



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

JOÃO VITOR SILVA CURY

**(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA FUNDAMENTADA NA
GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**

**BRASÍLIA
2018**

JOÃO VITOR SILVA CURY

**(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA FUNDAMENTADA NA
GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Humberto
Fernandes de Moura.

BRASÍLIA
2018

JOÃO VITOR SILVA CURY

**(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA FUNDAMENTADA NA
GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Humberto
Fernandes de Moura.

BRASÍLIA, 5 DE OUTUBRO DE 2018

BANCA AVALIADORA

Professor Orientador Humberto Fernandes de Moura

Professor(a) Avaliador(a)

(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

João Vitor Silva Cury.

Resumo: Este artigo tem como objetivo expor a inconstitucionalidade, bem como a constitucionalidade da prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública. Para isso, será feita uma breve análise das prisões cautelares existentes no processo penal e consagradas pela doutrina majoritária. Os requisitos e pressupostos da prisão preventiva serão desenvolvidos, até alcançar o debate que envolve a compatibilização do requisito da garantia da ordem econômica com os princípios e regras constitucionais. A inconstitucionalidade da prisão preventiva requisitada para garantia da ordem pública, envolve o fato dela desvirtuar-se da natureza cautelar inerente às prisões processuais, conseqüentemente, aproximando-se mais dos fins do processo penal atinentes à prisão pena. Por outro lado, a sua constitucionalidade é defendida, pois a garantia da ordem pública protege o processo e serve de instrumento para que o magistrado possa chegar a uma sentença justa e satisfativa ao fim da lide.

Palavras-chaves: Medidas Cautelares. Prisão Preventiva. Garantia da Ordem Pública. Requisitos. Pressupostos. Inconstitucionalidade. Constitucionalidade.

Sumário: Introdução. 1 – As prisões cautelares existentes no processo penal. 1.1- Prisão em flagrante. 1.2- Prisão Temporária. 1.3- Prisão Preventiva. 1.3.1- Pressupostos para aplicação da prisão preventiva. 1.3.2- Requisitos para aplicação da prisão preventiva. 2- (In)constitucionalidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública. 2.1- Inconstitucionalidade. 2.2- Constitucionalidade. Considerações finais. Referências. Agradecimentos.

INTRODUÇÃO

No estudo das prisões cautelares há uma tensão constante entre os fins do processo penal, estabelecendo de um lado as garantias em prol do acusado, que impõe restrições ao poder punitivo, e de outro, o interesse na efetividade do processo, na busca de valores constitucionalmente estabelecidos.

As discussões que perseguem o tema é consequência de o Brasil ser um Estado Democrático de Direito, pois aqui a liberdade é um direito fundamental, enquanto a prisão tem caráter excepcional. Tanto o indivíduo quanto a sociedade possuem direitos fundamentais, que estão amparados constitucionalmente através de princípios, e que em certo momento estes princípios se confrontam, devendo ter uma solução racional e justa para solucionar o caso concreto.

O presente artigo tem como objetivo estudar o instituto das prisões cautelares, que acontecem antes do trânsito em julgado do processo, dentro do contexto da prisão preventiva requisitada para garantia da ordem pública. O debate que se forma acerca deste requisito, envolve uma delicada análise da sua compatibilidade com os preceitos constitucionais que protegem o agente, como a presunção de não culpabilidade e direito de liberdade de locomoção. Em contraponto, também é dever do Estado garantir a segurança de todos, preservando pela paz social.

Para tanto, na seção 1, abordaremos sobre as prisões cautelares existentes no processo penal, em tópicos que apresentam a previsão legal, a aplicação e os conceitos doutrinários da prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva, buscando sempre demonstrar a natureza acautelatória dessas prisões.

Na seção 2, debateremos a constitucionalidade e a inconstitucionalidade da prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública. Autores consagrados, contra e a favor da medida, serão trazidos para enriquecer o trabalho e esclarecer da melhor forma o entrave que envolve o caráter cautelar do requisito da garantia da ordem pública.

1 AS PRISÕES CAUTELARES EXISTENTES NO PROCESSO PENAL

A Constituição Federal de 1988 não prevê diretamente as medidas cautelares, contudo, em seu art. 5º, inciso LXI¹, o legislador autoriza a prisão quando o agente estiver em flagrante delito, que é uma das espécies das medidas cautelares. Por outro lado, caso o sujeito não esteja em flagrante delito, poderá ser preso por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, dando oportunidade para o instituto das medidas cautelares pormenorizado na legislação infraconstitucional.

Embora não exista uma diferenciação sistemática no Código de Processo Penal, é importante salientar que existem medidas cautelares pessoais e medidas cautelares patrimoniais.

O objeto de estudo está nas medidas cautelares de natureza pessoal, mais especificamente nas prisões cautelares, que compreende: a prisão preventiva (arts. 312 a 315, CPP); a prisão temporária (Lei nº 7.960/1989), e; a prisão em flagrante,

¹ “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;” (grifo ausente do original)

que após a reforma da Lei nº 12.403/2011, tornou-se uma pré-cautela, podendo ser o início de uma prisão preventiva ou de uma medida cautelar alternativa à prisão.

O tratamento das medidas cautelares está consagrado no Título IX do Código de Processo Penal, sendo que o referido título é inaugurado com o art. 282 que começa a abordagem sobre prisão, medidas cautelares e liberdade provisória. Antes de começar efetivamente o tratamento das medidas cautelares e os fundamentos que ensejam a aplicação dessas medidas, é prudente fazer uma análise da prisão e a mudança de paradigma trazida pela Lei n. 12.403/2011.

No ordenamento jurídico brasileiro existem, de fato, duas modalidades de prisão, a prisão pena e as prisões cautelares.

Em relação à prisão pena, é aquela prevista na Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais) e tem como foco a pessoa do condenado, ou seja, houve a fase pré-processual e a fase processual desaguando numa sentença condenatória. Decorrendo dessa sentença condenatória surgirá a pena, e sendo a pena privativa de liberdade estaremos diante da prisão pena. Aqui os indícios de autoria e materialidade são certos e também é necessário acontecer o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A principal função da L.E.P. é a execução da pena, tendo como fim a reintegração social do condenado, evitando que ele possa voltar a delinquir.

De outro lado, as prisões cautelares não têm o viés de pena, mas sim, função acautelatória. A prisão cautelar pode ser aplicada no decorrer do inquérito policial ou do processo, objetivando garantir a eficácia da persecução penal, sendo aplicada em momento anterior ao trânsito em julgado da sentença. Para a sua aplicação é necessário que exista indício suficiente de autoria e prova da materialidade, diferentemente da prisão pena, que a autoria e materialidade é uma certeza.

Contudo, um dos pontos mais importantes trazido pela Lei nº 12.403/2011 é, basicamente, que até 2011 a prisão cautelar era regra e a liberdade provisória ou a aplicação de outras medidas cautelares eram exceções. A partir da nova lei houve a inversão dessa circunstância, sendo que hoje a liberdade é regra. Por outro lado, não sendo possível a manutenção da liberdade, haverá aplicação das medidas cautelares.

Tendo em vista um processo penal constitucional, as medidas cautelares são acompanhadas de características inerentes à sua natureza, são elas: provisoriedade, acessoriedade, preventividade e instrumentalidade. A eficácia da medida cautelar é provisória, pois a justificativa para sua aplicação é relativa a situação emergencial do momento, deixando de existir quando sobrevém algum motivo que a torne

desnecessária. A medida cautelar tem caráter acessório, pois depende de um processo principal, ao qual visa dar um resultado útil. É preventiva, pelo fato de evitar a ocorrência de danos certos e de difícil reparação ao processo, enquanto se aguarda a sentença penal definitiva. Por fim, as medidas cautelares devem servir de instrumento para que se atinja a medida principal. Da mesma maneira que o Estado usa o processo como instrumento para a aplicação do direito objetivo, as medidas cautelares servem de instrumento ao processo, tutelando os meios e os fins para que a eficácia jurisdicional seja atingida.

