



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - FAJS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

VICTOR AUGUSTO SAMPAIO CARNEIRO

**A PRISÃO PREVENTIVA SOB A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA: OS
IMPACTOS DO PACOTE ANTI-CRIME**

BRASÍLIA
2021

VICTOR AUGUSTO SAMPAIO CARNEIRO

**A PRISÃO PREVENTIVA SOB A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA: OS
IMPACTOS DO PACOTE ANTI-CRIME**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Marcus Vinicius Reis Bastos

BRASÍLIA
2021

VICTOR AUGUSTO SAMPAIO CARNEIRO

**A PRISÃO PREVENTIVA SOB A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA: OS
IMPACTOS DO PACOTE ANTI-CRIME**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Marcus Vinicius Reis Bastos

Brasília, _____ de 2021

Banca Examinadora

Prof. Orientador: Marcus Vinicius Reis Bastos

Prof. Examinador:

Dedico este trabalho à minha família: Elkeliz,
Marco Aurélio, Isadora e Gabriel.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço à Deus e aos meus Pais pelo dom da vida e a oportunidade de estudar em instituições do mais alto nível;

Agradeço à toda minha família, minha Mãe Elkeliz, meu Pai Marco Aurélio, minha Irmã Isadora Marcelle e meu Irmão Gabriel Enrique pelo suporte incondicional nessa trajetória;

Agradeço aos meus avós pelas memórias de infância e doses contínuas de incentivo que se materializam até hoje e um dia se misturarão à eternidade;

Agradeço aos meus tios e tias, primos e primas que sempre me apoiaram e jamais duvidaram do meu potencial.

Agradeço à minha querida Cristiana por todo apoio, suporte e incentivo nesse trabalho. Com toda certeza compartilhar a rotina de escrita com ela foi essencial para a desenvoltura desta obra.

Agradeço ao meu professor Orientador Marcus Vinicius Reis Bastos pelos votos de confiança, suporte oferecido por meio de seus ensinamentos indispensáveis para a realização deste trabalho e direcionamentos certos acerca do tema;

Agradeço à Professora Marion Bach pelos ensinamentos acerca do Direito Penal, pela ideia inicial do tema me fornecendo basicamente todo o esboço deste trabalho e, mormente, sobre a agradável combinação do viver com o tênis, o vinho, a literatura (poesias, prosas e crônicas, muitas crônicas) e o sertanejo. Uma das várias formas de se orquestrar o que se chama de vida.

Agradeço aos meus amigos de Sigma por tornarem a minha jornada mais divertida e, sobretudo, memorável. Em especial: Gustavo, Henrique, Gabriel, João Eduardo, Iwar, Pedro Henrique, Pedro Garcia, João Lyra e Lucas.

Agradeço à minha querida amiga que me acompanha em todas as minhas aventuras desta vida desde muito tempo: Ana Luísa Pontes Rodrigues.

Agradeço aos meus amigos de longa data pelas boas memórias que fazem parte desse caminho. Matheus, Alexandre, Érico, Arthur, Rafael e João Pedro, Diego, Lucas, Caio e Gabriel.

Agradeço às minhas amigas que sempre me incentivaram nessa empreitada. Cristiana, Camila, Julia, Juliana, Isabella, Laila, Luísa, Andréia, Bia, Isabela, Elisa, Nathália, Amanda, Letícia, Rafaela, Poliane, Raíssa, Thayne, Isabella Sales, Ana Clara e Emanuela.

Agradeço aos meus colegas de curso que sempre me incentivaram e motivaram a buscar novos desafios.

Finalmente agradeço à instituição de ensino UniCEUB pelo excelente corpo docente, estrutura física, projetos e qualidade de ensino, os quais foram cruciais para o meu desenvolvimento como futuro profissional das ciências jurídicas.

