro se prender para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida⁵⁰, a reprimenda está reservada para determinados delitos e situações. No que se refere ao caráter excepcional da prisão preventiva, ensina Eugênio Pacelli que:

não à toa, portanto, seu manejo se faz cercado de condicionamentos que lhe são específicos, os quais fazem dela (prisão preventiva) o último recurso (última ratio) a ser utilizado quando se tem por fim tutelar a ordem pública ou a ordem econômica, acautelar a investigação ou o processo em curso, bem como assegurar sua efetividade, garantindo a aplicação da lei penal que se faça aplicável ao seu termo, a partir de decisão condenatória irrecorrível (art. 312, caput, CPP).⁵¹

Nesse mesmo sentido, assevera Aury Lopes Júnior que:

[...] a excepcionalidade deve ser lida em conjunto com a presunção da inocência, constituindo um princípio fundamental de civilidade, fazendo com que as prisões cautelares sejam (efetivamente) a *ultimaratio* do sistema, reservados para os casos mais graves, tendo em vista o elevadíssimo custo que representam.⁵²

Tem-se, portanto, para que se possa legitimar a prisão preventiva, a necessidade de um cotejo das provas pré-constituídas, uma análise sobre a adequação e suficiência das demais medidas cautelares diversas da prisão⁵³, bem como a verificação de determinadas situações que autorizam a imposição da reprimenda.

⁵⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 72.

⁵¹ PACELLI, Eugênio; DA COSTA, Domingos Barroso. **Prisão Preventiva e Liberdade Provisória**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 85.

⁵² LOPES JUNIOR, *op. cit.*, p. 71.

⁵³ *Ibidem*, p. 72.

4 DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA EM RELAÇÃO ÀS PRISÕES CAUTELARES

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da presunção da inocência tornou-se relevante a partir de 1988, quando da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). A partir desta, o princípio adquiriu *status* constitucional, achando-se expressamente elencado no artigo 5º, inciso LVII, o qual dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”⁵⁴.

O princípio “tem por objetivo garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa.”⁵⁵ Isto é, “as pessoas nascem inocentes, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juíz, a culpa do réu”.⁵⁶ De forma semelhante é o que instrui Aury Lopes Jr. ao invocar que “a formação do convencimento do juiz deve ser construído em contraditório (Fazzalari), orientando-se o processo, portanto, pela estrutura acusatória que impõe a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de alheamento [...]”⁵⁷

Ainda no campo probatório, decorre do princípio da presunção da inocência a regra de absolvição em caso de dúvida (princípio do *in dubio pro reo*). Nesse seguimento, leciona Odone Sanguiné que:

A presunção de inocência tem conexão com o princípio *in dubio pro reo*, porém dele se distingue porque se aplica indiferentemente a todas as etapas do procedimento, enquanto o *in dubio pro reo* somente se aplica depois que o juiz tenha avaliado toda a prova, não tendo incidência no campo legislativo e tampouco no campo da interpretação legal, mas sobre a base fática da avaliação da prova da culpabilidade.⁵⁸

Contudo, ainda que consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da presunção da inocência, principalmente no que se relaciona à adoção de medidas cautelares de natureza pessoal, é objeto de grandes discussões. Pois, até

⁵⁴BRASIL. **Constituição Federal** de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13 de abril de 2019.

⁵⁵NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**: de acordo com a Lei 12.403/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais p. 90.

⁵⁶ *Ibidem*

⁵⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 96.

⁵⁸ SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 202

que ponto não estaria a imposição de prisões cautelares indo de encontro ao que preconiza o artigo 5º, inciso LVII, da CRFB de 1988?

Nesse sentido, ao tratarmos de um tema que circunda a prisão preventiva, urge analisar a compatibilidade das chamadas prisões provisórias com o princípio da presunção da inocência. Aqui, o debate versa sobre a eventual incompatibilidade “entre um princípio constitucional que veta o tratamento do acusado como culpado antes da sentença definitiva e as medidas cautelares que aplicam ao mesmo uma privação de liberdade durante o curso do processo.”⁵⁹

De início, se analisar de forma extremada o princípio da presunção da inocência e sua regra de tratamento, por certo que seria considerado inadmissível qualquer decreto prisional, mesmo que provisório, antes de sentença condenatória irrecorrível. Por se tratar de preceito constitucional, sendo inclusive exposto em nossa Carta Maior, qualquer ato jurisdicional que atentasse contra a liberdade de determinada pessoa, repise-se, antes do trânsito em julgado, seria, em primeira análise, taxado como inconstitucional ou abriria margem para tal ponderamento.

É o que argumenta Odone Sanguiné, ao discorrer acerca da incompatibilidade entre a prisão preventiva e o princípio da presunção da inocência:

A prisão preventiva é uma medida grave que atenta cruelmente contra a liberdade do indivíduo e que, no âmbito dos princípios, resulta inconciliável com a presunção da inocência do imputado. Com a constitucionalização da presunção de inocência parece que não deveria ter sido admitido o instituto da prisão preventiva. Se a regra da presunção de inocência fosse aplicada estritamente em todo seu rigor verbal, em termos lógicos ou absolutos, nenhuma medida coercitiva, máxime a prisão provisória, estaria justificada, nomeadamente na fase da investigação e da instrução criminal, e poderia levar a proibição de antecipação de medidas de investigação, tornando inconstitucional a própria instrução criminal.⁶⁰

De mesmo modo, a essa conclusão chega Luigi Ferrajoli ao concluir que “a prisão cautelar seria ilegítima porque provoca a ineficácia de todas as demais garantias processuais penais e penais.”⁶¹ Outrossim, “a prisão preventiva viola tanto o princípio da legalidade, pois constitui uma pena sem julgamento, quanto o da presunção de inocência, pois não é a inocência, mas sim a culpabilidade, que deve

⁵⁹ SZESZ, André. **O Juízo de Periculosidade na Prisão Preventiva**. Belo Horizonte: 2014. p. 51.

⁶⁰ SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 183.

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 511-515.

ser demonstrada.”⁶² “A incoerência com a proclamada presunção de inocência resta mascarada pelo patético sofisma do caráter não penal do instituto.”⁶³ “A prisão provisória justificada em princípio como um instrumento processual (evitar a fuga do suspeito ou a destruição de provas), terminou convertendo-se, patologicamente, em um instrumento de punição ao agente, aplicado com finalidades preventivas (impedimento de futuros delitos), instituindo assim uma verdadeira presunção de culpabilidade ou de periculosidade baseada unicamente na suspeita do crime.”⁶⁴

Apesar disso, verifica-se que, hodiernamente, a doutrina majoritária defende a impossibilidade de se sustentar a completa ilegitimidade (ou inconstitucionalidade) das prisões provisórias. Nesse seguimento, aponta Sanguiné que:

[...] Por su misma naturaleza de verdad interina o provisional, la presunción de inocencia no llega a evitar la prisión preventiva, que supone un grave sacrificio para el sospechoso presunto inocente com alto costo para su libertad personal, pues em otro caso se llegaría a una conclusión aberrante y absurda, a saber: imaginar um proceso penal desarmado, inoperante y estéril para alcanzar sus fines primordiales. De esta manera, la referida presunción puede ser vencida y desplazada por las pruebas de culpabilidade aportadas por la acusación o aparecidas em el juicio, si la medida es necesaria para el desenvolvimientodel procedimiento [...].⁶⁵

Ademais, faz-se de todo leviano afirmar que o Estado, em que pese seja coibida qualquer punição antecipada ou qualquer medida que acarrete no reconhecimento prévio da culpa, não poderia lançar mão de providências urgentes com o escopo de amenizar ou eliminar os riscos que comprometam a atuação jurisprudencial ou que atentem contra a eficácia e utilidade do julgamento.⁶⁶ “Foi, justamente, por conta disso que o legislador criou mecanismos com função processual, quais sejam as medidas cautelares.”⁶⁷

Para mais além, porquanto busca o alargamento do conceito de “ordem pública” em relação às prisões cautelares em geral, fundamento este, consoante se demonstrará, que extrapola os limites do dever ser de uma medida cautelar, Renato Barão Varalda afirma que, no próprio papel de cautela instrumental da prisão

⁶²FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 511-515.

⁶³ *Ibidem*

⁶⁴ *Ibidem*

⁶⁵ SANGUINÉ, Odone. **Prisión Provisional y Derechos Fundamentales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 433.

⁶⁶ VARALDA, Renato Barão. **Restrição do princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 2007. p. 155.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 155 e 156.

provisória, faz-se possível atribuir certo grau de culpa, sendo justificável a prisão preventiva “na hipótese em que se encontre necessário o predomínio do interesse geral sobre a regra do respeito pela liberdade individual, apesar da presunção de inocência.”⁶⁸ De acordo com o autor, em tal hipótese, embasar-se-ia o estabelecimento da prisão cautelar no direito à segurança e na defesa social, valores estes que também são protegidos constitucionalmente.⁶⁹

Sem dúvida que a prisão preventiva, segregação esta objeto especial do presente trabalho, tida como a mais gravosa dentre as demais, atenta à presunção de inocência e à liberdade do acusado. Contudo, apesar de todo esse gravame que a envolve, faz-se necessária sua existência, seja pelo fato de ser longa e demorada a persecução criminal, fato que justificaria a imposição de medidas pra que se garantam os efeitos da aplicação da pena, seja porque se mostra imprescindível assegurar a presença do acusado no processo.⁷⁰

Deve-se, por conseguinte, ser objeto de uma regulamentação cuidadosa, de forma que seja limitada pela liberdade individual e pela presunção da inocência. “E, em momento posterior, chegada a hora da sua aplicação, esta deve obedecer a critérios rigorosos de verdadeira conciliação entre aquela abstração prevista e o caso concreto que o poder judicial tem que decidir.”⁷¹ Abstração a qual, consoante ensinamento de Alexandra Ávila, deverá estar estritamente ligada ao processo. Nesse sentido, anuncia a autora que:

De qualquer modo, sempre podemos dizer que os objectivos que deverão presidir à sua existência são motivos de natureza estritamente processual, e que por isso mesmo ela terá que se assumir como uma medida cautelar processual.⁷²

Ademais, cabe trazer à baila, o inciso LXI, do art. 5º da CRFB, o qual estipula que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.” Verifica-se, portanto, que a

⁶⁸ VARALDA, Renato Barão. **Restrição do princípio da presunção de inocência**: prisão preventiva e ordem pública. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 2007. p. 155.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 160

⁷⁰ VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 97.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Ibidem*

prisão em flagrante delito bem como qualquer detenção proveniente de decisão escrita e devidamente fundamentada, possuem, assim como o princípio da presunção de inocência, *status* constitucional, tendo, por conseguinte, guarida em nosso ordenamento jurídico.