Como medida cautelar que é, a prisão processual não tem um fim em si mesmo, mas serve de instrumento para que a integralidade e a idoneidade do processo sejam mantidas até a prolação da sentença penal definitiva. Ela deve estar empenhada na função de acautelar o processo, visto que na hora da decretação, o magistrado dispõe de um juízo de probabilidade em relação à autoria do crime. O doutrinador Renato Brasileiro explica sobre o tema:

A prisão cautelar deve estar obrigatoriamente comprometida com a instrumentalização do processo criminal. Trata-se de medida de natureza excepcional, que não pode ser utilizada como cumprimento antecipado de pena, na medida em que o juízo que se faz, para a sua decretação, não é de culpabilidade, mas sim de periculosidade.²

Complementando o que foi exposto por Renato Brasileiro, o precedente do Min. Celso de Mello, embora não seja tão recente, retrata o caráter instrumental da prisão cautelar, vejamos:

A prisão cautelar, que tem função exclusivamente instrumental, não pode converter-se em forma antecipada de punição de penal. A privação cautelar da liberdade – que constitui providência qualificada pela nota da excepcionalidade – somente se justifica em hipóteses estritas, não podendo efetivar-se, legitimamente, quando ausente qualquer dos fundamentos legais necessários à sua decretação pelo Poder Judiciário.³

Tendo em vista o princípio da não culpabilidade, o ideal seria que a restrição de liberdade de locomoção do agente somente fosse possível após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória definitiva. Entretanto, existe o risco do indiciado ou acusado intentar contra a atuação da justiça, o que afeta diretamente a atuação sancionadora do Estado, que deverá agir para manter a integralidade e a eficácia do processo.

² BRASILEIRO, Renato. Nova Prisão Cautelar. 1. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2011.

³ STF, 2ª Turma, HC n. 80.379/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 25/05/2001.

Por conseguinte, em hipótese excepcionais, o indivíduo poderá ser privado da sua liberdade de locomoção antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória irrecorrível, desde que o magistrado fundamente e demonstre a necessidade da medida no caso concreto.

Contudo, percebemos que as modificações produzidas no Código de Processo Penal em virtude da Lei nº 12.403/2011, visa proteger a liberdade de locomoção do agente, restringindo-a somente em casos excepcionais. Interpretando a nova redação do art. 282, §6º do CPP, a prisão preventiva somente será decretada quando não puder ser substituída por outra medida cautelar alternativa à prisão (art. 319, CPP). No mesmo sentido, o art. 283, §1º do CPP, esclarece que a prisão preventiva somente será aplicada nas hipóteses do art. 312 e 313, quando as medidas cautelares alternativas à prisão, dispostas no art. 319, adotadas de forma isolada ou cumulada, se revelarem inadequadas ou insuficientes.⁴

1.1 PRISÃO EM FLAGRANTE

A prisão em flagrante é uma medida de defesa que a sociedade dispõe para privar a liberdade de locomoção de alguém que é surpreendido cometendo um crime ou tenha acabado de cometê-lo. Segundo Tourinho Filho:

Flagrante, do latim *flagrans*, flagrantes (do verbo *flagrare*, queimar), significa ardente, que está em chamas, que arde, que está crepitando. Daí a expressão flagrante delito, para significar o delito no instante mesmo da sua perpetração, o delito que está sendo cometido, que ainda está ardendo... o “delito surpreendido em plena crepitação.”⁵

O art. 5º, inciso LXI⁶, da Constituição Federal, autoriza essa modalidade de prisão, quando define que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada. A prisão em flagrante pode ser feita sem mandado de prisão, visto que seria ilógico uma autoridade policial ou qualquer do povo presenciar um crime e não poder deter o autor imediatamente.

⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática. 2. ed. Niterói: Impetus. 2012.

⁵ COSTA TOURINHO, Filho Fernando da. Processo Penal. 34. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

⁶ 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;

Tendo em vista o art. 301, do Código de Processo Penal⁷, a prisão em flagrante é classificada pela doutrina em flagrante facultativo e flagrante obrigatório. O flagrante será facultativo quando o sujeito ativo (aquele que efetua a prisão) for qualquer pessoa do povo, ou seja, o particular tem a faculdade de prender ou não. Por outro lado, é dever da autoridade policial deter quem se encontra em situação de flagrância, caracterizando o flagrante obrigatório.

Neste prisma, o art. 302 do CPP, define as situações de flagrante em quatro incisos. No inciso I, tem-se a verdadeira situação de flagrante, pois a pessoa está cometendo a infração penal. Já no inciso II, o agente acabou de cometer o crime, sendo preso quase que instantaneamente. Ambas as situações são chamadas pela doutrina de flagrante próprio.

O inciso III é a hipótese de flagrante definida como impróprio ou quase flagrante. Isto é, o agente é perseguido logo após a prática delituosa pela autoridade policial, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, criando uma situação que faça presumir ser ele o autor do crime.

A situação do inciso IV é denominada pela doutrina como flagrante presumido. Aqui, o indivíduo é encontrado logo depois do crime, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

Do ponto de vista temporal, as expressões constantes nos últimos dois incisos, “logo após” e “logo depois”, são equivalentes. Para tanto, o que caracterizará o flagrante nessas situações será a imediatidade da perseguição, devendo acontecer logo após o cometimento da infração penal, mesmo que o perseguidor não tenha presenciado o fato.⁸

É prudente salientar que não caberá prisão em flagrante: dos menores de dezoito anos, por serem inimputáveis, algo que pode ser auferido no momento da abordagem; de diplomatas e estrangeiros em razão de tratados e convenções internacionais; na hipótese de acidente de trânsito, quando o infrator socorre a vítima; quando o sujeito se apresenta espontaneamente à autoridade competente; para as infrações que não cabem pena privativa de liberdade, como é o caso do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas); nas infrações de menor potencial ofensivo; e, contra

⁷ Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018.

parlamentares, magistrados, membros do Ministério Público e advogados no exercício de suas funções, salvo por crimes inafiançáveis.

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, ficou claro que a prisão em flagrante, por si só, não pode mais manter o agente preso até a prolação de sentença penal definitiva. De acordo com a nova redação do art. 310 do CPP, o magistrado ao receber o autor de prisão em flagrante, irá dispor de três opções: relaxar a prisão, caso ela seja ilegal; ou, converter a prisão em flagrante em preventiva, se presente os requisitos do art. 312, do CPP, e quando as medidas cautelares alternativas à prisão se mostrarem inadequadas ou insuficientes; ou, conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.⁹

No momento em que a prisão em flagrante é feita, a ilicitude e a culpabilidade não são valoradas, sendo exigido somente a aparência de que o agente tenha praticado um fato típico.

Após a captura, o suspeito será levado à presença da autoridade policial, que informará ao juiz, ao Ministério Público, à família do detido ou à pessoa por este designada, sobre a prisão e o local onde o agente encontra-se preso.

Posteriormente, o auto de prisão em flagrante é lavrado, e caso não seja situação de concessão de fiança, de acordo com o art. 322, do CPP¹⁰, o sujeito será recolhido ao cárcere. A nota de culpa será entregue a ele em até 24 (vinte e quatro) horas após a captura.

Em seguida, a autoridade judiciária deverá ser informada da detenção do sujeito, para que a legalidade da prisão seja analisada, para fins de relaxamento, necessidade de conversão em preventiva, ou de concessão de liberdade provisória, afiançada ou não.