“A força do direito deve superar o direito da força”

Rui Barbosa

RESUMO

O presente relatório monográfico de pesquisa no âmbito do Direito Penal e Processual Penal tem por objeto a verificação da constitucionalidade da prisão preventiva sob a garantia da ordem pública em face das mudanças legislativas ocorridas em razão da série de medidas publicadas pelo Pacote Anticrime no apagar das luzes de 2019. A fim de ilustrar a questão será utilizado o método de pesquisa doutrinário para amparar os conceitos acerca de vários institutos relacionados ao tema, especialmente os que versam sobre as consequências desta modalidade de prisão. A análise versará sobre a natureza instrumental da prisão preventiva e sua teleologia de dar as condições necessárias para que o Ministério Público exerça a sua função institucional. Diante do estudo apresentado a seguir, verifica-se a importância do princípio da presunção de inocência quando da aplicação da prisão preventiva, sobretudo das modificações legislativas trazidas pelo Pacote no âmbito do Código de Processo Penal. Posteriormente pretende-se analisar os direcionamentos apontados pela jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal acerca do tema. Analisar os impactos da gravidade do crime, as suas circunstâncias, o risco de reiteração delitiva, coação de testemunhas e vítimas, ocultamento de provas e fuga do réu para o processo. Ao final se perceberá que, apesar da nebulosidade que envolve o tema, especialmente o conceito vago de ordem pública, a prisão preventiva é constitucional e necessita, principalmente, de uma ação por parte do legislativo para tornar o tema mais claro possível e facilitar a aplicação da lei pelos magistrados no caso concreto. É preciso que o Poder Judiciário edite mais súmulas, principalmente a Corte Cidadã, e o Poder Executivo continue a fomentar políticas públicas de segurança pública a fim de reduzir os elevados índices de violência urbana.

Palavras-chave: Prisão Preventiva; Garantia da Ordem Pública; Pacote Anticrime; Presunção de Inocência; Garantismo Penal.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	O GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI	10
3	A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	15
4	DA PRISÃO PREVENTIVA	17
4.1	Da Prisão Preventiva Como Medida Cautelar	17
4.2	A Prisão Preventiva Decretada Como Garantia da Ordem Pública: A Natureza do Instituto.....	22
4.3	A Prisão Preventiva e As Mudanças do Pacote Anticrime	24
5	A Jurisprudência do STJ e do STF	30
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	36
	REFERÊNCIAS	38

■ INTRODUÇÃO

A presente monografia tem o escopo principal de analisar a prisão preventiva sob a garantia da ordem pública. Verificar se os pressupostos estabelecidos na lei estão de acordo com a Constituição Federal de 1988 já que com o advento do Pacote anticrime, Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019, houveram algumas mudanças no que diz respeito ao texto do código de processo penal acerca deste tema. Há muito se discute a necessidade de um conceito de ordem pública a fim de balizar a fundamentação do magistrado quando efetuar uma decisão pela decretação da prisão preventiva, contudo não é uníssono nem na doutrina e nem na jurisprudência um critério objetivo para tal tarefa.

Além disso, busca-se encontrar uma conclusão do que pode ser esse conceito de ordem pública, uma vez que essa modalidade de prisão preventiva é muito mais aplicada pelos magistrados brasileiros do que as outras três possíveis, quais sejam a da garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal.

O primeiro capítulo abordará o garantismo penal de Luigi Ferrajoli e os seus axiomas dentro do processo penal.

O segundo capítulo disporá acerca da presunção de inocência e as possibilidades de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O terceiro capítulo tratará a natureza da prisão preventiva como medida cautelar e quais os significados disso. Busca-se a natureza da prisão preventiva como um instrumento para a garantia do processo, os pressupostos e requisitos da prisão preventiva, quais sejam o *fumus comici delicti* e o *periculum libertatis*, os quais deverão ser analisados minuciosamente pelo magistrado que serão os balizadores iniciais da sua fundamentação. Analisa-se também a ordem pública, tal como construído pela doutrina e jurisprudência. Cuida, além disso, da relação existente entre a ordem pública e as garantias constitucionais do processo.

Por fim, busca-se analisar a jurisprudência do STF e do STJ acerca do tema, principalmente decisões após as mudanças ocasionadas pela Lei 13.964/2019.

■ O GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI

A Constituição Federal possui um conjunto de normas que elenca garantias as quais devem proteger os cidadãos do poder do Estado, do abuso do poder que muitas vezes impera por parte do Estado. É preciso que exista um limitador ao *jus puniendi* de forma que se tenha um processo justo. Luigi Ferrajoli aponta alguns princípios necessários ao bom funcionamento da estrutura punitiva do Estado. São eles os Dez Axiomas do garantismo penal. São princípios formuláveis como proposições de implicação ou condicionantes e que estão, em verdade, ligados entre si.