5 DA PRISÃO PREVENTIVA PROPRIAMENTE DITA

Hipótese clássica de prisão provisória, a prisão preventiva, conforme já referido, é uma medida cautelar de natureza pessoal voltada a garantir a finalidade útil do processo criminal⁷³, podendo ser decretada pelo juiz (e tão somente pela autoridade judiciária), antes mesmo do trânsito em julgado da sentença, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores.⁷⁴

A prisão preventiva, conseqüentemente, distingue-se da chamada prisão-pena, esta que, por seu turno, ocorre após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, sendo destinada à satisfação da pretensão executória do Estado.⁷⁵ Explica Fernando Capaz que a prisão-pena nada mais é do que:

[...] aquela imposta em virtude de sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, refere-se à privação da liberdade determinada com a finalidade de executar decisão judicial, após o devido processo legal, na qual se determinou o cumprimento da pena privativa de liberdade.⁷⁶

Oportuno aludir que a reforma da Lei 12.403 de 2011 alterou de forma significativa o CPP no que tange às medidas cautelares pessoais.⁷⁷ A referida lei incluiu demais medidas cautelares (estas diversas à prisão), tornando o decreto da prisão preventiva a *ultima ratio* dentre as reprimendas de caráter cautelar.⁷⁸

O sistema cautelar penal anterior estava fixado em soluções antípodas, isto é, o acusado respondia ao processo privado da liberdade ou, então, a única medida disponível era a liberdade provisória, com ou sem fiança.⁷⁹ A reforma possibilitou ao juiz superar essa antiga perspectiva bipolar, sendo agora possível fazer uma gradação das medidas cautelares de acordo com o caso concreto e com as especificidades do inculpado.⁸⁰

⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 85.

⁷⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 328.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 301.

⁷⁶ *Ibidem*

⁷⁷ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 53-55.

⁷⁸ *Ibidem*

⁷⁹ SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 683.

⁸⁰ *Ibidem*

5.1 DO MOMENTO PARA A DECRETAÇÃO DA PREVENTIVA

Sobre o momento em que se dá a prisão preventiva, sabe-se que a referida medida cautelar, diferentemente do que ocorre com a prisão temporária, poderá ser requerida, bem como decretada, tanto na fase de investigação quanto na fase processual, até o trânsito em julgado de sentença penal irrecorrível.⁸¹ Ou seja, durante toda a persecução criminal, o instituto poderá ser visto. Nesses termos, dispõe o artigo 311 do CPP que:

“Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.”

Também nesse sentido, instrui Aury Lopes Jr que:

A prisão preventiva pode ser decretada no curso da investigação preliminar ou do processo, inclusive após a sentença condenatória recorrível. Ademais, mesmo na fase recursal, se houver necessidade real, poderá ser decretada a prisão preventiva (com fundamento na garantia da aplicação da lei penal).⁸²

Percebe-se, a partir da leitura e interpretação do artigo retro descrito, que, no que se refere ao decreto da prisão preventiva em sede de investigação, maiores dificuldades não serão encontradas, na medida em que caberá a medida cautelar somente por meio de uma representação; de um pedido. A título exemplificativo, quando da instauração de um inquérito policial, o magistrado só poderá decretar a reprimenda mediante representação do delegado de polícia.

Uma única exceção que permite ao juiz decretar de ofício a medida cautelar pessoal em fase pré-processual está na Lei Maria da Penha. Nesse viés, dispõe o artigo 20, da Lei nº 11.340/2006⁸³ que “em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial”.

⁸¹ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 104.

⁸² *Idem*. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 849.

⁸³ BRASIL. **Lei nº 11.340** de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11340.htm> Acesso em 14 de abril de 2019.

Todavia, em relação à imposição do enclausuramento preventivo na seara processual, verifica-se, analisando o artigo 311 do CPP, que além de a autoridade judiciária possuir a prerrogativa de ordenar a medida cautelar mediante requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente de acusação, o julgador é capaz, também, de decretar a prisão preventiva de ofício isto é, sem a necessidade de solicitação por qualquer das partes da lide. Problematisa-se tal faculdade do magistrado, tendo em vista que se “trata de uma medida drástica de cerceamento da liberdade, razão pela qual haveria, sempre, de existir um exposto pedido da parte interessada”⁸⁴, seja o Ministério Público, o assistente de acusação ou o querelante.

Além disso, constituindo-se o processo penal em um sistema acusatório, calcado na separação das funções (julgador diferente de quem acusa), a operação *ex officio* transforma o magistrado em um inquisidor.⁸⁵ Assim, “resta violada a imparcialidade, garantia que corresponde exatamente com essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz.”⁸⁶ Nesse sentido, Aury Lopes Jr.:

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 [...] Assim, ao decretar uma 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.⁸⁷

5.2 DA PROBLEMÁTICA QUE ENVOLVE A PRISÃO PREVENTIVA POR CONVERSÃO

Ainda nesse íterim, no que toca à discussão sobre a decretação de ofício da medida cautelar, convém invocar, dentre as espécies de prisão preventiva, a que é imposta por conversão. Esta que ocorre quando da análise da prisão em flagrante pelo poder judiciário. É o que estipula o artigo 310, inciso II, do CPP.⁸⁸

⁸⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**: De acordo com a Lei 12.403/2011. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 86.

⁸⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 105.

⁸⁶ *Ibidem*

⁸⁷ *Ibidem*

⁸⁸ “Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentalmente: II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste

Depreende-se que a autoridade judiciária, após analisar o aspecto formal do Auto de Prisão em Flagrante, bem como a legalidade ou ilegalidade do instrumento, homologando a prisão em flagrante, poderá, preenchidos os requisitos elencados no art. 312 do CPP, assim como não verificada hipótese de medida diversa, converter o flagrante em preventiva.⁸⁹ Tal atitude é frequentemente utilizada pelo Poder Judiciário gaúcho, especialmente em sede de 1ª instância.⁹⁰⁹¹

Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão [...]” BRASIL. **Código de Processo Penal** de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <.> Acesso em 13 de abril de 2019.

⁸⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 841.

⁹⁰ “Vistos. Trata-se de auto de prisão em flagrante lavrado em desfavor de VINÍCIUS SILVEIRA DE ÁVILA pela prática, em tese, do crime de tráfico de drogas. O auto de prisão em flagrante está formalmente perfeito e foram observadas as garantias constitucionais. A situação de fato é compatível com a imputação, presente o estado de flagrância. Assim, homologo o respectivo APF. Em atenção às alterações introduzidas pela Lei 12.403/2.011, passo, de plano, a decidir sobre a situação prisional do flagrado. Somente é possível a decretação da prisão preventiva em quatro situações: 1. crimes dolosos cuja pena máxima exceda a 04 anos; 2. flagrado reincidente em crime doloso; 3. situação de violência doméstica, a fim de garantir o cumprimento de medidas protetivas, e; 4. quando houver dúvida sobre a identificação do preso, enquanto persistir tal circunstância. Ainda assim, somente decretar-se-á a prisão quando não for possível a substituição por outra medida cautelar (§ 6º do artigo 282 do CPP) e presentes os pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. PRISÃO PREVENTIVA O crime imputado é grave, visto as consequências nocivas do tráfico de drogas, crime relacionado a delitos graves, tais como roubos e homicídios. O acusado já foi condenado por roubo, porte de arma e responde por tráfico, demonstrando, em tese, personalidade voltada ao crime, tendo sido, ao que parece, insuficientes as anteriores incursões judiciais a evitar reiteração criminosa. Inexiste medida cautelar suficiente a ensejar a substituição da prisão. Ante o exposto, converto a prisão em flagrante, decretando a prisão preventiva de VINÍCIUS SILVEIRA DE ÁVILA, com base no inciso I do artigo 313 c/c artigo 312, ambos do CPP, para garantia da ordem pública. D.L.” RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Processo nº2.19.0000008-1. Réu: V.S.A. Acusador: Justiça Pública. Julgador: Andreia Nebenzahl de Oliveira. Porto Alegre, 01 jan. 2019. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>> Acesso em: 22 de janeiro de 2019.

⁹¹ “Vistos. Trata-se de auto de prisão em flagrante lavrado em desfavor de LEONARDO ZANONI RICK pela prática, em tese, do crime de roubo majorado. O auto de prisão em flagrante está formalmente perfeito e foram observadas as garantias constitucionais do flagrado. A situação de fato é compatível com a imputação, presente o estado de flagrância. Assim, homologo o respectivo APF. Em atenção às alterações introduzidas pela Lei 12.403/2.011, passo, de plano, a decidir sobre a situação prisional do flagrado. Com efeito, somente é possível a decretação da prisão preventiva em quatro situações: 1. crimes dolosos cuja pena máxima exceda a 04 anos; 2. flagrado reincidente em crime doloso; 3. situação de violência doméstica, a fim de garantir o cumprimento de medidas protetivas, e; 4. quando houver dúvida sobre a identificação do preso, enquanto persistir tal circunstância. Ainda assim, somente decretar-se-á a prisão quando não for possível a substituição por outra medida cautelar (§ 6º do artigo 282 do CPP). PRISÃO PREVENTIVA O crime imputado ao flagrado é grave, pois praticado mediante violência contra a vítima, que restou lesionada. Esta reconheceu o flagrado como autor do fato. O fato abala a ordem pública, que não mais suporta crimes desta natureza. Inexiste medida cautelar suficiente a ensejar a substituição da prisão, ao menos neste momento processual. Outras circunstâncias poderão ser analisadas em contato direto entre o flagrado e esta Magistrada em audiência de custódia a seguir. Ante o exposto, converto a prisão em flagrante de LEONARDO ZANONI RICK em preventiva, com base nos incisos I e II do artigo 313 c/c artigo 312, ambos do CPP, para garantia da ordem pública. D.L.” RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Processo nº2.19.000215-26. Réu: L.Z.R. Acusador: Justiça Pública. Julgador: Andreia Nebenzahl de Oliveira. Porto Alegre, 12 jan. 2019. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>> Acesso em: 22 de janeiro de 2019.

Sobre a espécie (por conversão) trazida à baila, há quem discuta sobre se é decretada de ofício ou não. Segundo alguns autores, a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva em nada se equipara com uma decisão tomada de ofício.⁹² Afirmam que essa liberdade que o juiz tem de simplesmente trocar uma prisão pela outra se dá justamente pelo fato de não estar prevista norma que impeça tal feito.⁹³ Entende doutrina processualista, inclusive, que o instrumento do Auto de Prisão em Flagrante, por si só, corporificaria uma espécie de representação implícita da autoridade policial pela decretação da prisão preventiva.⁹⁴ Representação esta que possuiria o mesmo valor de um requerimento objetivo, excluindo-se, por conseguinte, comportamento posterior de ofício por parte da autoridade judiciária.⁹⁵

Não bastasse isso, e como bem se sabe, a autoridade judiciária quando recebe o auto de prisão em flagrante, na maioria das vezes em sede de plantão, em virtude da necessidade de uma resposta imediata sobre a legalidade ou ilegalidade da prisão, bem como acerca da manutenção ou não da segregação do flagrado, acaba por não abrir vista do que se tem de prova pré-constituída a nenhuma das partes que envolvem a persecução criminal. O Magistrado, dessa forma, partindo do pressuposto de que as manifestações tanto do Ministério Público, quando da defesa, são dispensáveis, acaba, na maioria das vezes, por converter a prisão em flagrante em preventiva sem uma análise mais aprofundada do caso em concreto, oportunizando somente *a posteriori* vista do instrumento para que as partes requeiram o que acharem necessário.

Ademais disso, não se pode olvidar que para a conversão, não se faz necessária a presença das condições elencadas no artigo 313 do CPP. Diferentemente do que ocorre quando das decretações autônomas, nas quais se mostra imperativa a existência das hipóteses prefixas no artigo supra referido. Nesse viés, anota Fernando Capez que:

[...] mesmo fora do rol dos crimes que autorizam a prisão preventiva, o juiz poderá converter o flagrante em prisão preventiva, desde que existente um dos motivos previstos em lei: (1) necessidade de garantir a ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação

⁹² DE LIMA. Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. Salvador: Juspodvm, 2017. p. 952 e 953.