É pertinente citar o doutrinador Gustavo Henrique Badaró, que esclarece a respectiva modalidade de prisão:

É relevante distinguir, pelo menos, três momentos distintos da prisão em flagrante: a prisão-captura; a lavratura do auto de prisão em flagrante; a prisão-detenção. Depois destes momentos em que o ato se realiza perante a autoridade policial, ganha relevo, com a forma da Lei n. 12.403/2011, a verificação judicial da prisão em flagrante, nos termos do art. 310, caput, do CPP. Em seu novo regime, a prisão em flagrante se restringirá a um momento inicial de imposição de medida

⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática. 2. ed. Niterói: Impetus. 2012.

¹⁰ A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

cautelar de prisão. Justamente por isso, tem sido considerada uma “pré-cautela”. Em outras palavras, a prisão em flagrante somente subsistirá entre a lavratura do auto de prisão em flagrante e a análise judicial da legalidade da prisão e da necessidade de manutenção de prisão cautelar ou de sua substituição por medida diversa da prisão.¹¹

Destarte, a prisão em flagrante tem natureza jurídica de medida de caráter precautelar, e com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011 isso ganhou mais força. Com a nova redação do art. 310, do CPP, trazida por essa lei, percebe-se que o magistrado terá duas opções se a prisão em flagrante for legal: poderá converter em preventiva, que é uma das espécies de prisão cautelar, ou conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança, aplicando as medidas cautelares alternativas à prisão presentes no art. 319, do CPP. Nota-se que a prisão em flagrante não visa garantir o resultado fim do processo, somente garante que o capturado será colocado à disposição da justiça para que uma medida cautelar seja adotada, daí a sua natureza precautelar.¹²

1.2 PRISÃO TEMPORÁRIA

A prisão temporária é um instituto de constitucionalidade bastante questionável e está prevista na Lei nº 7.960/1989, tendo como finalidade garantir a eficácia e o bom andamento das investigações policiais na ocorrência de crimes graves. Nas palavras de Renato Brasileiro:

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente durante a fase preliminar de investigações, com prazo preestabelecido de duração, quando a privação da liberdade de locomoção do indivíduo for indispensável para a obtenção de elementos de informação quanto à autoria e materialidade das infrações penais mencionadas no art. 1º, inc. III, da Lei nº 7.960/1989, assim como em relação aos crimes hediondos e equiparados (Lei nº 8.072/1990, art. 2º, §4º), viabilizando a instauração da *persecutio criminis in judicio*.

Percebe-se que a lei entrou em vigor logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, objetivando, principalmente, acabar com a conhecida prisão para averiguação, por ser manifesto abuso de autoridade, muito utilizada no regime político anterior à Constituição atual.

¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018.

¹² LIMA, Renato Brasileiro de. Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática. 2. ed. Niterói: Impetus. 2012.

A prisão temporária pode ser decretada quando for imprescindível para investigação, ou seja, quando não houver nenhum outro meio de se garantir a eficácia inquisitorial. Portanto, a fundamentação para o decreto da prisão temporária deve ser bastante densa, robusta e com conteúdo, pois é necessário que se justifique bem a sua imprescindibilidade.

O juiz está vedado de decretar de ofício tal medida cautelar, sendo aplicável somente mediante requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial. Quando não for conhecido o endereço do investigado ou não for fornecido dados suficientes para a sua identificação, a cautelar também poderá ser imposta.

Dessa forma, a prisão temporária deve ser realizada nas hipóteses do art. 1º da Lei nº 7.960/89¹³, devendo observar-se o *periculum libertatis* e o *fumus commissi delicti*. Sobre o tema, a concepção do autor Gustavo Henrique Badaró é plausível, e esclarece as hipóteses de aplicação dessa prisão processual.

Os incisos I e II representam as hipóteses de *periculum libertatis*: o primeiro como uma garantia instrumental e o segundo como uma garantia final. Já o *fumus commissi delicti* encontra-se previsto no inciso III que, aliás, traz o rol de crimes que admitem a prisão temporária. Assim, para que a prisão seja legítima, deverá haver a conjugação do inciso III com o inciso I, ou do inciso III com o inciso II. Obviamente, se os três incisos estiverem presentes, a prisão será cabível. Por outro lado, a presença isolada de qualquer dos incisos não autoriza a prisão.¹⁴

¹³ Art. 1º. Caberá prisão temporária:

I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II – quando o indiciado 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) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

i) epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º);

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com o art. 285);

l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei 2.889, de 1.10.1956), em qualquer de suas formas típicas;

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6.368, de 21.10.1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei 7.492, de 16.06.1986).

¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018.

Repara-se que o inciso III, *fumus comissi delicti*, é imprescindível para a legitimação da prisão temporária, devendo estar conjugado com alguma das hipóteses de *periculum libertatis* previstas nos incisos I e II. Dessa forma, é certo que a decretação da medida fundamentada em apenas um dos incisos será ilegal.

A prisão temporária, é assim chamada por estabelecer na lei prazo predefinido quanto à sua duração, sendo em regra de cinco dias, podendo ser prorrogado por mais cinco, em caso de extrema, conforme art. 2º da Lei nº 7.960/1989.¹⁵ De acordo com o art. 2º, §4º da Lei nº 8.072/1990¹⁶, em caso de crime hediondo ou equiparado, poderá ter duração de trinta dias, prorrogáveis por mais trinta, sendo que expirado o prazo, o sujeito está praticamente em liberdade em qualquer uma das duas hipóteses.

Para que haja a prorrogação dessa modalidade de prisão, seja no prazo da regra ou no dos crimes hediondos e equiparados, deve-se existir extrema e comprovada necessidade. A fundamentação do magistrado deve estar concisa e convincente na hora da prorrogação, a razão deve ser maior do que a da decretação, sendo prorrogada somente em casos extremos.

1.3 PRISÃO PREVENTIVA

O instituto da prisão preventiva está previsto do art. 311 ao art. 316, do CPP. Esta prisão processual possui função acautelatória e poderá ser decretada de ofício pelo juiz no curso da ação penal, antes mesmo do trânsito em julgado do processo. Tanto em fase inquisitorial ou processual, poderá ser requerida pelo Ministério Público ou pelo querelante, este, em caso de ação penal privada, e, ainda, mediante representação da autoridade policial. Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci expõe:

Conforme dispõe o art. 311 do Código de Processo Penal, ela pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, em razão de requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou mediante representação da autoridade policial. O juiz pode decretá-la, de ofício, desde que no curso da ação penal.¹⁷

¹⁵ Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

¹⁶ Art. 2º, § 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016

Em outra linha, o doutrinador Aury Lopes Jr., diz que também é possível a decretação da prisão preventiva após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória recorrível. Mesmo em fase recursal, se houver necessidade que justifique a aplicação da medida cautelar, poderá ser utilizada com fundamento na garantia da aplicação da lei penal.¹⁸

O art. 312 do CPP trata dos requisitos e pressupostos da prisão preventiva, esta como prisão processual está dentro da tutela cautelar e somente pode ser aplicada no caso de urgência. Com o advento da Lei n. 12.403/11, ficou evidenciado o caráter excepcional da prisão preventiva com a inclusão do §6º no art. 282 do Código de Processo Penal, onde diz que ela somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar do art. 319 do mesmo livro. Nesse sentido, Gustavo Badaró explica:

Deverá o juiz justificar porque nenhuma das medidas alternativas à prisão é, no caso concreto, adequada para a necessidade cautelar que se apresenta. Por certo, não bastará repetir os termos da lei e afirmar que nenhuma outra medida é adequada. O magistrado terá que demonstrar, de acordo com elementos concretos, que cada uma das medidas menos gravosas que a prisão não se mostra suficiente para eliminar a hipótese de necessidade (CPP, art. 282, caput, I) que exige a imposição de uma medida cautelar.¹⁹

A prisão preventiva pode resultar da conversão de uma prisão em flagrante, neste caso sendo *ultima ratio* do direito processual penal em relação às outras medidas cautelares (art. 319, CPP).