Antes de adentrar propriamente nos detalhes relacionados a construção doutrinária de Ferrajoli, Geraldo Prado¹ aponta alguns pontos de importantíssima reflexão acerca da aplicação deste raciocínio jurídico dentro do direito pátrio, ainda que inicialmente somente com viés teórico. Prado aponta para as diferenças existentes na realidade social brasileira sobre a forma como se pune no Brasil e principalmente a violência latente que ainda assola o país de uma maneira muito presente. Além disso, Prado dispõe acerca da insuficiência e, até mesmo, do caráter contraproducente em se analisar o garantismo pensado de forma isolada, atrelado às práticas colonialistas as quais desidratam a força normativa da Constituição e das Leis.

O autor critica a manipulação de conceitos e institutos enviesados, aptos a conservar a análise de um pensamento ultrapassado e bastante ligado com a política. Tendo em vista que a teoria de Ferrajoli adota premissas concernentes à incriminação e punição de condutas, trata-se de uma teoria justificadora da punição. E esses setores conservadores querem atribuir ao “garantismo à brasileira” uma profissão de fé abolicionista. A fim de debater a teoria do garantismo, é preciso submetê-la a duras críticas que são inevitáveis se o objetivo consiste em trasladar suas premissas e conclusões para o Brasil, e isso deve ser feito de forma a olhar a realidade como um todo do país, e não só na esfera do direito penal, mas a realidade socioeconômica.

Quando aceitamos a violência como parte nuclear de nossa subjetividade, o discurso jurídico das garantias primárias e secundárias de Ferrajoli não produz outro

¹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais.** 3ª Edição EDITORA LUMEN JURIS, Rio de Janeiro, 2005.

efeito, salvo o de nos diferenciar de Estados situados em um nível civilizatório aparentemente "superior".²

Dito isso, passa-se à análise dos institutos principiológicos apontados por Luigi em sua teoria do garantismo penal.

São onze termos empregados para formular os princípios: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa. Esses axiomas garantistas expressam proposições prescritivas, prescrevem o que deveria ocorrer no mundo processual fático. São implicações *deônticas*, normativas ou de dever ser. Cada uma dessas implicações *deônticas*, ou seja, de princípios, enuncia uma condição *sine qua non*, isto é, uma garantia jurídica para se afirmar a responsabilidade penal e para aplicar a pena.³

O garantismo entendido no Estado Democrático de Direito representa o único remédio para os poderes selvagens. Mesmo o Estado sendo o mais forte, deve observar essas normas, esses axiomas. Não se pode haver uma sanção penal sem crime (*Nulla poena sine crimine*). Não há crime sem lei anterior que o defina (*Nullum crimen sine lege*). Não pode haver uma lei penal sem necessidade (*Nulla lex sine necessitate*). A necessidade da lei penal não existe sem a injúria ou ofensa (*Nulla necessitas sine injuria*). É necessário que haja uma conduta (*Nulla injuria sine actione*). Essa ação só existe se houver culpa, ou seja, vontade, dolo, culpa (*Nulla actio sine culpa*). Não há culpa sem julgamento, análise feita pelo Estado-Juiz (*Nulla culpa sine iudicio*). Não há julgamento sem uma acusação (*Nullum iudicium sine accusatione*). Não há acusação sem o direito de provar a culpa ou a inocência (*Nulla accusatio sine probatione*). Não há provas sem direito de defesa (*Nulla probatio sine defensione*).⁴

Portanto são princípios, respectivamente:

1) Princípio da retributividade ou da consequentialidade da pena em relação ao delito;

² PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais 3ª Edição EDITORA LUMEN JURIS, Rio de Janeiro, 2005.

³ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

⁴ Ibidem

É o princípio que consagra uma sanção cominada aplicável quando se comete um delito, que constitui sua causa ou condição necessária e do qual se configurará como efeito ou consequência jurídica. Desse modo a pena não é um *Prius*, mas um *Posterius*, uma sanção *post delictum*, uma sanção em retribuição à conduta praticada configurada como crime.