⁹³ *Ibidem*

⁹⁴ *Ibidem*

⁹⁵ *Ibidem*

da lei penal + (2) insuficiência de qualquer outra medida cautelar para a garantia do processo⁹⁶

Capez justifica a aludida possibilidade no sentido de que a lei, ao tratar da conversão do flagrante, não faz referência a quaisquer das exigências previstas no artigo 313 do CPP.⁹⁷

Na prisão preventiva imposta em substituição à medida cautelar descumprida (substitutiva ou subsidiária), prevista no artigo 282, § 4º, do Código de Processo Penal⁹⁸, também valerá o entendimento dado à espécie de conversão no que se refere a não necessidade dos requisitos constantes no artigo 313, do CPP. Somar-se-á, contudo e por óbvio, para o decreto da espécie subsidiária, além do preenchimento do que resguarda o artigo 312 do Estatuto Processual, a insuficiência de outra medida cautelar menos gravosa em assegurar os fins do processo criminal ou da investigação policial.⁹⁹

Por outro lado, há quem defenda que a decretação por conversão ou decretação subsequente à prisão em flagrante, insculpida no artigo 310, inciso II, do CPP, é sim um decreto de ofício por parte da autoridade judiciária, rechaçando-o, no sentido de que a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva dependeria da iniciativa do Ministério Público ou do querelante.¹⁰⁰ Em não havendo requerimento das partes realmente interessadas no enclausuramento preventivo, o magistrado, quando do recebimento do Auto de Prisão em Flagrante, deveria relaxar a prisão em flagrante do increpado¹⁰¹.

⁹⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 334.

⁹⁷ *Ibidem*. p. 335.

⁹⁸ “Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).” BRASIL. **Código de Processo Penal** de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em 14 de abril de 2019)

⁹⁹ CAPEZ, *op. cit.*, p. 35 e 36.

¹⁰⁰ SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 683.

¹⁰¹ SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 683.

5.3 DOS PRESSUPOSTOS PARA A PRISÃO PREVENTIVA E DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DA MEDIDA

Importante referir que, em sendo medida cautelar de caráter pessoal, conecta-se à prisão preventiva a existência de pressupostos imprescindíveis, quais sejam, a do *fumus comissi delicti* e a do *periculum libertatis*. Nesse seguimento, é o que estabelece o artigo 312, do Código Processo Penal¹⁰², ao versar que, além de poder ser decretada a prisão preventiva com fundamento em elementos circunstanciais, quais sejam, para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, faz-se necessária a prova da existência do crime bem como indícios suficientes de autoria.

Para a decretação da prisão preventiva é necessária a concomitância de ambos os pressupostos¹⁰³, não se admitindo a imposição da reprimenda quando incide ao caso em concreto um dos preceitos de forma isolada. Ademais disso, mister a comprovação do que preconiza o artigo suprarreferido, tanto no momento da decretação do enclausuramento preventivo como na sua manutenção¹⁰⁴. Isto é, posteriormente ao decreto da prisão preventiva, em não havendo mais a presença de ambos os pressupostos, ou apenas de um deles, a revogação da medida preventiva será, sob pena de gritante ilegalidade, a medida a se impor.¹⁰⁵

O *fumus comissi delicti* consiste na indispensabilidade da existência de um fato punível para que uma medida de prisão cautelar seja decretada.¹⁰⁶ É a parte final do artigo 312, do CPP, o qual estabelece que, em se tratando de prisão preventiva, para que haja a decretação da reprimenda, torna-se fundamental a prova

¹⁰² “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.” BRASIL. **Código de Processo Penal** de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em 17 de abril de 2019.

¹⁰³ SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 118.

¹⁰⁴ *Ibidem*

¹⁰⁵ “Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.” BRASIL. **Código de Processo Penal** de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em 18 de abril de 2019.

¹⁰⁶ DE VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti. **A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 141.

da existência do crime e indícios que sejam suficientes para a identificação da autoria do delito. Nesse viés, Renato Brasileiro de Lima:

Daí o uso da expressão *fumus comissi delicti*, a ser entendida como a plausibilidade do direito de punir, ou seja, a plausibilidade de que se trata de um fato criminoso, constatada por meio de elementos de informação que confirmem a presença de prova da materialidade e de indícios de autoria do fato¹⁰⁷

Salienta-se, nesse ínterim, que se no crime existente for constatado, através do que se tem de prova, ter o sujeito praticado o fato nas condições elencadas no artigo 23 do Código Penal (CP)¹⁰⁸ (excludentes de ilicitude), de modo algum poderá ser decretada a prisão preventiva.¹⁰⁹ Pois, assim como basta tão somente a fumaça (probabilidade razoável) da existência do crime para que se possa ser estipulada a reprimenda preventiva, de mesmo modo, verificada a probabilidade da incidência de uma excludente de ilicitude, a prisão preventiva será inconcebível.¹¹⁰ Nesse seguimento, preleciona Aury Lopes Jr. que:

Especificamente no que se refere à ilicitude, não se pode olvidar do disposto no art. 314, em que havendo fumaça de que o agente praticou o fato ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude, não pode ser imposta a prisão preventiva (sem prejuízo da imposição de medidas cautelares diversas da prisão, art. 319). Basta que exista a fumaça da excludente para enfraquecer a própria probabilidade da ocorrência de crime, sendo incompatível com a prisão cautelar, ainda que em sede de probabilidade todos esses elementos sejam objeto de análise e valoração por parte do juiz no momento de aplicar uma medida coercitiva de tamanha gravidade.¹¹¹

Por sua vez, o *periculum libertatis* é o perigo concreto que a permanência do suspeito em liberdade pode ocasionar à persecução criminal.¹¹² “É o risco emergente da situação de liberdade do agente”.¹¹³ Consubstanciam-se ao aludido pressuposto os fundamentos circunstâncias, estes elencados na parte inicial do artigo 312 do CPP, os quais justificariam a possibilidade de imposição da reprimenda, quais sejam: para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por

¹⁰⁷ DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. Salvador: Juspvom, 2017. p. 843.

¹⁰⁸ “Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.” BRASIL. Código Penal de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em 08 de maio de 2019.

¹⁰⁹ “Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.” BRASIL. **Código de Processo Penal** de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em 06 de maio de 2019.

¹¹⁰ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. São Paulo. Saraiva, 2014. p. 851-853.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 853.

¹¹² DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed. Salvador: Juspvom, 2017. p. 844.

¹¹³ *Ibidem*

conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. “Tais situações, para a decretação da preventiva, são alternativas e não cumulativas, de modo que basta uma delas para justificar-se a medida cautelar.”¹¹⁴

Por sinal, cabe ressaltar que o presente trabalho tem como principal objeto o estudo da prisão preventiva pela ordem pública, no qual serão analisadas as diferentes finalidades atribuídas à expressão “para a garantia da ordem pública”, buscando, dentre as que já foram aplicadas em decisões ou tão somente suscitadas em doutrina, a mais razoável e, por conseguinte, legítima, haja vista o indeterminismo de tal expressão, o que leva à possibilidade de discricionariedade da autoridade judiciária. Para fins de uma melhor sistematização, serão abordados ainda neste capítulo, quando da explanação das hipóteses que possibilitam a segregação preventiva, tão somente as que referem à prisão preventiva por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, tendo, por óbvio, capítulo próprio, a hipótese referente ao enclausuramento preventivo pela ordem pública.

Antes disso, essencial fazer menção ao artigo 313 do CPP, o qual estabelece quando será admitida a decretação da reprimenda preventiva. Não bastasse o preenchimento em conjunto dos pressupostos *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, este último subdividido em quatro finalidades, sendo necessária a aparência de tão somente uma delas (ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal), caberá a prisão preventiva somente nestas ocasiões: (Inciso I) nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos; (Inciso 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 CP; (Inciso III) se o crime envolver violência doméstica e familiar contra mulher criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.¹¹⁵

¹¹⁴LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. São Paulo. Saraiva, 2014. p. 854.

¹¹⁵No que diz respeito ao inciso III, do Código de Processo Penal, Aury Lopes Jr refere que: “Esse inciso foi além da redação anterior, que havia sido inserido por força da Lei n. 11.340/2006, para incluir no caso de violência doméstica, além da mulher, a criança, o adolescente, o idoso, o enfermo ou qualquer pessoa com deficiência (mas sempre no contexto da coabitação doméstica). Cria o dispositivo uma espécie de vulnerabilidade doméstica, em que a prisão preventiva é usada para dar eficácia à medida protetiva aplicada. Mas o artigo deve ser lido com cuidado, ainda que as intenções da tutela sejam relevantes. [...] Uma leitura apressada levaria à (errada) conclusão de que “qualquer conduta que configure ameaça, calúnia de difamação ou injúria” (art. 7º, V, da Lei n. 11.340)

Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-los, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar manutenção da medida.¹¹⁶ É o que preconiza o parágrafo único do artigo 313 do CPP.

Percebe-se, então, a vinculação da prisão preventiva com o já referido princípio da proporcionalidade, haja vista tal limitação do legislador no sentido de que seja admitida a ordem da repressão tão somente nas ocasiões acima aludidas. Afinal, em sendo a prisão preventiva medida cautelar, modo algum poderá exceder os limites do seu dever, qual seja a garantir a efetividade do processo.¹¹⁷ Apesar de o princípio não estar taxativamente em nosso estatuto processual repressivo, o suscitado artigo o respeita. Nesse viés, Renato Brasileiro de Lima:

Atento ao princípio da proporcionalidade, o dispositivo visa evitar que o mal causado durante o processo seja desproporcional àquele que, poderá ser infligido ao acusado quando de seu término. Ou seja, ao decretar a prisão preventiva, deve fazer o juiz um prognóstico se, ao término do processo, ao réu poderá ser aplicada pena privativa de liberdade.¹¹⁸

São exemplos disso a impossibilidade da decretação quando da ocorrência de uma contravenção penal, pois “a legislação faz referência ao termo “crime” e não “infração penal”; bem como quando tratar-se de crime culposos, pois se faz alusão tão somente aos crimes que tenham sido cometidos de forma dolosa.”¹¹⁹ Nesses casos, mesmo com a incidência do que preconiza o artigo 312 do CPP, jamais poderá ser decretada a prisão preventiva.

autorizaria a prisão preventiva pela incidência do art. 313, III, quando o juiz determinasse, por exemplo, a proibição de contato com a ofendida (art. 22, III, “b”, da Lei n. 11.340.” LOPES JR, Aury, **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 612.

¹¹⁶ Acerca do que estabelece o parágrafo único do artigo 313 do Código de Processo Penal, Nestor Távora argumenta que: “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 à aplicação da lei penal ou à própria instrução. [...] o parágrafo único do art. 313 do CPP não fez qualquer referência ao tipo de delito praticado pela pessoa não identificada civilmente, é dizer, não especificou se é doloso ou culposos, nem delimitou o quantitativo da pena.” TAVORA, Nestor; DE ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 ed. Salvador: Juspodvm, 2017. p. 936.

¹¹⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 57.

¹¹⁸ DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 5 ed. Salvador: Juspodvm, 2017. p. 975.

¹¹⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 424.