A prisão preventiva convertida da prisão em flagrante, é aquela em que o juiz recebe o auto de prisão em flagrante, e verifica não ser caso de relaxamento nem de liberdade provisória, assim, converte o flagrante em preventiva. Consequentemente, o indivíduo responde ao processo preso preventivamente enquanto os motivos perdurarem.

Outra situação que pode ocasionar a medida é quando o sujeito não foi preso em flagrante. Nesse caso o suspeito estava solto e o juiz decretou a prisão preventiva, ou estava preso temporariamente e ao expirar o prazo da temporária o magistrado converteu em preventiva verificada a necessidade.

¹⁸ LOPES JÚNIOR. Aury. Direito Processual Penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018.

Para a decretação da prisão preventiva, segundo o doutrinador contemporâneo Gustavo Badaró, é necessária a presença do pressuposto positivo, do pressuposto negativo, dos requisitos e das hipóteses de cabimento. Em linhas gerais, o **pressuposto positivo**, isto é, *fumus comissi delicti*, é composto pela prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (art. 312, segunda parte, do CPP). Tal pressuposto deve estar atado a pelo menos um dos **requisitos** do *periculum libertatis*, que estão presentes na primeira parte e no parágrafo único do mesmo dispositivo, são eles: garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; conveniência da instrução criminal; assegurar a aplicação da lei penal; e em caso de descumprimento de qualquer uma das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares. O **pressuposto negativo** está presente no art. 314 do CPP, que é o caso de o indiciado ou acusado ter praticado o fato amparado por alguma causa excludente de ilicitude ou culpabilidade. Cumulado os pressupostos e requisitos, somente se justifica a preventiva quando estiver diante de uma das **hipóteses de cabimento** definidas no artigo 313 do CPP.²⁰

De acordo com o art. 313, do CPP, além do art. 312 (pressuposto positivo e requisitos) e art. 314 do mesmo livro (pressuposto negativo) estarem integralmente cumpridos, as hipóteses de cabimento devem ser observadas. A prisão preventiva somente será aplicada: em crimes dolosos cuja pena máxima prevista seja superior a quatro anos; em crimes dolosos que haja condenação anterior transitada em julgado (considerada a regra de reincidência do art. 64, CP); no caso de violência doméstica; e como última hipótese, na dúvida sobre a identidade civil do sujeito.

Conforme previsto no art. 315, do CPP, a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva, deverá ser sempre motivada. Caso os motivos do juiz sejam compreensíveis e encontrem respaldo nas provas colhidas durante o inquérito ou no processo penal, o decreto da prisão preventiva prescindirá de uma longa fundamentação.²¹

Durante a instrução criminal, o magistrado percebendo que os motivos iniciais para decretação da prisão preventiva não subsistiram, poderá revogar a medida. A prisão preventiva revogada é aquela que foi decretada dentro dos parâmetros da lei, porém durante a instrução criminal tornou-se desnecessária. Da mesma forma, o juiz

²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018.

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016

também poderá decretar a medida novamente se sobrevierem novas razões que a justifique.

1.3.1 PRESSUPOSTOS PARA A APLICAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

O **pressuposto positivo**, ou seja, *fumus comissi delicti*, consiste na prova da materialidade e indícios suficientes de autoria. A prova da materialidade é a certeza de que houve uma infração penal, não podendo o magistrado decretar tal medida sem ter a certeza da ocorrência de um fato típico. Esse pressuposto não permite um juízo de probabilidade, mas sim de convicção. Sobre o assunto, Badaró esclarece:

O art. 312 indica dois elementos que compõem o *fumus comissi delicti*: a prova da “existência do crime e indício suficiente de autoria”. Assim, quanto a materialidade delitiva é necessária que haja prova, isto é, certeza de que o fato existiu. Se o juiz sequer tem convicção de que ocorreu um crime, não se pode admitir, sob pena de patente arbitrariedade, que seja determinada a prisão de alguém por um fato que nem se sabe se efetivamente existiu.²²

No tocante ao indício suficiente de autoria, é a suspeita de que o réu ou indiciado seja autor do fato típico. Aqui não se exige a convicção do juiz, e sim o juízo de probabilidade de que o suspeito tenha praticado um crime, bastando que existam elementos que comprovem a convicção do magistrado, mesmo que provisória, na hora da decretação da prisão preventiva. Nesse sentido, explica Gustavo Badaró:

Por sua vez, quanto ao outro elemento, relativo à autoria delitiva, não se exige que o juiz tenha certeza da autoria, bastando que haja elementos probatórios que permitam afirmar, no momento da decisão, a existência de “indício suficiente”, isto é, a probabilidade de autoria.²³

O **pressuposto negativo**, encontrado no art. 314, do CPP, protege o suspeito que tenha praticado um fato acobertado por uma das excludentes de ilicitude dispostas no art. 23, incisos I, II e III, do Código Penal. Isto é, se o fato praticado estiver dentro das hipóteses de cabimento do art. 313, do CPP, e ainda demonstrada a necessidade cautelar do art. 312 do mesmo livro, a prisão preventiva não será decretada se verificada eventual excludente de ilicitude, dessa forma, o indiciado ou réu permanecerá em liberdade. Vejamos o art. 314, do CPP:

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado

²² BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018.

²³ *Ibid.*

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.²⁴

Percebe-se que o legislador utilizou a palavra “verificar”, o que possibilita o magistrado a atuar com um juízo de probabilidade. Não precisa o juiz ter a certeza de que o suspeito está amparado por uma causa excludente de ilicitude, mas sim, que naquele determinado momento, com base nas provas colhidas durante o inquérito, faz-se presumível tal excludente. Desse modo, se existem fortes elementos que indicam uma provável situação que exclua a ilicitude do fato, o pressuposto negativo estará descaracterizado e a prisão preventiva não poderá ser decretada.²⁵

Em analogia, o art. 314, do CPP, também é utilizado em casos que o indiciado ou réu esteja acobertado por alguma excludente de culpabilidade, por ser uma situação que também exclui o crime. É inviável decretar a prisão preventiva de um indivíduo que agiu, por exemplo, sob coação moral irresistível ou patente erro de proibição, salvo o caso do inimputável, doente mental, cuja condição de periculosidade pode ocasionar a decretação da sua internação provisória, como dispõe o art. 319, inciso VII, do CPP.²⁶

1.3.2 REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Quando se fala em *periculum libertatis*, estamos tratando dos **requisitos** da prisão preventiva, quais sejam, garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, garantia da aplicação da lei penal e em caso de descumprimento de qualquer uma das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

O requisito da **garantia da ordem pública**, é o mais polêmico no mundo jurídico da prisão preventiva. O presente requisito é o cerne do objeto de estudo deste trabalho, por ser uma expressão vaga e de ampla interpretação, são constantes os debates que envolvem o tema. Aspectos que envolvem a sua inconstitucionalidade, bem como a sua constitucionalidade, serão expostos na seção seguinte.

²⁴ BRASIL. *Código de Processo Penal Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 5 out. 2018.

²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018.