2) Princípio da legalidade;

Esse princípio consagra a norma de reconhecimento de que todas as prescrições penais devem estar legalmente presentes, ou seja, positivadas no ordenamento para que possam existir e serem aplicadas. Somente as leis dizem o que é delito.

3) Princípio da necessidade ou da economia do direito penal;

Essa pretensão está intimamente ligada a concepção retributiva da pena, configurada, por um lado, como contraprestação ou contrapeso e, por outro, como medida. É a base do princípio do talião – “olho por olho, dente por dente” – presente desde o código de Hammurabi até a Bíblia e as XII tábuas. A formalização legal da pena constitui um pressuposto essencial também para a sua minimização, conforme o critério utilitarista e humanitário da necessidade. Este princípio exige que se recorra a ele somente como remédio extremo.

4) Princípio da lesividade ou da ofensividade do evento;

Esse princípio trata da natureza lesiva do resultado, dos efeitos que produz. Ele impõe o ônus da demonstração da lesividade no resultado. Aqui se faz valer a máxima kantiana no campo penal de que a única tarefa do direito é a de fazer compatíveis entre si as liberdades de cada um.

5) Princípio da materialidade ou da exterioridade da ação;

De acordo com esse princípio, nenhum dano, por mais grave que ele seja, poderá ser penalmente relevante, senão como efeito de uma ação. É preciso que as ações de concretizem, ou seja, devem ser materiais, físicas ou externas, empiricamente observáveis, passivas de serem descritas pela lei penal. Os atos internos não poderão ser objeto de punição pois não são externalizáveis. Somente a ação externa é capaz de causar uma mudança no mundo exterior qualificável como lesão.

6) Princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal;

Corresponde ao elemento subjetivo ou psicológico do delito, nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão. Então não poderá sofrer castigo nem proibição se não é intencional, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer.

7) Princípio da jurisdicionariedade;

Pode ser compreendido como simplesmente uma exigência do conjunto de garantias penais ou substanciais, ou como conjunto das garantias processuais ou instrumentais. É a correlação entre a lei e o juízo em matéria penal.

8) Princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação;

A primeira característica é a diferenciação entre os sujeitos que desenvolvem funções jurisdicionais e os que desenvolvem funções de postulação e conseqüentemente de serem parte no processo. É extremamente necessária a configuração de um processo em que o juiz está numa posição de distanciamento entre as partes em razão da sua imparcialidade para julgar o feito.

9) Princípio do ônus da prova ou da verificação;

O ônus da prova na seara penal deve ser incumbência do ministério público já que o réu não deve produzir provas contra si mesmo e quem terá a tarefa de provar a conduta criminosa e a ligação com aquele indivíduo acusado é o titular da ação penal. A inocência deve ser presumida até prova em contrário, é essa prova que deve ser fornecida por quem a nega formulando a acusação.

10) Princípio do contraditório ou da defesa.

A defesa funciona como o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório. É necessário a perfeita igualdade entre as partes para que a disputa se desenvolva de modo leal e com paridade de armas. O contraditório assegura ao acusado a ciência do que está sendo acusado e a possibilidade de decidir a forma como irá refutar essa acusação e fortalecer a sua defesa.⁵

⁵ Ibidem

Assim, de acordo com a doutrina garantista de Luigi Ferrajoli toda prisão decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória seria ilegítima e inadmissível uma vez que contrariaria o princípio da presunção de inocência. Ainda que se apresente como um paradoxo diante dos princípios garantistas, a prisão provisória é necessária para o acautelamento do processo, ou seja, como instrumento de sua tutela enquanto medida cautelar e não pelo direito penal material em si violado.

■ A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A origem desse princípio remonta à Revolução Francesa, consagrado no artigo 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, documento muito importante que solidificou os ideais do Iluminismo. Conforme dispõe o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, a presunção de inocência, princípio consagrado no ordenamento pátrio, tem como marco findável o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Contudo, a presunção de inocência não é absoluta e pode ser relativizada. O requisito para que tal fenômeno ocorra é justamente a indispensabilidade cautelar da medida, conforme dispõe Aury Lopes Junior⁶:

“A Presunção de Inocência não é absoluta e pode ser relativizada pelo uso das prisões cautelares. O que permite a coexistência, além do requisito e fundamento cautelar, são os princípios que regem as medidas cautelares. São eles que permitem a coexistência. Então é importante compreender desde logo que se pode prender alguém, em qualquer fase ou momento do processo ou da investigação preliminar, inclusive em grau recursal, desde que exista uma “necessidade cautelar”, isto é, o preenchimento do requisito e fundamento cautelar (art. 312).”