5.4 DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA

Pois bem. Ainda antes de adentrar ao objeto principal do trabalho, qual seja a prisão preventiva pelo critério da ordem pública, mister a explanação dos demais fundamentos da reprimenda. Aqui serão analisadas duas das razões pelas quais se ordena a segregação em comento: a decretação da prisão preventiva por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

5.4.1 Da decretação da prisão preventiva por conveniência da instrução criminal

Diz-se por conveniência da instrução criminal quando a prisão é decretada por conta de uma atual perturbação ao regular andamento do processo.¹²⁰ Verifica-se quando, por exemplo, o acusado opera de ameaças contra testemunhas, contra o próprio ofendido com o intuito de intimidá-los; bem como quando promove qualquer tipo de incidente que ocasione dano explícito à instrução processual.¹²¹ Norberto Avena define a segregação preventiva como sendo “[...] aquela que visa a impedir que o agente, em liberdade, alicie testemunhas, forje provas, destrua ou oculte elementos que possam servir de base à futura condenação.”¹²²

Importante aduzir que com as modificações da Lei nº 12.403/2011, tende a ser diminuído o número de prisões decretadas unicamente com o objetivo de guarida da instrução criminal.¹²³ Isso porque, em sendo tais imposições justificadas, em sua maioria, na proteção de ofendidos e testemunhas, mostrar-se-ão pertinentes demais medidas cautelares, estas diversas da prisão e devidamente estabelecidas no artigo 319 do CPP.¹²⁴ Nesse sentido, argumenta Avena que :

¹²⁰ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 263.

¹²¹ *Ibidem*

¹²² AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 901.

¹²³ *Ibidem*

¹²⁴ 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 a 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

Ora, após a reforma preconizada pela citada Lei 12.403/2011, passou a determinar o art. 282, § 6.º, do CPP que a prisão preventiva apenas poderá ser determinada quando não for possível a sua substituição por outra medida cautelar diversa da prisão, dentre as previstas no art. 319 do mesmo diploma. Ocorre que, entre provimentos contemplados nesse dispositivo, encontram-se a proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante (inc. III) e a monitoração eletrônica (inc. IX) [...]¹²⁵

Verifica-se, portanto, que a autoridade judiciária, ao deparar-se com situações onde o perigo à instrução do processo consubstancia-se na intimidação de ofendidos e testemunhas, poderá lançar mão de umas das medidas cautelares diversas da preventiva. Ademais, faz-se plausível a salvaguarda no que se refere a imposição de medidas alternativas à prisão, eis que a segregação acaba por afetar o direito à ampla defesa e ao contraditório, obstando o acusado do exercício irrestrito de sua defesa pessoal.¹²⁶ Contudo, nada impede que, tanto pelas condições subjetivas do increpado quanto pela natureza do meio de prova que se pretende proteger, o magistrado entenda pela não suficiência de tais medidas, decretando, por conseguinte, o enclausuramento preventivo.¹²⁷

Salienta-se, enfim, que encerrada a instrução, tendo sido, exclusivamente, para o amparo desta, decretada prisão preventiva, cairá por terra a reprimenda, devendo ser o acusado liberto.¹²⁸ A prova, nesse momento, já se encontra nas mãos do julgador, não persistindo mais a necessidade de se tutelar a instrução.¹²⁹

5.4.2 Da decretação da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal

Por sua vez, identifica-se a decretação da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal como sendo a que funda-se em uma provável fuga do agente

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." BRASIL. **Código de Processo Penal** de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em 14 de maio de 2019.

¹²⁵ AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 901.

¹²⁶ WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e Prisões Cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 125.

¹²⁷ AVENA, *op. cit.*, p. 901.

¹²⁸ WEDY, *op. cit.*, p. 123.

¹²⁹ *Ibidem*

que, em razão disso, evitaria qualquer eficiência punitiva estatal.¹³⁰ Ocorre também quando, por exemplo, “houver provas seguras de que o acusado, em liberdade, irá se desfazer (ou está se desfazendo) de seus bens de raiz, ou seja, tentando livrar-se de seu patrimônio com escopo de evitar o ressarcimento dos prejuízos causados pela prática do crime”.¹³¹

Contudo, faz-se indispensável que o estabelecimento da reprimenda preventiva com tal finalidade esteja embasado em elementos concretos, não sendo a mera conjectura, ou a possibilidade de fuga dada a condição econômica do acusado, de forma isolada, elementos suficientes para a prisão preventiva.¹³² Para a decretação do enclausuramento deve estar categoricamente demonstrado o risco real de fuga.¹³³

Nota-se que ambos os fundamentos acima expostos (conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal) associam-se diretamente ao processo, o que manifesta o bojo de toda medida cautelar, qual seja a guarida da instrução e a efetividade de seu resultado, não abrindo margem para discussões a respeito da utilização da prisão preventiva como sendo uma antecipação da pena, alcançando, conseqüentemente, plena legitimidade. Nos dizeres de Eugênio Pacelli:

As prisões preventivas por conveniência da instrução criminal e também para assegurar a aplicação da lei penal são evidentemente instrumentais, porquanto se dirigem diretamente à tutela do processo, funcionando como medida cautelar para garantia da efetividade do processo principal (a ação penal).¹³⁴

Instrumentalidade esta deveras questionada quando nos referimos à prisão preventiva pela ordem pública, tema central da presente monografia, haja vista a injunção da reprimenda, com base em tal fundamento, não ter como finalidade, *a priori*, resguardar o processo (sua instrução e sua efetividade), relacionando-se mais com o crime propriamente dito e suas conseqüências perante a sociedade. Nesse sentido, aponta Odone Sanguiné que:

¹³⁰NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: de acordo com a Lei 12.403/2011**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 93.

¹³¹RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 811.

¹³²TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 934.

¹³³PACELLI, Eugênio; DA COSTA, Domingos Barroso. **Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: a reforma da Lei nº 12.403/11**. São Paulo: Atlas, 2013. p.105.

¹³⁴PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 263

[...] entre todos os critérios que fundam a prisão provisória, a garantia da ordem pública ou da segurança pública aparece como a mais controvertida e contestada. Com fronteiras nebulosas e incertas, variando ao gosto da subjetividade dos juizes, 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.¹³⁵

Ademais, não bastasse a dubiedade no que se refere ao caráter instrumental, a prisão preventiva pela ordem pública encontra alteração doutrinária no que se refere à compatibilização da reprimenda com o princípio constitucional da presunção da inocência. Aos que defendem à incompatibilidade da prisão preventiva, sob tal fundamento, com o texto constitucional, a decretação nada mais seria do que uma pena antecipada, pois arrazoada em questões subjetivas que fogem do âmbito processual, possuindo (tais questões) caráter de prevenção geral e especial.¹³⁶

Por outro lado, há quem ampare a prisão sob o critério da ordem pública, sustentando que, apesar de não atender as finalidades do processo em si, a custódia visa garantir a segurança pública, evitando que o agente reitere a prática delitiva.¹³⁷ Eugênio Pacelli, de outra forma, uma vez que reconhece as ferrenhas críticas ao enclausuramento pela ordem pública, também se mostra adepto à utilização da reprimenda em situações. Afirma o autor que:

A prisão preventiva pela ordem pública somente deve ocorrer em hipóteses de crimes gravíssimos, quer quanto à pena, quer quanto aos meios de execução utilizados, e quando haja o risco de novas investidas criminosas e ainda seja possível constatar uma situação de comprovada intranquilidade coletiva no seio da comunidade.¹³⁸

Em que pese tais divergências no que tange à compatibilidade ou não com o princípio constitucional da presunção da inocência da custódia por conta de seu caráter não instrumental, sabe-se que há muito vêm sendo decretadas prisões preventivas fundamentadas sob o critério da ordem pública. Cláusula esta que, conforme já se aludiu, carece de uma conceituação una, possuindo, dessa forma, variados sentidos, os quais serão analisados a seguir.

¹³⁵ SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, Medida Alternativas e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.

¹³⁶ WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria da Prisão Cautelar e Estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.168.

¹³⁷ DA FONSECA, André Luiz Filo-Creão Garcia. **Medidas Cautelares no Processo Penal: comentários à Lei nº 12.403/2011**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015. p. 83.

¹³⁸ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 265.

6 DA PRISÃO PREVENTIVA PELA ORDEM PÚBLICA

O presente capítulo, conforme aludido, terá por finalidade expor e analisar doutrinariamente e jurisprudencialmente alguns dos diferentes sentidos empregados quando da decretação da prisão preventiva pela ordem pública. Fato que se permitiu por conta do indeterminismo do vocábulo, sendo, portanto, possível interpretar o critério de variadas formas.

Contudo, antes de apresentar e examinar as diferentes acepções adotadas pela doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) no que se refere à imposição da reprimenda em comento, importante fazer constar que assim como àquela que visa proteger a instrução processual, bem como àquela que tem como função assegurar a aplicação da lei penal, a prisão preventiva “como garantia da ordem pública”, está estabelecida no artigo 312 do CPP. Trata-se, portanto, de uma medida cautelar de natureza pessoal, sendo imprescindível para sua decretação a não suficiência de outra medida diversa da prisão, assim como a aparência do *fumus comissi delicti*.

As hipóteses que autorizam a prisão preventiva confundem-se, por óbvio, com o cerne do capítulo (e do trabalho como um todo), sendo, por conta disso, vistas com melhor atenção posteriormente. A título de sistematização serão analisadas tais situações e as justificativas acerca da legitimidade de cada uma das hipóteses. Por ora, interessante tentar conceituar a expressão “ordem pública” ou, pelo menos, limitar sua área de abrangência, eis que, conforme já referido, trata-se de conceito indeterminado e, por conta disso, passível de demais concepções.

Mesmo com a reforma da Lei nº 12.403 de 2011, na qual foram introduzidas várias modificações no contexto da prisão e liberdade, sendo incluídas no CPP medidas cautelares diversas da prisão, optou o legislador por manter o instituto da prisão preventiva intacto. Na oportunidade, não preocupou-se o legislador em precisar ou ao menos balizar o que vem a ser a prisão preventiva pela ordem pública.¹³⁹ Segundo Nucci, o legislador “não o fez, possivelmente para continuar tolerando seja o juiz o protagonista da conceituação, conforme o caso concreto.

¹³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: De acordo com a Lei 12.403/2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 87 e 88.

Qualquer interferência, nesse setor, poderia da margem ao cerceamento no uso da prisão cautelar.¹⁴⁰

Por conta desse vacilo legislativo, e até antes mesmo da aludida reforma, doutrinadores vêm tentando, ao menos, delimitar a área de alcance da expressão “ordem pública”. Argumentando que se deve conferir à garantia da ordem pública um significado concreto, Guilherme de Souza Nucci afirma que:

A garantia da ordem pública envolve a própria segurança pública, não sendo necessário abranger toda uma cidade, bastando um bairro, uma região ou uma comunidade. Demanda quesitos básicos como *gravidade concreta do crime, repercussão social, maneira destacada de execução, condições pessoais negativas do autor e envolvimento com quadrilha, bando ou organização criminoso. Tais elementos não precisam ser encontrados cumulativamente, bastando que exista, pelo menos, um binômio, como regra.*¹⁴¹

Eugênio Pacelli, a seu turno, afirmando inclusive ser a prisão preventiva pelo critério da ordem pública o calcanhar de Aquiles do processo penal brasileiro, também relaciona a imposição da reprimenda à segurança pública.¹⁴² De acordo com o autor, não obstante as variadas concepções que se pode extrair, a expressão ordem pública “parece indicar maiores cuidados e preocupações com *estabilidade e/ou tranquilidade* da comunidade, em relação ao cumprimento, pelo Poder Público, das funções que lhe são inerentes [...]”.¹⁴³ Todavia, diferentemente do que acredita Nucci, Pacelli conclui “que as circunstâncias e requisitos levantados para a justificação da prisão para a garantia da ordem pública” (a gravidade do delito, meios de execução, possibilidade de reincidência delituosa, repercussão social, etc.) “devem estar presentes simultaneamente”.¹⁴⁴

Depreende-se, portanto, que o vocábulo ordem pública, em que pese não tenha uma conceituação única, tendo a doutrina, tão somente, limitado sua área de alcance, relaciona-se diretamente à questão da segurança pública, especialmente no que refere aos reflexos do crime cometido e das condições particulares do inculpado que cometeu o delito perante a sociedade. Resta, contudo, por conta do indeterminismo de tal expressão, relacionar as diferentes acepções, estas

¹⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: De acordo com a Lei 12.403/2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 88.