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016

Tal requisito, é o primeiro constante no art. 312, do CPP, e o mais utilizado para a decretação da prisão preventiva, sendo concernente na maioria dos casos. A doutrina não é unânime ao conceituar a ordem pública, sendo que cada autor a classifica da maneira que achar mais pertinente. Contudo, a situação de tranquilidade e paz social vem sendo o conceito mais utilizado para definir ordem pública. Dessa forma, o sujeito que vive na vida criminosa tem grandes chances de voltar a delinquir antes do trânsito em julgado do processo, justificando assim, a restrição da sua liberdade de forma cautelar. Vejamos os ensinamentos de Nestor Távora:

A ordem pública é expressão de tranquilidade e paz no seio social. Em havendo risco demonstrado de que o infrator, se solto permanecer, continuará delinquindo, é sinal de que a prisão cautelar se faz necessária, pois não se pode esperar o trânsito em julgado da sentença condenatória. É necessário que se comprove este risco. As expressões usuais, porém evasivas, sem nenhuma demonstração probatória, de que o indivíduo é um criminoso contumaz, possuidor de uma personalidade voltada para o crime etc., não se prestam, sem verificação, a autorizar o encarceramento.²⁷

Em sentido semelhante, Paulo Rangel, expõe que:

Por ordem pública, devem-se entender a paz e a tranquilidade social, que devem existir no seio da sociedade, com todas as pessoas vivendo em perfeita harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do *modus vivendi* em sociedade. Assim, se o indiciado ou o acusado em liberdade continuar a praticar ilícitos penais, haverá perturbação da ordem pública, e a medida extrema é necessária se estiverem presentes os demais requisitos legais.²⁸

Percebe-se que para ambos os autores, a violação à ordem pública consiste no rompimento da paz social. Isto é, se o agente em liberdade continuar praticando crimes enquanto aguarda sentença penal definitiva, estará violando o sentimento de tranquilidade e paz da sociedade.

Dessa forma, o magistrado fará um juízo de periculosidade do agente, e sendo considerável o risco de ele retornar à vida criminosa, será necessária a restrição da sua liberdade, retirando-o do convívio social.

Em relação à natureza jurídica da garantia de ordem pública, será exposto na seção seguinte todos os elementos que envolve a discussão. Mas, basicamente, existe uma corrente que defende que este requisito é inconstitucional, por não dotar natureza cautelar, configurando-se numa modalidade de cumprimento antecipado de

²⁷ TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal. 7. ed. Salvador: JusPodvim. 2012.

²⁸ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 22. ed. São Paulo: Atlas. 2014.

pena. Por outro lado, há outra corrente que empresta fundamentação cautelar à garantia da ordem pública, defendendo a constitucionalidade do requisito.

O requisito da **garantia da ordem econômica** foi inserido no Código de Processo Penal pela Lei nº 8.884/94, Lei Antitruste, para reprimir os crimes que atentem contra a situação econômico-financeira de determinada instituição, seja pública ou privada. Tal requisito foi mantido pela Lei nº 12.403/2011, no *caput* do artigo 312, embora tenha pouquíssima utilização forense. O doutrinador Renato Brasileiro afirma que, o conceito de garantia da ordem econômica assemelha-se ao de garantia da ordem pública, contudo relacionado à crimes contra a ordem econômica, isto é, o agente poderá ser preso se haver risco de reincidência criminosa em relação a infrações penais que perturbem o livre exercício de qualquer atividade econômica, com abuso do poder econômico, objetivando a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros (art. 173, §4º, CF).²⁹

O art. 30 da Lei nº 7.492/84 (Crimes contra o Sistema Financeiro) deve ser elucidado quando tratamos da garantia da ordem econômica, pois ele afirma que a prisão preventiva poderá ser decretada contra o acusado da prática de crime contra o sistema financeiro, sem prejuízo do disposto no art. 312, do CPP, com fundamento na magnitude da lesão causada. Tal fundamento não pode ser utilizado isoladamente para decretar a prisão preventiva, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido que a magnitude da lesão causada deve estar conjugada com *fumus commissi delicti* e/ou *periculum libertatis*.³⁰

O autor Gustavo Henrique Badaró afirma que, o requisito da garantia da ordem econômica tem como finalidade permitir a execução antecipada da pena, visando os próprios fins da sanção penal, e não das medidas cautelares. Para o referido autor, o fundamento da “magnitude da lesão causada” é inconstitucional por não ter natureza acautelatória, porém, se dispusesse, seria aplicável a todo e qualquer delito, ou seja, em um crime de homicídio, a “magnitude da lesão causada” justificaria sempre a decretação da prisão preventiva.³¹

Particularmente, a posição de Renato Brasileiro de Lima sobre o requisito em análise é mais interessante, pois a simples prisão cautelar de um ou mais agentes não tem o potencial de acabar com as práticas delituosas de uma organização criminosa.

²⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de Processo Penal. Niterói: Impetus. 2013.

³⁰ STF, Pleno, HC nº 80.717, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, j. 13/06/2001, DJ 05/03/2004.

³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018.

De acordo com o autor, há meios mais eficientes para combater os crimes contra a ordem econômica do que a privação cautelar da liberdade de locomoção do agente envolvido. Além da prisão cautelar, medidas como o confisco do dinheiro e dos bens que o agente possui, quebrando o braço financeiro da organização atingida, deveriam sem aplicadas.³²

O requisito da **conveniência da instrução criminal** tem como objetivo impossibilitar que o indiciado ou réu atrapalhe a colheita de elementos de informação, seja no curso do processo ou do inquérito policial. Este último caso, pode acontecer na situação do art. 310, *caput*, inciso II, do CPP, quando o juiz converte a prisão em flagrante em prisão preventiva.

A prisão preventiva com esse requisito visa a idoneidade na produção de provas, impedindo que o acusado ameasse e corrompa testemunhas, escondendo e destruindo evidências fundamentais para a elucidação do caso. Percebe-se que a conveniência da instrução criminal tem caráter instrumental, pois visa conservar as provas, instrumento imprescindível para que se possa chegar ao resultado final do processo, que seja, uma sentença condenatória ou absolutória.

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci, define de maneira precisa e inteligente a conveniência da instrução criminal, como:

A conveniência de todo processo é que a instrução criminal seja realizada de maneira escoreita, equilibrada e imparcial, na busca da verdade real, interesse maior não somente da acusação, mas, sobretudo, do réu. Diante disso, abalos provocados pela atuação do acusado, visando à perturbação do desenvolvimento da instrução criminal, que compreende a colheita de prova de um modo geral, é motivo a ensejar a prisão preventiva. Configuram condutas inaceitáveis a ameaça a testemunhas, a investida contra provas buscando desaparecer com evidências, ameaças dirigidas ao órgão acusatório, à vítima ou ao juiz do feito, dentre outras.³³

Vale esclarecer, que o magistrado não está autorizado a fundamentar a conveniência da instrução criminal tendo em vista que o agente criminoso não está disposto a colaborar com a instrução criminal, pois violaria o direito de não produzir provas contra si mesmo. O investigado ou acusado não pode dificultar a colheita de provas, mas, também, não pode ser obrigado a contribuir para o esclarecimento do crime apurado.

³² LIMA, Renato Brasileiro de. Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática. 2. ed. Niterói: Impetus. 2012.