¹⁴¹ *Ibidem*

¹⁴² PACELLI, Eugênio; DA COSTA, Domingos Barroso. **Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: a reforma da Lei nº 12.403/2011**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 92 e 93.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 93.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 96.

empregadas pelos juízes e tribunais, as quais poderiam motivar um decreto de prisão preventiva fundamentada na ordem pública.

São variadas as circunstâncias utilizadas.¹⁴⁵ Todavia limitar-se-á o presente estudo às circunstâncias mais destacadas, quais sejam as circunstâncias do clamor público, da gravidade do delito e do risco de reiteração delitiva.

6.1 A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA EM RAZÃO DO CLAMOR PÚBLICO

Dentre as circunstâncias que poderiam ensejar uma decretação de prisão preventiva pelo fundamento da ordem pública, mostra-se a questão do “clamor público” como sendo uma das mais problemáticas, senão a mais, por conta da total falta de relação da imposição da reprimenda sob tal acepção com o processo em si – este objeto de guarda de toda medida cautelar –, bem como pela vagueza da expressão, podendo ser empregada tal circunstância quando ocorridos quaisquer dos efeitos ocasionados pela prática de um crime perante a sociedade.¹⁴⁶ É em virtude da discussão acerca da idoneidade da justificativa que vem se tolerando cada vez menos o pretexto do clamor público, ao menos de forma isolada, quando da imposição da reprimenda preventiva.

Na doutrina vêm restando inexitosas as tentativas de se estabelecer o que realmente significa “clamor público”. Fato esse que se dá muito em razão da multiplicidade de acepções dadas, até então, pela jurisprudência à expressão, a qual poderá se relacionar com a repercussão gerada pelo crime perante a sociedade, com a preservação da credibilidade do Estado e da justiça, com a satisfação da opinião pública, com a proteção da paz pública, com a comoção social ou popular, com o desassossego, temor, espanto, perplexidade, abalo ou inquietação da comunidade, com a descrença do princípio da autoridade, com a indignação, repulsa profunda ou revolta na comunidade, com a periculosidade do agente e *modus operandi*, com a preservação da disciplina ou valores sociais lesados pelo cometimento do crime.¹⁴⁷

¹⁴⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 637.

¹⁴⁶ *Ibidem*

¹⁴⁷ SANGUINÉ, Odone. **Prisões Cautelares, Medidas Alternativas e Direito Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 316 e 317.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, conceituando clamor público como sendo sentimento popular em virtude do cometimento de determinado delito, criticam a circunstância argumentando que tal conceito “não pode pautar a atuação judicial com repercussão tão gravosa na vida do agente.”¹⁴⁸ Além disso, afirmam que “a política de “boa vizinhança” com a opinião pública ou com a imprensa não pode levar ao descalabro de colocarmos em tábula rasa as garantias constitucionais, em prol da falaciosa sensação de segurança que o encarceramento imprimiria.”¹⁴⁹ Concluem os autores, ainda, que “a imagem do Judiciário deve ser preservada, com a condição justa do processo, não cabendo ao réu suportar este ônus com sua liberdade.”¹⁵⁰

Rangel também não deixa de fazer ponderações quanto à questão do clamor público. Entendendo a expressão como sendo a revolta local, no sentido de querer a comunidade linchar o acusado, assevera que, modo algum, poderá ser embasada a reprimenda em tal acepção.¹⁵¹ Afirma o autor que o enclausuramento cautelar visado proteger a integridade física do acusado atesta tão somente a incompetência do Estado, o qual agindo de tal forma transfere sua responsabilidade.¹⁵²

Nessa esteira caminha Renato Brasileiro de Lima ao afirmar que “não será possível a decretação da prisão preventiva em virtude da repercussão da infração ou do clamor social provocado pelo crime, isoladamente considerados”.¹⁵³ Segundo o próprio, o dito clamor social ocasionado pelo crime deverá permanecer à margem de qualquer avaliação, haja vista seu caráter não cautelar.¹⁵⁴

Observa-se, pois, que a doutrina vem convergindo no que se refere às duras críticas à utilização do espectro do clamor público, seja qual for o sentido empregado à expressão, como justificativa de um decreto prisional preventivo, manifestando contrariamente à sua legitimidade. Isso, porquanto, conforme atribui Odone Sanguiné, “o clamor público constitui um dos critérios estranhos que claramente excedem a própria natureza cautelar e processual da prisão preventiva para entrar

¹⁴⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. Salvador: Juspodvm, 2017. p. 933

¹⁴⁹ *Ibidem*

¹⁵⁰ *Ibidem*

¹⁵¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. Atlas, 2015. p. 810.

¹⁵² *Ibidem*

¹⁵³ DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed. Salvador: Juspodvm, 2017. 966 p.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

em uma dimensão mais própria da *pena* mesma ou das *medidas de segurança*.¹⁵⁵ Sanguiné, o qual, inclusive, reputa ao fundamento caráter de inconstitucionalidade. Nesse sentido argumenta o autor que:

O encarceramento antecipado como instrumento apaziguador das ânsias e temores suscitados pelo delito, com finalidade intimidatória ou exemplar (a reiterada e conhecida invocação à segurança pública), equivale a uma *pena antecipada* à própria condenação, não com base em necessidades processuais, mas de prevenção geral, o que resulta inconstitucional porque se *pressupõe a culpabilidade do acusado*. Uma ideia desta natureza resulta insustentável em um sistema constitucional que acolhe um rigoroso respeito pelos direitos fundamentais e proclama a presunção de inocência.¹⁵⁶

Acalorasse ainda mais essa discussão, haja vista a manutenção da utilização do clamor público como motivo para um decreto prisional preventivo. Pois, em que pese não seja mais capaz de, por si só, fundamentar a prisão preventiva – fato que se deu muito por conta dessa construção doutrinária -, não são raras as decisões que empregam tal circunstância, principalmente nos crimes tidos como mais midiáticos.¹⁵⁷ Esbarra tal questão, contudo, na jurisprudência do STF.

Da decisão do HC nº 117.885¹⁵⁸, datado de 2015, a qual envolve suposta prática de homicídio qualificado consumado e homicídio qualificado tentado,

¹⁵⁵ SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais**. p. 319.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 320.

¹⁵⁷ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 122.

¹⁵⁸ "HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CONSUMADO DUPLAMENTE QUALIFICADO E HOMICÍDIO TENTADO QUALIFICADO – CP, ART. 121, § 2º, II E IV, E ART. 121, § 2º, II, C/C ART. 14, II. PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MODUS OPERANDI A EVIDENCIAR PERICULOSIDADE. FUNDAMENTO IDÔNEO. PRECEDENTES. WRIT IMPETRADO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU LIMINARMENTE IDÊNTICA AÇÃO NO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE AGRAVO REGIMENTAL. NÃO CONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. A prisão preventiva para garantia da ordem pública encontra justificativa idônea no modus operandi da prática delituosa, a evidenciar periculosidade exacerbada do agente (HC 102.425/SC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ o acórdão Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 16/09/11; HC 104.522/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO. Rel. p/ o acórdão Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 16/09/11; HC 105.725/SP, Rel. Min. CÂRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJe de 18/08/11; HC 103.107/MT, 1ª Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ de 29.11.10; HC 104.410/GO, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe 30/06/11; e HC 97.891/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 19/10/10). 2. In casu, o paciente, após discussão banal com a vítima, desferiu-lhe, inopinadamente e de surpresa, 6 (seis) disparos de arma de fogo que foram a causa eficiente de sua morte, tendo um dos tiros atingido, por erro de execução, uma mulher grávida de 8 (oito) meses que não veio a óbito por circunstâncias alheias à vontade do agente. A prisão preventiva decretada em prol da garantia da ordem pública funda-se não somente no clamor popular causado, mas principalmente na periculosidade exacerbada do paciente atestada pelo modus operandi das práticas delituosas. 3. O habeas corpus não é admissível como substitutivo do recurso cabível, sendo certo ainda que o impetrante não se desincumbiu do ônus de interpor agravo regimental da decisão do Tribunal a quo que indeferiu liminarmente o writ ali impetrado. 4. Habeas corpus julgado extinto, sem resolução do mérito e ante a impossibilidade de concessão da ordem de ofício, por ausência de teratologia,

identifica-se a questão do clamor público (ou clamor popular) como sendo um aguardo de tomada de providência do Poder Judiciário, o qual não poderia, diante da gravidade do delito, deixar de responder “à altura”, sob pena de descrença por parte da sociedade.¹⁵⁹ A respeito disso, eis alguns fragmentos do voto do Ministro Marco Aurélio:

O clamor social, na maioria das vezes a envolver visão apaixonada, não serve a fundamentar a custódia precária e efêmera, devendo-se dizer o mesmo quanto ao prestígio do Judiciário, ao qual incumbe, independentemente de fatores atécnicos, da capa do processo, da repercussão do crime, guardar a mais absoluta equidistância, decidindo à luz da ordem jurídica.¹⁶⁰

Reitere-se que, na decisão mediante a qual implementada a prisão preventiva, não se teceu uma linha sequer sobre o caso concreto. Pautou-se o pronunciamento, exclusivamente, na gravidade, em abstrato, da imputação, na necessidade de resguardo da credibilidade do Poder Judiciário e no clamor público, revelando-se na contramão da jurisprudência deste Tribunal.¹⁶¹

Verifica-se, pois, que, apesar de estar o clamor público ligado a outros elementos, *in casu*, a gravidade em abstrato do delito, a suposta periculosidade do agente e o *modus operandi*, também se mostra de toda ilegítima sua utilização, como forma de justificar uma prisão preventiva. Isso, porquanto antecipa à prisão cautelar “funções que são próprias inerentes à pena de prisão, sanção que somente pode ser imposta por decisão condenatória com trânsito em julgado.”¹⁶²

Contudo, em que pese tratar-se de questão jurisprudencialmente firmada no STF, bem como doutrinariamente convergida, no sentido de atribuir inidoneidade ao fundamento em voga pelas razões aqui já expostas, sabe-se que ainda vem se utilizando a circunstância do clamor público, inclusive de forma isolada, quando das decretações das prisões preventivas. Especialmente em sede de 1º grau, de forma majoritária nas conversões dos flagrantes em preventivas, não são incomuns os decretos baseados em tal circunstância. E isso se mostra, até certo ponto, compreensível, apesar da problemática envolvida, haja vista uma maior “pressão social”, ante o cometimento do crime. Muitas vezes deparam-se as autoridades

restando revogada a liminar deferida.”STF. *Habeas Corpus* n. 117.885, Rel. Min. Marco Aurélio. Primeira Turma, julgado em 27/10/2015.

¹⁵⁹ STF. *Habeas Corpus* n. 117.885, Rel. Min. Marco Aurélio. Primeira Turma, julgado em 27/10/2015.

¹⁶⁰ *Ibidem*

¹⁶¹ *Ibidem*

¹⁶² *Ibidem*

judiciais com situações extremamente difíceis, como, por exemplo, crimes graves com alta repercussão midiática ou até mesmo delitos que “assolam” a sociedade *in locu*, como é o caso do roubo. Tais episódios poderão fazer com que o magistrado (que se não atuar como se espera enfrentará críticas) desconsidere a real função da medida cautelar, antecipando, por assim dizer, a pena do increpado.