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016

O requisito da **garantia de aplicação da lei penal** tem como escopo garantir o direito de punir do Estado, podendo ser cabível em casos que o agente criminoso pretende se evadir do local de aplicação da sanção penal, temendo futura condenação no processo. Diferente do requisito da conveniência da instrução criminal, que tem como finalidade preservar as provas (meios ou instrumentos) para que se possa chegar ao resultado final do processo, a garantia de aplicação de lei penal é um requisito que visa garantir os fins do processo, ou seja, a aplicação da lei penal. A respeito do tema, Gustavo Badaró explica:

Trata-se, claramente, de uma hipótese de prisão cautelar pelos fins a que se destina: assegurar a utilidade e a eficácia de um provimento condenatório que se mostra provável, diante do *fumus comissi delicti*. Tal situação tem sido denominada **prisão cautelar final**.³⁴

O perigo de fuga acontece, por exemplo, quando o indiciado ou o acusado pretende abandonar o local onde reside, comprando passagem aérea para outro país ou obtendo passaporte, fugindo do distrito da culpa para dificultar uma provável execução penal. O perigo de fuga do agente não pode ser presumido pelo fato dele ter uma boa condição financeira, o que realmente facilita uma eventual fuga para o exterior. De toda forma, o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade deve ser observado a todo momento, inviabilizando meras suposições alheias à elementos concretos e de convicção. O professor Renato Brasileiro de Lima esclarece:

Diante da regra probatória que deriva do princípio da presunção de não culpabilidade, não é do réu o ônus de assegurar que não pretende fugir, mas sim da acusação e do juízo o de demonstrar, à vista dos fatos concretos, ainda que indiciários – e não de vagas suposições – haver motivos para temer a fuga às consequências da condenação.³⁵

Com o advento da Lei nº 12.403/2011 ficou evidente que, a prisão preventiva somente poderá ser decretada quando não for possível a sua substituição por outra medida cautelar alternativa à prisão, conforme definido pelo art. 282, §6º, do CPP. Tendo em vista o requisito da garantia de aplicação da lei penal, é bom lembrar que, no capítulo das outras medidas cautelares (art. 319 e ss., do CPP) está a proibição do indivíduo ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução, bem como a proibição de ausentar-se do

³⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018.

³⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática. 2. ed. Niterói: Impetus. 2012.

país, que será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando o indiciado ou acusado para entregar o passaporte no prazo de 24 horas.

Isto posto, percebe-se que o magistrado está munido de duas medidas alternativas à prisão que podem garantir a aplicação da lei penal, devendo aplica-las sempre que forem suficientes, e, dessa forma, abster-se de decretar a medida extrema da prisão preventiva.

Outro requisito de aplicação da prisão preventiva é: **em caso de descumprimento de outra medida cautelar**. Com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, foi acrescentado ao art. 312 do CPP, um parágrafo único que possibilita a decretação da prisão preventiva caso o agente esteja descumprindo outra medida cautelar (art. 282, §4º, CPP). Essa hipótese de *periculum libertatis* é a mais recente e junta-se às outras já existentes no art. 312, *caput*, primeira parte, do CPP.

Segundo o art. 282, §4º do CPP, caso o agente tenha descumprido qualquer obrigação imposta a ele, o juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, substituir a medida cautelar diversa da prisão até então aplicada, por outra mais efetiva, ou, até mesmo, impor outra em cumulação com a já existente, e, em último caso, havendo fundada necessidade, decretar a prisão preventiva.

Para o doutrinador Gustavo Badaró, a decretação da prisão preventiva é muito rigorosa em casos que o acusado descumpra alguma obrigação inerente à medida cautelar imposta. Mesmo em situações graves de descumprimento da obrigação, a cumulação com outra medida ou a sua substituição por outra mais gravosa, bastaria. Além do mais, para o referido autor, se o magistrado verificar que há necessidade de decretar a prisão preventiva, somente será cabível se o crime cometido estiver dentro das hipóteses de cabimento do art. 313 do CPP. Dessa forma, no caso de um crime de menor potencial ofensivo, se o juiz decide que determinada pessoa está proibida de ausentar-se da comarca, e, posteriormente, ela descumpra a medida cautelar, a prisão preventiva não poderá ser decretada, pois não seria possível aplicar uma medida cautelar mais grave do que a própria pena aplicada ao final do processo.³⁶

A concepção do professor Renato Brasileiro de Lima em relação ao requisito discutido, particularmente, é mais sagaz e justa. Para o autor, caso o magistrado não

³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018.

decrete a prisão preventiva por descumprimento de medida cautelar diversa da prisão, em razão da ausência de alguma hipótese de cabimento do art. 313 do CPP, a coercibilidade de tal medida estaria sendo negada. Por conseguinte, o art. 319 do CPP, que trata das medidas cautelares alternativas à prisão, transformar-se-ia em letra morta no tocante aos delitos que não se adequam às hipóteses de cabimento do art. 313 do CPP. Dessa forma, a força coercitiva atribuída ao art. 319 do CPP pela Lei nº 12.403/2011, perderá efetividade, pois o agente sabe, de antemão, que o descumprimento de medida cautelar diversa da prisão imposta a ele jamais poderá dar ensejo à conversão em preventiva. O referido autor, explica que:

[...] a própria eficácia das medidas cautelares diversas da prisão está condicionada, essencialmente, ao seu caráter coercitivo, de onde se extrai a importância da possibilidade de decretação da preventiva como ameaça constante que deve pairar sobre o acusado para a eventualidade de descumprimento injustificado das medidas do art. 319 do CPP, concluímos que, **na hipótese do art. 282, §4º, c/c art. 312, parágrafo único, a preventiva pode ser decretada independentemente da observância do art. 313 do CPP.**³⁷ (grifo ausente no original)

Por fim, é conveniente salientar que o crime de desobediência previsto no art. 330 do CP, não é caracterizado em caso de descumprimento de medida cautelar alternativa à prisão, visto que o próprio art. 282, §4º do CPP, já prevê as consequências do não cumprimento da medida imposta, quais sejam, substituição da medida por outra mais grave, a imposição de outra medida cumulada com a existente ou a decretação da prisão preventiva.

Nesta seção, as prisões cautelares existentes no processo penal foram abordadas com o devido rigor acadêmico que devem ser tratadas. Dessa forma, percebemos que na prisão em flagrante, na prisão temporária e na prisão preventiva, o caráter cautelar é imprescindível para torna-las legítimas.

Mesmo na prisão em flagrante, classificada como precautelada, vimos que ela garante que o suspeito será colocado à disposição da justiça para que uma medida cautelar seja adotada, servindo assim, de instrumento à investigação, caracterizando a sua natureza acautelatória.

³⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática. 2. ed. Niterói: Impetus. 2012.

Notamos também, que a Lei da prisão temporária, vigorada em 1989, veio basicamente para acabar com os abusos de autoridade pertinentes à prisão para averiguação, existente antes da Constituição Federal de 1988.

Por fim, deve-se reconhecer a medida extrema que é a prisão preventiva, principalmente no tocante à garantia da ordem pública, que será abordada detalhadamente na próxima seção.

2 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

O requisito da garantia da ordem pública tem uma interpretação ampla e flexível, ocasionando divergências doutrinárias e jurisprudenciais quando utilizado para decretar a prisão preventiva. A constitucionalidade do requisito em estudo, é contestada por colocar em conflito os direitos fundamentais do investigado ou acusado como, presunção de não culpabilidade e direito de liberdade de locomoção, contra o direito de segurança que a sociedade detêm, sendo dever do Estado assegurar-los.

Acerca do assunto podemos distinguir, basicamente, duas concepções: a primeira justifica que a prisão preventiva embasada na garantia da ordem pública não tem natureza cautelar, em contraponto, a segunda concepção defende que o requisito é dotado de fundamentação cautelar.

Pela ótica do caráter multifuncional dos direitos fundamentais, o Estado deve respeitar os direitos fundamentais do indivíduo, mas, também, deve protegê-los da má fé de terceiros. Diante dessa premissa, a constitucionalidade e a inconstitucionalidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública serão analisadas nos subtópicos seguintes.