6.2 A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA DIANTE DA GRAVIDADE DO DELITO.

A gravidade do delito também é vista como sendo uma das diferentes acepções abarcadas pela expressão “ordem pública”. Comprovada pela análise do modo de agir e/ou pela condição subjetiva do agente,¹⁶³ urge como elemento crucial, somada a demais circunstâncias, à determinação de um decreto prisional calcado na ordem pública.

Ocorre que, quando empregado tal fundamento de forma isolada, assim como a questão do clamor público, torna-se alvo de críticas. Renato Brasileiro de Lima, ao tratar da prisão cautelar sob tal aspecto assevera que “os elementos próprios à tipologia bem como as circunstâncias da prática delituosa não são suficientes a respaldar a prisão preventiva, sob pena de, em última análise, antecipar-se o cumprimento de pena ainda não imposta.”¹⁶⁴ Argumenta o autor, inclusive, que essa mesma avaliação vale para os crimes hediondos, haja vista a não possibilidade de presumir a culpabilidade do agente antes da sentença condenatória transitada em julgado.¹⁶⁵ Convergem a tal entendimento Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar ao argumentarem que a gravidade do delito, por ser tão somente vetor de análise da proporcionalidade bem como da adequação da medida, não poderia, de forma isolada, fundamentar uma segregação preventiva.¹⁶⁶

Nesse mesmo diapasão se encontra Norberto Avena que, estabelecendo uma diferenciação entre gravidade abstrata e gravidade concreta, conclui: “a gravidade objetiva da infração (gravidade abstrata), *por si*, não é suficiente para justificar a segregação do indivíduo antes do trânsito em julgado da sentença penal

¹⁶³DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed. Salvador: Juspovm, 2017. p. 966

¹⁶⁴*Ibidem*

¹⁶⁵*Ibidem*

¹⁶⁶TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Processo Penal**. p. 932.

condenatória, em face do princípio da presunção da inocência.”¹⁶⁷ Assevera, contudo, que no que se refere à gravidade concreta, esta que se relaciona à análise do *modus operandi* do agente, mostra-se plausível o decreto preventivo sob o critério da ordem pública.¹⁶⁸

A jurisprudência do STF, de mesmo modo, rechaça a fundamentação da prisão preventiva com base na gravidade abstrata do delito. Inclusive, hodiernamente, em razão do elevado número de precedentes que aderiram o entendimento, evidencia-se possível afirmar que está pacificada tal questão.

Da análise do HC nº 135.250¹⁶⁹, verifica-se que, quando da conversão da prisão em flagrante em preventiva, justificou o juiz singular de primeira instância a imposição da reprimenda ao increpado, tão somente em razão da gravidade do delito (tráfico de drogas), argumentando que são demasiadamente problemáticas as consequências causadas pelo crime e que, para resguardar a ordem pública, não se mostrava suficiente o estabelecimento de medida diversa ao decreto prisional preventivo.¹⁷⁰ Prisão esta que foi mantida no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) e no Superior Tribunal de Justiça (STJ), apesar das reivindicações por parte da defesa do segregado.¹⁷¹

A fundamentação, contudo, colidiu com o entendimento pacificado da Suprema Corte, a qual acordou a Segunda Turma, por unanimidade, em conceder a

¹⁶⁷AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 903

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 903 e 904

¹⁶⁹ “HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. **GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO**. QUANTIDADE DA DROGA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. **1.** Nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, a preventiva poderá ser decretada quando houver prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria, mais a demonstração de um elemento variável: (a) garantia da ordem pública; ou (b) garantia da ordem econômica; ou (c) por conveniência da instrução criminal; ou (d) para assegurar a aplicação da lei penal. Para quaisquer dessas hipóteses, é imperiosa a demonstração concreta e objetiva de que tais pressupostos incidem na espécie, assim como deve ser insuficiente o cabimento de outras medidas cautelares, nos termos do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, pelo qual a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319 do CPP). **2.** Hipótese em que o juízo de origem lastreou sua decisão tão somente na gravidade em abstrato do delito, circunstância categoricamente rechaçada pela jurisprudência da Suprema Corte. **3.** A pequena quantidade da droga apreendida torna desproporcional a decretação da prisão preventiva. Precedentes. **4.** Motivação que extrapola o conteúdo do decreto prisional não se presta a suprir a carência de fundamentação nele detectada. **5.** Habeas corpus concedido.” STF. *Habeas Corpus* n. 135.250, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 13/09/2016.

¹⁷⁰*Ibidem*

¹⁷¹*Ibidem*

ordem de habeas corpus, revogando a medida cautelar.¹⁷² De rigor colacionar, nesse seguimento, enxerto do Ministro Relator Teori Zavascki, o qual, no que se refere à justificativa da prisão cautelar com base na gravidade do delito, argumentou:

[...] a referência à gravidade abstrata do crime de nada vale para sustentar a prisão cautelar. O apelo a fórmulas vazias, desvinculadas da base empírica, não se coaduna com o caráter excepcional da medida de restrição de liberdade, que exige fundamentação consistente. Assim, a detenção cautelar assume contornos de antecipação de sanção penal, sendo repelida pela jurisprudência como abusiva e censurável [...].¹⁷³

Observa-se que, no âmbito da Suprema Corte, vem restando consolidada a questão, no sentido de atribuir ilegitimidade à prisão preventiva (sob a égide da ordem pública) embasada tão somente na gravidade abstrata do crime, sendo colacionado ao voto, inclusive, pelo Ministro Relator, demais precedentes recentes, os quais rechaçam a imposição da reprimenda quando justificada em tal acepção doutrinária. Entretanto, detém o próprio STF percepção diversa quando se fundamenta a prisão preventiva pela gravidade concreta do crime, esta que, segundo Norberto Avena, se caracteriza a partir da análise do *modus operandi*.¹⁷⁴

Extrai-se do Agravo Regimental em Habeas Corpus de nº 166.801¹⁷⁵, em meio a mais questões, discussão acerca da legitimidade da prisão preventiva do

¹⁷² STF, *Habeas Corpus* n. 135.250, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 13/09/2016.

¹⁷³ *Ibidem*

¹⁷⁴ “É o caso, por exemplo, dos crimes cometidos com intensa crueldade, ou por meio de conduta que põe em risco a vida de muitas pessoas, ou com grande sofrimento físico ou moral durante a execução etc. Em tais casos, relevam as particularidade do caso concreto.” AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 903.

¹⁷⁵ “AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR AFRONTA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 288, CAPUT, 312, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL E NO ART. 89 DA LEI 8.666/93. **PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DESTACADO MODO DE EXECUÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.** 1. Não há violação ao princípio da colegialidade quando o relator, utilizando-se da faculdade conferida pelo art. 21, § 1º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nega seguimento a pedido manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou a Súmula do Tribunal. 2. De acordo com o art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada quando houver prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria. Além disso, é preciso demonstrar, concretamente, a existência de um dos fundamentos que a autorizam: (a) garantia da ordem pública; (b) garantia da ordem econômica; (c) conveniência da instrução criminal; ou, ainda, (d) para assegurar a aplicação da lei penal. 3. **As razões apresentadas pelas instâncias antecedentes revelam ser imperiosa a necessidade de se garantir a ordem pública, evidenciada sobretudo diante de fatos concretos aos quais se atribuiu extrema gravidade e que revestem a conduta de remarcada reprovabilidade.** 4. Sobressai dos autos que o paciente aparenta ser peça importante de uma ação criminoso organizada, com influência no âmbito da Administração Pública, que movimentou significativa quantia de dinheiro, supostamente gerando prejuízo estimado em R\$ 11.464.405,77 ao erário. Mesmo após notificação do Tribunal de Contas a respeito da ilegalidade dos pagamentos questionados, o paciente ainda teria ordenado novo empenho no valor de R\$ 1.000.000,00. O quadro delineado se agrava ainda mais com a constatação

increpado - a resguardar a ordem pública -, o qual supostamente teria cometido variados crimes, dentre os quais associação criminosa, peculato e fraude à lei de licitações.¹⁷⁶ Em tal ocasião, insistiu a defesa na ausência de fundamentação idônea a sustentar o decreto preventivo.¹⁷⁷ Todavia, diverso foi o entendimento da Corte, a qual, por maioria, negou provimento ao Agravo Regimental, sustentando, diante das peculiaridades do caso, a gravidade concreta do crime.¹⁷⁸ Eis um segmento do voto do Ministro Alexandre de Moraes:

[...] é imperiosa a necessidade de se garantir a ordem pública, evidenciada sobretudo diante de fatos concretos aos quais se atribuiu extrema gravidade e que revestem a conduta de remarcada reprovabilidade. E não há qualquer ilegalidade nesse entendimento.

Com efeito, sobressai dos autos que o paciente aparenta ser peça importante de uma ação criminosa organizada, com influência no âmbito da Administração Pública, que movimentou significativa quantia em dinheiro, supostamente gerando prejuízo estimado em **R\$ 11.464.405,77** ao erário. Mesmo **após notificação do Tribunal de Contas** a respeito da ilegalidade dos pagamentos questionados, o paciente ainda teria ordenado novo empenho no valor de **R\$ 1.000.000,00**.

Bem se percebe que o quadro delineado se agrava ainda mais com a constatação das instâncias antecedentes de que as ações do paciente sucederam a notificação da Corte de Contas; ou seja, o paciente **permaneceu em operação** mesmo depois de apontada a suposta ilegalidade do procedimento.

Ora, nos termos da jurisprudência de ambas as Turmas do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, o destacado modo de execução e a gravidade concretas das contínuas ações criminosas imputadas constituem fundamentos idôneos à determinação da custódia cautelar para resguardar a ordem pública.¹⁷⁹

Apercebe-se, portanto, que o fundamento da prisão preventiva sob o critério da ordem pública diante da gravidade *abstracta* do delito, a qual se corporifica na observação pura e simples da pena que é cominada ao crime (inclusive hediondo), não é capaz de, por si só, ensejar o estabelecimento da medida cautelar em comento. Mostra-se pacificada a questão no âmbito do STF – o qual dispõe de ampla jurisprudência nessa perspectiva –, bem como converge a doutrina, no sentido de atribuir ilegitimidade à segregação provisória baseada em tal justificativa.

das instâncias antecedentes de que as ações do paciente sucederam a notificação da Corte de Contas; ou seja, o paciente permaneceu em operação mesmo depois de apontada a suposta ilegalidade do procedimento. **5.** Nos termos da jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, o destacado modo de execução e a gravidade concreta do delito constituem fundamentos idôneos à determinação da custódia cautelar para resguardar a ordem pública. **6.** Agravo regimental a que se **nega provimento.**” (grifamos). STF, *Habeas Corpus* n. 166.801.AgR, Rel. Min. Alexandre De Moraes, Primeira Turma, julgado em 15/03/2019.

¹⁷⁶ STF, *Habeas Corpus* n. 166.801.AgR, Rel. Min. Alexandre De Moraes, Primeira Turma, julgado em 15/03/2019.

¹⁷⁷ *Ibidem*

¹⁷⁸ *Ibidem*

¹⁷⁹ *Ibidem*

Contudo, quando verificada a gravidade *concreta* do delito, esta que, por sua vez, decorre do *modus operandi* agregado a demais fatores claramente analisados, tais quais a periculosidade do agente, a repercussão social (clamor público), o risco de reiteração delitiva, doutrina e jurisprudência (esta com uma gama relevante de precedentes) mudam suas interpretações. Sob tal espeque, sustentam ser legítima a prisão preventiva.

6.3 A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA PARA EVITAR A REITERAÇÃO DELITIVA

Associa-se, de igual modo, à cláusula da ordem pública a circunstância do perigo de reiteração delitiva. Com base em tal acepção, impõe-se a prisão preventiva sempre que estiverem presentes informações cabais de que o acusado, caso liberto, irá cometer novo delito.¹⁸⁰ Trata-se de sentido dado à expressão “ordem pública”, dentre os elencados no presente trabalho, que possui maior aceitação tanto na doutrina quanto na jurisprudência, principalmente após a reforma da Lei 12.403 de 2011.

Contudo, assim como as questões anteriormente vistas, não está a presente justificativa livre de ponderações. Nesse sentido, aponta Miguel Tedesco Wedy que:

Mesmo no caso de reiteração delitiva do agente, há em verdade, dupla presunção: a presunção de que o agente cometeu o delito e a presunção de que voltará a cometer delitos. Ou seja, dá-se a violação da presunção de inocência e a instituição da presunção de culpabilidade, especialmente quando tal possibilidade de reiteração é fruto de uma abstração e não de elementos concretos.¹⁸¹

Odone Sanguiné também argumenta ser a segregação com base em tal circunstância conflitante com o princípio da presunção de inocência, haja vista possuir a reprimenda característica de pena antecipada.¹⁸² Afirma o autor, nesse sentido, que:

Por isso, a doutrina predominante considera que o risco de “reiteração delitiva” constitui uma finalidade preventiva especial exclusiva da pena ou da medida de segurança incompatível com a presunção de inocência, representando, portanto, um corpo estranho no sistema dos pressupostos da prisão cautelar, que nada tem que ver com o asseguramento do processo ou a possibilidade de executar a pena, convertendo-se em uma medida de internamento preventivo ou de segurança. Trata-se de uma

¹⁸⁰ AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 812.

¹⁸¹ WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 128.

¹⁸² SANGUINÉ, Odone. **Prisões cautelares, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 356.

dupla presunção contra o imputado: por um lado, a presunção de haver cometido um delito fundada na suspeita, portanto, presunção de “culpabilidade” (pena antecipada) *in itinere*, sem sentença de mérito; por outro lado, presume-se a perigosidade do imputado (medida de segurança antecipada) por meio de juízos de prognóstico que albergam elevadas margens de erro e incerteza.¹⁸³

Ademais, segundo preleciona Aury Lopes Jr., sob o espeque do risco de reiteração delitiva, estaria a reprimenda atendendo a uma função de polícia do Estado, “sendo completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal”.¹⁸⁴ Argumenta ainda ser inviável qualquer tipo de suposição quanto à possibilidade da reiteração delituosa, “salvo para os casos de vidência e bola de cristal”, sendo inconstitucional tal fundamento.¹⁸⁵ Afirmando ser possível tão somente presumir a condição de inocência do increpado, a qual permanece intacta especialmente em relação a situações futuras, Lopes Jr. assim conclui:

A prisão para garantia da ordem pública sob o argumento de “perigo de reiteração” bem reflete o anseio mítico por um direito penal do futuro, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer. Nem o direito penal, menos ainda o processo, está legitimado à pseudotutela do futuro (que é aberto, indeterminado, imprevisível). Além de inexistir um *periculosômetro* (tomando emprestada a expressão de ZAFFARONI), é um argumento inquisitório, pois irrefutável. Como provar que amanhã, se permanecer solto, não cometerei um crime? Uma prova impossível de ser feita, tão impossível quanto a afirmação de que amanhã eu o praticarei. Trata-se de recusar o papel de juízes videntes, pois ainda não equiparam os foros com bolas de cristal...¹⁸⁶

Mas, como bem mencionado, dentre as acepções a fundamentar a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, encontra-se a questão do risco de reiteração delitiva em situação de mais apreço na doutrina processualista. Em que pese cientes do caráter não cautelar da medida fundada em tal circunstância, bem como da não possibilidade da imposição da reprimenda baseada em ilações abstratas sobre a possibilidade de que venha o agente a delinquir¹⁸⁷, são variados os autores que defendem a ideia da segregação com a finalidade de prevenir nova prática criminal.

Nessa seara, podemos citar Norberto Avena, o qual entende ser legítima a prisão preventiva “quando a permanência do acusado em liberdade importar

¹⁸³ SANGUINÉ, Odone. **Prisões cautelares, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 356 e 357.

¹⁸⁴ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 127.

¹⁸⁵ *Ibidem*

¹⁸⁶ *Ibidem*

¹⁸⁷ AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 898.

intranquilidade social”, em razão da possibilidade de voltar o sujeito a delinquir¹⁸⁸ Afirma ser necessário, todavia, a apresentação de fundamentos que demonstrem a efetiva necessidade da restrição cautelar para evitar a reiteração na prática delitiva.”¹⁸⁹

Tais fundamentos, a justificar a reprimenda, que se relacionam, consoante os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, à verificação da periculosidade do agente, a qual poderá ser apurada pela análise dos antecedentes criminais e pela maneira de execução do crime.¹⁹⁰ Inclusive, segundo o autor, mostra-se incontestável a possibilidade da decretação da prisão preventiva quando o acusado, somada à crueldade particular do *modus operandi*, ostenta péssimos antecedentes.¹⁹¹

Eugênio Pacelli afirma nesse sentido, em sendo comparada a segregação preventiva com as demais medidas cautelares diversas à prisão – às quais se deverá dar preferência –, que a reprimenda de maior gravidade deverá ser decretada em casos específicos, cujas circunstâncias levam a crer que o acusado voltará, caso liberto, a praticar delitos.¹⁹² Argumenta, outrossim, ser imprescindível, verificada a possibilidade de reiteração delitiva, o sopesamento de demais circunstâncias, como, por exemplo, a espécie do delito praticado, a gravidade deste e seu modo de execução.¹⁹³ A respeito disso, assevera o autor que:

Por primeiro, o exame há de se dirigir à espécie do delito praticado, para que se possa aferir de sua gravidade, a partir da consideração da natureza do bem jurídico, bem como dos meios de execução do crime, tanto segundo seja a pena cominada, como sejam também os padrões de desvalorização reclamados pelo senso comum da coletividade. Apuração complexa, sem dúvida, dada a pluralidade de interesses, mas factível, porém. A supressão da vida, no homicídio, por exemplo, embora cuide da proteção de um bem jurídico dos mais valorados, não poderá, como regra, justificar a custódia preventiva para garantia de ordem pública. De outro lado, o contrário poderá ocorrer quando se tratar de violência praticada contra a etnia, a raça, a orientação sexual ou religiosa, e, enfim, contra a natureza individual da pessoa (grupos de extermínio, agressões familiares recíprocas etc.), desde

¹⁸⁸ AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 898.

¹⁸⁹ *Ibidem*

¹⁹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 576.

¹⁹¹ *Ibidem*

¹⁹² PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 237.

¹⁹³ PACHELLI, Eugênio; DA COSTA, Domingos Barroso. **Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: A reforma da Lei nº 12.403/11**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 96.

que revelada, em tese e em potência, a permanência da motivação do agente.¹⁹⁴

Pacelli ainda conclui que o risco de reiteração delitiva, especialmente por confrontar o princípio da presunção da inocência, requer uma cautelosa demonstração de probabilidade de autoria, sendo indispensável “uma confissão válida ou uma prisão em flagrante sobre a qual não paire qualquer dúvida quanto a sua regularidade e legalidade.”¹⁹⁵ Nos dizeres do autor tem-se que “assim, e só assim, se poderá aceitar uma possibilidade de risco de novos crimes por parte de quem não pode ainda ser considerado culpado.”¹⁹⁶

A jurisprudência do STF também tem se inclinado no sentido de atribuir legitimidade à prisão preventiva por conta de eventual reiteração criminosa. Das recentes decisões que envolvem a segregação provisória sob tal espeque, aponta-se, a valer, o que foi objeto de controvérsia no HC 160.128/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o qual, por maioria, foi denegado.¹⁹⁷ Entendeu-se, do *writ* interposto, o qual versava sobre o delito de furto qualificado, pela manutenção da prisão preventiva, a qual se mostrou necessária, consoante o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, em virtude da possibilidade de que o paciente voltasse a delinquir, embasando tal justificativa por conta dos maus antecedentes e por ter tido o acusado, na ocasião do sinistro, fugido.¹⁹⁸

Doutra decisão emanada pela Suprema Corte, agora em AgRg em HC (de nº 152.860/MG), sobreleva-se a manutenção da reprimenda com a verificação de possível reiteração delitiva, agora em razão de delito supostamente cometido por associação criminosa.¹⁹⁹ Extrai-se, ademais, do caso em comento, o qual envolve

¹⁹⁴PACELLI, Eugênio; DA COSTA, Domingos Barroso. **Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: A reforma da Lei nº 12.403/11**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 96.

¹⁹⁵*Ibidem*

¹⁹⁶*Ibidem*

¹⁹⁷“Processual penal. Habeas corpus originário. Furto qualificado. Prisão preventiva. Reiteração delitiva. Fuga do distrito da culpa. Ausência de ilegalidade ou abuso de poder. Ordem denegada, revogada a liminar. 1. A periculosidade do agente e o risco concreto de reiteração delitiva demonstram a necessidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. Situação concreta de paciente que registra envolvimento anteriores pela prática de crimes de roubo e receptação, havendo empreendido fuga do distrito da culpa. 2. Ausência de ilegalidade flagrante ou abuso de poder que autorize a concessão do pedido. 3. Habeas corpus denegado, revogada a liminar deferida.” STF, *Habeas Corpus* n. 160128, Relator Min. Marco Aurélio. Primeira Turma, julgado em 28/05/2019.

¹⁹⁸*Ibidem*

¹⁹⁹“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPOSTOS NA INICIAL QUE NÃO INFIRMAM OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. PRISÃO PREVENTIVA COM FUNDAMENTO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA EM CASO DE RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. NÃO FIXAÇÃO DE OUTRAS CAUTELARES QUANDO HÁ

corrupção passiva, ativa e fraude em licitações, que o Ministro Relator Ricardo Lewandowski tomou por certa a prisão preventiva anteriormente justificada diante da aparente periculosidade do increpado, a qual se concluiu diante da informação de que o mesmo liderava a quadrilha.²⁰⁰

Da análise, portanto, observa-se que, apesar de possuir, como se constatou, caráter não instrumental, sendo utilizada para fins de prevenção específica, qual seja a de tutelar o meio social, a prisão preventiva com a finalidade de se evitar a reiteração delitiva do acusado tem sido, de certa forma, compreendida e legitimada pela doutrina, bem como empregada e tida como idônea pelo STF. Faz-se indispensável, todavia, a verificação concreta de que o acusado, caso liberto, voltará a delinquir e a soma de tal fato a demais circunstâncias, quais sejam a periculosidade do agente e a aparência de associação criminosa.

ELEMENTOS PARA PRISÃO PROCESSUAL. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Não viola o princípio da colegialidade decisão de Ministro Relator que, com fundamento no § 1º do art. 21 do Regimento Interno do STF, nega seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou a Súmula do Tribunal, como se deu na espécie. Precedentes. II – O agravante apenas reitera os argumentos anteriormente expostos na inicial do habeas corpus, sem, contudo, aduzir novos elementos capazes de afastar as razões expendidas na decisão agravada. III – A prisão preventiva pode ter fundamento na garantia da ordem pública, quando presentes elementos concretos que evidenciem risco de reiteração delitiva, mormente quando se tratar de associação criminosa, como no caso sob exame. IV – Presentes nos autos elementos concretos a recomendar a manutenção da prisão processual, não se revela adequado fixar outras cautelares alternativas estabelecidas no art. 319 do Código de Processo Penal. V – Agravo regimental a que se nega provimento. STF. *Habeas Corpus*n. 152860.AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma, julgado em 07/12/2018.