2.1 DA INCONSTITUCIONALIDADE

A natureza instrumental da prisão preventiva é bastante questionada quando decretada para garantia da ordem pública. Além disso, debates acerca da generalidade do termo e de ser um possível cumprimento antecipado de pena, também são colocados em pauta.

O princípio da presunção de não culpabilidade, consagrado no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal³⁸, tem como objetivo tutelar a liberdade de locomoção dos indivíduos. Portanto, diante de um ilícito penal, o Estado somente poderá cercear a liberdade do acusado depois de uma sentença penal transitada em julgado, momento em que a culpabilidade do agente será demonstrada. Logo, a presunção de não culpabilidade do indivíduo, deve prevalecer até uma sentença definitiva não recorrível.

O argumento mais frequente utilizado pela doutrina ao justificar a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública, compreende, basicamente, na ideia de que o indiciado ou acusado tornará a cometer delitos. Contudo, uma das finalidades da prisão pena é exatamente evitar que o agente torne a delinquir, consistindo em um dos fins do direito penal, e não um instrumento. Dessa forma, caso a prisão preventiva exerça essa finalidade, estará antecipando o cumprimento da pena do agente, ferindo o princípio da presunção de não culpabilidade.

Destarte, o decreto da prisão preventiva fundamentado na garantia da ordem pública, não visa conservar uma situação que, de fato, se faz necessária para assegurar a utilidade e a eficácia de uma provável sentença condenatória. Pelo contrário, o que se pretende é evitar a reiteração criminosa do agente recolhido. Nesse sentido, Magalhães Gomes Filho explica que:

[...] à ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem forma de privação de liberdade adotadas como medidas de defesa social; fala-se, então, em 'exemplaridade', no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade; ou, ainda, em prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitarem novos crimes; uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuadamente propenso a práticas delituosas ou, ainda, indicar a possível ocorrência de outras, relacionadas à supressão de provas ou dirigidas contra a própria pessoa do acusado,. Parece evidente que nessas situações a prisão não é um 'instrumento a serviço do instrumento', mas uma antecipação da punição, ditada por razões de ordem substancial e que pressupõe o reconhecimento da culpabilidade.³⁹

A garantia da ordem pública visa resguardar a segurança pública e a paz social, enquanto deveria servir para proteger a eficácia do processo, afastando-se da

³⁸ Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

³⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo: Saraiva. 1991.

natureza cautelar das medidas cautelares. Complementando o exposto, Aury Lopes Jr. explica que o fundamento:

[...] não é cautelar, pois não tutela o processo, sendo, portanto, flagrantemente inconstitucional, até, porque, nessa matéria, é imprescindível a estrita observância ao princípio da legalidade e da taxatividade. Considerando a natureza dos direitos limitados (liberdade e presunção de inocência), é absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva (*in malam artem*) que amplie o conceito de cautelar até o ponto de transformá-la em medida de segurança pública.⁴⁰

Parte da doutrina afirma que, a prisão preventiva somente encontra respaldo constitucional quando aplicada para assegurar a conveniência da instrução criminal ou para garantir a aplicação da lei penal, pois nesses casos, serve de instrumento para o processo. Aplicando-a para garantir a ordem pública, estaria desvirtuando-se do seu caráter acautelatório, transformando a medida cautelar numa pena antecipada, contrariando o princípio da presunção de não culpabilidade. Nessa acepção, os ensinamentos de Fernando da Costa Tourinho Filho, merecem ser observados:

Não se pode falar em prisão preventiva sem estar com as vistas voltadas para o princípio da presunção de inocência. Do contrário, para que serviria esse princípio? Se é dogma constitucional, todos devem respeitá-lo. Na hipótese de “preservação da ordem pública”, a prisão preventiva não tem nenhum caráter cautelar; ela não acautela o processo condenatório a que está instrumentalmente conexa. Que espécie de dano a liberdade do réu pode causar ao processo se o crime foi cometido com requintes de perversidade? O que ela tutela não é o processo condenatório; é a própria ordem pública, diz Romeu Pires de Campos Barros (Processo penal cautelar, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 197). E como a ‘ordem pública’ nada tem que ver com o processo, havendo cem léguas de distância entre ela e o processo, logo, não pode servir de fundamento para a medida extrema.⁴¹

Dessa forma, quando a garantia da ordem pública objetiva evitar a reiteração criminosa do agente, bem como resguardar a segurança pública e a paz social, ela se afasta da sua natureza cautelar. Vejamos os ensinamentos de Eugênio Pacelli:

A prisão para a garantia da ordem pública não se destina a proteger o processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei penal. Dirige-se, ao contrário, à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não-aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social.⁴²

⁴⁰ LOPES JÚNIOR. Aury. Direito Processual Penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

⁴¹ COSTA TOURINHO, Filho Fernando da. Processo Penal. 34. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

⁴² PACHELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 18. ed. São Paulo: Atlas. 2014.

Sendo assim justificada, os seus fins assemelham-se ao da prisão pena, que tem caráter de punição. A crítica é forte pelo fato do requisito ser utilizado como medida de prevenção, contribuindo para a segurança da sociedade (e não para o processo) e distanciando-se do verdadeiro sentido e natureza das medidas cautelares.

2.2 DA CONSTITUCIONALIDADE

A constitucionalidade do decreto da prisão preventiva requisitada para garantia da ordem pública é, acertadamente, defendida de forma majoritária na doutrina e jurisprudência.

Os estudiosos que conferem natureza cautelar à prisão preventiva decretada com fundamento na garantia da ordem pública, objetivam proteger a sociedade da provável reiteração criminosa do agente, em virtude da sua periculosidade. Assim explica Renato Brasileiro:

[...] entende-se garantia da ordem pública como risco considerável de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade, seja porque se trata de pessoa propensa à prática delituosa, seja porque, se solto, teria os mesmos estímulos relacionados com o delito cometido, inclusive pela possibilidade de voltar ao convívio com os parceiros do crime.⁴³

A prisão preventiva tem como objetivo resguardar o resultado útil do processo, assim sendo, percebe-se que o caráter acautelatório é mantido quando a medida pretende impedir que o réu possa continuar solto, preservando o direito de segurança que a sociedade detém. Nesse mesmo sentido, Andrey Mendonça explica que:

A prisão preventiva para fins de garantia da ordem pública não possui finalidade de prevenção geral ou especial, mas sim de prevenção concreta, com o intuito de evitar que a sociedade sofra um dano concreto iminente em seus bens jurídicos relevantes. Ao assim fazê-lo, o processo penal está buscando um de seus fins, que é a proteção da sociedade, contra ameaças concretas, concretizando um dos escopos da própria função jurisdicional (escopo social).⁴⁴

Os agentes que de fato estão inveterados na vida criminosa, muito provavelmente voltarão a delinquir antes do trânsito em julgado da sentença penal

⁴³ LIMA, Renato Brasileiro de. Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática. 2. ed. Niterói: Impetus. 2012..

⁴⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. Prisões e outras medidas cautelares pessoais. São Paulo: Método. 2011.

condenatória, sendo evidente o perigo social causado pela demora da prestação jurisdicional definitiva.

Nesse sentido, Antônio Scarance Fernandes é ímpar ao explicar que, “se com a sentença e a pena privativa de liberdade pretende-se, além de outros objetivos, proteger a sociedade, impedindo o acusado de continuar cometendo delitos, esse objetivo seria acautelado por meio de prisão preventiva”.⁴⁵

Na mesma linha de pensamento, Basileu Garcia esclarece que:

Para a garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinqüente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso a práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. Trata-se, por vezes, de criminosos habituais, indivíduos cuja vida social é uma sucessão interminável de ofensas à lei penal: contumazes assaltantes da propriedade, por exemplo. Quando outros motivos não ocorressem, o intuito de impedir novas violações determinaria a providência.⁴⁶

O juízo de periculosidade do agente não pode ser feito a partir de simples suposições ou ilações sem embasamento concreto. Contudo, demonstrada a sua periculosidade com dados sólidos, e que solto voltará às práticas criminosas, a prisão preventiva baseada na garantia da ordem pública poderá ser decretada.