²⁰⁰STF. *Habeas Corpus*n. 152860.AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma, julgado em 07/12/2018.

7 CONCLUSÃO

Da presente monografia, cujo objeto central de análise consistiu na problematização da prisão preventiva pela ordem pública, conclui-se que esta permanece sendo tema de grande discussão, tanto no âmbito doutrinário quanto na jurisprudência do STF. Contribuiu para tal entendimento, primeiramente, o exame das prisões cautelares, sendo apresentadas, de forma mais sucinta, a prisão em flagrante e a prisão temporária e, posteriormente, de modo mais aprofundado, a prisão preventiva – da qual emanou-se, em termos gerais, as características da cautelaridade e excepcionalidade –, tendo sido tais prisões confrontadas com o princípio da presunção de inocência, por conta da controvérsia acerca das segregações impostas antes mesmo de uma sentença condenatória transitada em julgado.

Desse debate a respeito da incompatibilidade ou compatibilidade das prisões cautelares com o princípio da presunção de inocência, percebeu-se, em que pese manifestações contrárias no sentido de atribuir ilegitimidade às segregações provisórias, a impossibilidade de se afastar por completo a utilização destas. No que se refere à prisão em flagrante, verificou-se tão somente discussão calorosa (mas nem tanto problemática) acerca de sua natureza jurídica, se medida de caráter cautelar ou de caráter pré-cautelar, pendendo mais para esta. Quanto a sua compatibilidade com o princípio da presunção da inocência, maiores discussões não se obtiveram, o que se deu muito em razão de sua característica efêmera, sendo utilizada a medida, de forma urgente, apenas para impedir o dano ou os efeitos do ataque que está sendo ou acabou de ser perpetrado contra o bem jurídico.

Mostrou-se questionado, entretanto, o instituto da prisão temporária como um todo. Pois, além de ser controvertido quanto a sua sistematização, acredita vertente doutrinária ser a prisão temporária também inconstitucional em sua matéria, na medida em que serviria tão somente para se obter maiores informações sobre determinado delito, mesmo não havendo elementos suficientes para a segregação, o que defronta o direito à liberdade e o princípio da presunção de inocência. Todavia, por tratar-se de reprimenda que se restringe à fase investigatória, bem como por ser cabível tão somente a crimes mais graves, os quais repercutem midiaticamente, tem

se lançado mão de tal medida, possuindo a prisão temporária, por assim dizer, amparo constitucional.

Restou cediço, ademais, consoante doutrina majoritária, a incapacidade de sustentar a completa incompatibilidade entre a prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência. Isso, pois, inconcebível um processo penal inoperante e indefeso contra determinados riscos. Além disso, não se pode olvidar do inciso LXI, do artigo 5º, da CFRB, o qual legitima, *contrario sensu*, toda a prisão por ordem escrita e fundamentada.

Entendeu-se, no entanto, de acordo com o que foi exposto, pela atribuição de legitimidade à prisão preventiva quando esta for imposta para garantir o resultado útil e efetivo do processo penal. Isto é, estando a reprimenda ligada exclusivamente ao procedimento, o que revela seu caráter instrumental, não há o que se falar de afronta à presunção de inocência. Tal caráter instrumental que se relativiza quando nos reportamos à prisão preventiva sob o critério da ordem pública.

Na análise sistemática da prisão preventiva propriamente dita foram exibidos os momentos em que se poderá decretar a medida, os pressupostos desta, as hipóteses de cabimento e, por fim, os fundamentos. Verificou-se a possibilidade, conforme legislação infraconstitucional, da imposição tanto na fase de investigação quanto na fase processual, sendo, inclusive, ponderada a questão da decretação de ofício na fase processual e da decretação por conversão, esta que, segundo alguns autores, nada mais seria do que uma imposição de ofício em fase investigatória (pré-processual), o que não se permite. Examinou-se, como visto, os pressupostos da prisão preventiva (e das medidas cautelares pessoais em geral), *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, os quais necessitam estar presentes de forma concomitante tanto para o estabelecimento da medida quanto para a manutenção desta. Restou evidente, outrossim, quando da verificação das hipóteses de cabimento elencadas no artigo 313 do CPP, a vinculação da prisão preventiva com o princípio da proporcionalidade, eis que autorizada a segregação apenas para determinadas ocasiões.

Dos fundamentos expostos, ainda quando do exame da regulamentação da medida em comento, quais sejam os que se referem à prisão preventiva por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, notou-

se a clara vinculação destes à tutela do processo em si. A prisão preventiva, diante de tais fundamentos, mostra-se evidentemente instrumental, o que manifesta o bojo de toda medida cautelar, não havendo, por conta disso, ponderação quanto a sua legitimidade.

Ocorre que mesmo entendimento não se tem quando nos referimos à prisão preventiva pelo fundamento da ordem pública. Por conta da nebulosidade e incerteza que pairam sobre a expressão (ordem pública), da qual se faz possível extrair diversos sentidos, doutrina afirma tratar-se de medida degenerada que se relaciona mais com o crime propriamente dito e suas consequências perante a comunidade local, estando, dessa forma, associada a fins extraprocessuais, o que remonta à ideia da prisão preventiva como antecipação de pena, sendo inconcebível tal escopo diante do princípio da presunção de inocência.

Delimitada a área de alcance do vocábulo às questões que envolvem a segurança pública, foram relacionadas três acepções comumente ligadas ao conceito de ordem pública, quais sejam as circunstâncias do clamor público, da gravidade do delito e do risco de reiteração delitiva. Do exame da circunstância do clamor público, depreendeu-se sua incontestável ilegitimidade. Podendo ser vinculada à repercussão ocasionada pelo crime, à preservação da credibilidade das instituições, à satisfação pública, à comoção popular, ao temor da comunidade, evidenciou-se o clamor público como fundamento demasiadamente inidôneo, na medida em que se antecipa a penalidade do acusado que, diante de uma prevenção geral produzida pelo delito, deve ser separado da comunidade.

Sobre a gravidade do delito, tem-se que tal fundamento, se empregado de forma isolada, revela-se também ilegítimo. Isso, porquanto não se mostra suficiente para a imposição da reprimenda a utilização dos elementos do tipo penal (gravidade abstrata). Todavia, somada aos demais fatores empiricamente demonstrados (gravidade concreta), brota como elemento essencial para o decreto da prisão preventiva.

Fez-se possível, contudo, atribuir legitimidade à prisão preventiva fundamentada no risco de reiteração delitiva, pois, apesar de possuir finalidade extraprocessual e defrontar o princípio da presunção de inocência, encontrou tal fundamento guarida na jurisprudência da Suprema Corte. Ademais, acredita doutrina

majoritária, em sendo a verificação do risco de reiteração delitiva resultado de uma análise aprofundada de elementos concretos e comprovados empiricamente, ser incontestável a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública.

A prisão preventiva pela ordem pública mostra-se problemática. Como bem se sabe, não são raras as decretações com base em tal fundamento em que se limitam os juízes e Tribunais em explicitar tão somente o vocábulo “ordem pública”, sem ao menos informar a interpretação dada ao conceito diante do caso concreto, o que ocorre a rodo, principalmente, em juízos singulares. Evidencia-se grave tal informação, visto que dentre as três acepções aqui analisadas, duas delas se anunciaram como ilegítimas. Uma delas, sim, tida como cabível, todavia sem perder sua finalidade extraprocessual, o que, efetivamente, vai de encontro com o princípio constitucional da presunção de inocência

Por certo que não se pode fechar os olhos para alta taxa de criminalidade, a qual nos assola. Também não se pode ser tão leviano a ponto de dizer que, de forma alguma, não se poderá restringir a liberdade de alguém em prol de algo maior. O fato é que, repise-se, carece de fundamentação idônea a maioria das prisões preventivas pelo fundamento da ordem pública.

Talvez, uma saída para essa complicação seria uma reforma no sentido de atribuir expressamente ao conceito de ordem pública a circunstância da reiteração delitiva, o que, inclusive, se faz presente em outras regulações. Isso não tanto em razão de ser amplamente aceita tal fundamentação, mas sim, porque limitaria a área de abrangência da expressão, diminuindo a ocorrência de decretações de preventiva sem a devida e necessária análise do caso concreto.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.

BRASIL. Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em 14 de abril de 2019.

BRASIL. Constituição Federal de 5 de outubro de 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13 de abril de 2019.

BRASIL. Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm> Acesso em 14 de abril de 2019.

BRASIL. Lei nº 12.403 de 4 de maio de 2011. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em 13 de Abril de 2019.

BRASIL. Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm> Acesso em 13 de Abril de 2019.

BRASIL. Lei nº 7960 de 21 de dezembro 1989. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm>. Acesso em 17 de junho de 2019.

BRASIL. Medida Provisória nº 111 de 21 de março 2003. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2003/111.htm> Acesso em 13 de abril de 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DA FONSECA, André Luiz Filo-Creão Garcia. **Medidas Cautelares no Processo Penal: comentários à Lei nº 12.403/2011**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed. Salvador: Juspvom, 2017.

DE VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti. **A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LENZA, Pedro. **Processo Penal Esquemático**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR, Aury, **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris , 2011.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: De acordo com a Lei 12.403/2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da **Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: A Reforma da Lei nº 12.403/11**. São Paulo: Atlas, 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 70080026040. Paciente: E.I.S. Relator: Des. Aymoré Roque Pottes de Mello. Porto Alegre, 13 dez. 2018. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>> Acesso em: 13 de abril de 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 70080185689. Paciente: M.C.D.C.L. Relator: Des. Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 19 dez. 2018. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>> Acesso em: 13 de abril de 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Processo nº2.19.0000008-1. Réu: V.S.A. Acusador: Justiça Pública. Julgador: Andreia Nebenzahl de Oliveira. Porto Alegre, 01 jan. 2019. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>> Acesso em: 22 de janeiro de 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Processo nº2.19.000215-26. Réu: L.Z.R. Acusador: Justiça Pública. Julgador: Andreia Nebenzahl de Oliveira. Porto

Alegre, 12 jan. 2019. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>> Acesso em: 22 de janeiro de 2019.

SANGUINÉ, Odone. **Prisión Provisional y Derechos Fundamentales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

SANGUINÉ, Odone. **Prisões cautelares, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

STF, *Habeas Corpus* n. 135.250, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 13/09/2016.

STF, *Habeas Corpus* n. 160128, Relator Min. Marco Aurélio. Primeira Turma, julgado em 28/05/2019.

STF, *Habeas Corpus* n. 166.801. AgR, Rel. Min. Alexandre De Moraes, Primeira Turma, julgado em 15/03/2019.

STF. *Habeas Corpus* n. 117.885, Rel. Min. Marco Aurélio. Primeira Turma, julgado em 27/10/2015.

STF. *Habeas Corpus* n. 135.250, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 13/09/2016.

STF. *Habeas Corpus* n. 152860. AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma, julgado em 07/12/2018.

SZESZ, André. **O Juízo de Periculosidade na Prisão Preventiva**. Belo Horizonte: 2014.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VARALDA, Renato Barão. **Restrição do princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 2007.

VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.

WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e Prisões Cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria da Prisão Cautelar e Estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.