Percebemos que a nova redação do art. 282, inciso I, do CPP⁴⁷, advinda da entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, permite a aplicação das medidas cautelares para evitar a prática de infrações penais, compatibilizando com a doutrina que defende a constitucionalidade do requisito em questão.

Para que uma pessoa seja presa com base no princípio da não culpabilidade, ela deve passar por toda instrução processual até chegar na sentença penal condenatória. Aqui, é feito o juízo de culpabilidade para condenar, ou não, o réu. Por outro lado, sabemos que para a aplicação de uma prisão cautelar, o juízo que se faz é de periculosidade, dessa forma, o agente tem o seu estado de presunção de inocência limitado, e o direito à segurança da sociedade é exercido.

⁴⁵ SCARANCA, Antônio Fernandes. Processo Penal Constitucional. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

⁴⁶ GARCIA, Basileu. Comentários ao Código de Processo Penal. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense. 1945

⁴⁷ 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**; (grifo ausente no original).

Constata-se então um possível confronto entre os direitos do imputado (presunção de não culpabilidade e direito de liberdade de locomoção) e o direito a segurança garantido a todos.

O estado de inocência e o direito de liberdade de locomoção do imputado devem ser sacrificados, pois o direito da sociedade à segurança deve prevalecer, em virtude do princípio da proporcionalidade. Quando a garantia da ordem pública visa proteger a sociedade e os seus bens jurídicos mais relevantes, percebemos que ela de fato serve ao processo.

O Estado exerce o *jus puniendi* através do processo, sendo que um de seus fins é, justamente, recuperar a paz social, perdida após o cometimento de um crime. Dessa maneira, a natureza cautelar do fundamento da garantia da ordem pública é clara, pois se uma das funções do processo é a proteção da sociedade, essa medida cautelar mostra-se indispensável para que se alcance esse fim.

Logo, na decretação da prisão preventiva requisitada para garantia da ordem pública, o magistrado deve fundamentar de maneira inequívoca, por meio de provas ou elementos de informação, a periculosidade do agente e a probabilidade de ele voltar a delinquir no curso do processo.

Nesta seção, discutimos sobre os fatores que justificam a inconstitucionalidade e a constitucionalidade da prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública. Vimos que a doutrina minoritária, considera esse requisito da medida cautelar, inconstitucional, por não deter caráter instrumental com o processo, sendo flagrante cumprimento antecipado de pena.

Contudo, acertadamente, a doutrina majoritária confere natureza cautelar ao requisito da garantia da ordem pública. Ao decretar a prisão preventiva nesse requisito, normalmente, a autoridade judiciária verifica a possibilidade de o indivíduo voltar a cometer crimes. Sabemos que um dos objetivos da sentença condenatória, é proteger a sociedade, dessa forma, a função cautelar é caracterizada em virtude desse objetivo ser acautelado pela prisão preventiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo fato do Brasil ser um Estado Democrático de Direito, vimos que a prisão de qualquer pessoa será medida excepcional. Dessa forma, em vista do princípio da não culpabilidade, ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em

julgado de sentença penal condenatória. Porém, percebemos que apesar desse princípio estar consagrado no texto constitucional, o agente pode ter a sua liberdade restringida antes do fim do processo, seja na prisão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.

Ao longo do artigo, foi demonstrada a imprescindibilidade do caráter cautelar para a legitimidade das medidas cautelares. Passamos pelas três espécies de prisão cautelar consagradas na doutrina, sendo elas a prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva.

Apoiado em doutrinadores consagrados, como Gustavo Badaró, Renato Brasileiro e Aury Lopes Júnior, apresentamos as diversas definições e concepções do requisito da garantia da ordem pública.

Em especial, discutiu-se sobre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade da prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública, bem como os requisitos, pressupostos e hipóteses para a sua aplicação. Também ficou clara a dificuldade dos estudiosos em conceituar a “ordem pública”, por ser um termo genérico e abstrato.

Porém, não restou dúvida de que a prisão preventiva requisitada para a garantia da ordem pública, visa evitar novas práticas delituosas do indivíduo cuja periculosidade foi constatada. Vimos que no juízo de periculosidade, o magistrado pode embasar-se em elementos concretos, determinando se o agente é propenso ou não à reiteração criminosa.

Logo, o indiciado ou acusado responsável por ameaçar a tranquilidade social, está ofendendo o direito fundamental a segurança que a coletividade detém. Dessa forma, é dever do Estado agir em benefício da sociedade, caso seja verificada a periculosidade do sujeito.

Destarte, se o magistrado demonstrar que a liberdade do sujeito oferece risco a toda sociedade, tal direito poderá ser restringido em virtude do direito a segurança da coletividade. Ou seja, os direitos individuais devem ser exercidos em harmonia com a coletividade, caso sejam mal utilizados, é dever do Estado reprimi-los.

Todavia, reitera-se a importância da prisão preventiva requisitada na ordem pública, por ser um instrumento imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais, bem como a garantia da tranquilidade e da paz social, que é diariamente atormentada pela reiteração delituosa de agentes que vivem a vida criminosa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 5 out. 2018.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 5 out. 2018.

_____. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 5 out. 2018.

_____. Lei nº 7960, de 21 de dezembro de 1989. **Dispõe sobre prisão temporária**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm>. Acesso em: 5 out. 2018.

_____. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. **Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em: 5 out. 2018.

_____. STF. Habeas Corpus 80.374/SP. Paciente: Pablo Russel Rocha. Impetrante: Sergei Cobra Arbex. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, julgado em 18/12/2000, publicado no DJe em 25/05/2001.

_____. STF. Habeas Corpus 80.717/SP. Paciente: Nicolau dos Santos Neto. Impetrante: Alberto Zacharias Toron. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min.^a Ellen Gracie, Brasília, julgado em 13/06/2001, publicado no DJe em 05/03/2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

GARCIA, Basileu. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense. 1945

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

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

LOPES JÚNIOR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas. 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas. 2014.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. ed. Salvador: JusPodvim. 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer a Deus, por ter me dado forças para chegar até aqui e por nunca ter me abandonado nessa longa caminhada.

Agradeço de forma especial a minha mãe, dona Cristiane dos Anjos Silva, mulher guerreira que eu admiro muito, sendo o verdadeiro amor e a grande inspiração da minha vida.

Sou grato ao meu pai, Dr. Leonardo Pimenta Cury, mesmo de longe nunca deixou de cumprir o papel de pai, zelando sempre pela minha formação acadêmica e pessoal.

Agradeço aos colegas de graduação, que estiveram comigo desde o início dessa longa caminhada que se chega ao fim. Especialmente ao Vitor Pinheiro Feitosa, uma pessoa que ampliou os meus horizontes no mundo jurídico, um amigo que a graduação me deu para a vida.

Sou grato também à minha namorada, Beatriz Valença Valério, por estar comigo nessa reta final de faculdade e por nunca faltar compreensão e companheirismo nos momentos difíceis.

Por fim, agradeço imensamente o corpo de docentes da graduação em Bacharelado em Direito, por terem exercido nobremente a arte de ensinar. Em especial ao meu orientador Dr.^o Humberto Fernandes de Moura, pelo suporte no pouco tempo que nos coube, e principalmente por ter me acolhido nessa empreitada final, assim como fez na disciplina de Direito Administrativo II.