Conforme expõe Gustavo BADARÓ⁷:

“A presunção de inocência é a primeira, e talvez a mais importante forma de analisar este princípio, é como garantia política do cidadão. A presunção de inocência é, antes de tudo, um princípio político.”

A presunção de inocência está para garantir que um possível inocente reste protegido durante o curso de todo o processo ante a necessidade de provas para que se possa condená-lo caso assim o seja. Tanto é assim que outros princípios constitucionais como o contraditório e a ampla defesa trabalham juntos durante todo o processo para que a formação do convencimento do juiz se dê de maneira proba, imparcial e íntegra, e que imponha uma estrutura dialética em que o juiz analisa pontos que serão cotejados pela defesa e pelo órgão acusatório. Tudo isso não seria possível sem a presença da presunção de inocência que é capaz de proteger aquele que se encontra na posição de investigado ou denunciado pela justiça e ao final possa vir a ser absolvido.

⁶ LOPES JR., Aury Direito processual penal / Aury Lopes Jr. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

⁷ Em Parecer Jurídico sobre a Presunção de Inocência que foi utilizado no HC 126.292/SP, quando da discussão no STF sobre a execução antecipada da pena.

Da presunção de inocência temos como consequência outros princípios que foram tão caros ao réu no processo penal, e que durante anos de história não foram observados. Nas lições de Guilherme NUCCI⁸:

“São princípios consequenciais da presunção de inocência: prevalência do interesse do réu (in dubio pro reo, favor rei, favor innocentiae, favor libertatis) e imunidade à autoacusação: o primeiro significa que, em caso de conflito entre a inocência do réu – e sua liberdade – e o poder-dever do Estado de punir, havendo dúvida razoável, deve o juiz decidir em favor do acusado. Aliás, pode-se dizer que, se todos os seres humanos nascem em estado de inocência, a exceção a essa regra é a culpa, razão pela qual o ônus da prova é do Estado-acusação. Por isso, quando houver dúvida no espírito do julgador, é imperativo prevalecer o interesse do indivíduo, em detrimento da sociedade ou do Estado. Exemplo: absolve-se quando não existir prova suficiente para a condenação (art. 386, VII, CPP).”

Além disso, Aury Lopes Jr. ressalta a importância de sustentar que a presunção constitucional de inocência possui um marco estabelecido de forma bastante clara, qual seja: até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Neste ponto a Constituição Brasileira supera diversos diplomas internacionais e de direitos humanos tidos como referência. E assim, há uma afirmação explícita e inafastável de que o acusado é presumidamente inocente até que não haja mais possibilidade de recurso da sentença.⁹

⁸ Curso de direito processual penal / Guilherme de Souza Nucci. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

⁹ Aury Lopes Junior. Fundamentos do Processo Penal 6. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

■ DA PRISÃO PREVENTIVA

4.1 Da Prisão Preventiva Como Medida Cautelar

As medidas cautelares de natureza processual penal buscam tão somente garantir o desenvolvimento do processo e assim a eficaz aplicação do *jus puniendi*. E então tem-se a instrumentalidade do processo, a qual vai ao encontro da doutrina clássica consolidada no direito processual civil em que, basta a fumaça do bom direito e o perigo da demora para caracterizar a necessidade da medida cautelar de prisão. Esses institutos são conhecidos no processo penal como o *fumus comici delicti* e o *periculum libertatis* que serão destrinchados mais a seguir. O erro se constrói e materializa no momento em que se utiliza de uma doutrina que advém do direito processual civil que é uma categoria jurídica própria e diferente do processual penal, portanto, legitima-se que tal analogia não seja possível.

A doutrina clássica posta por CALAMANDREI propõe que o *periculum* é um requisito das medidas cautelares, contudo este é o seu fundamento. Além disso, o perigo iminente dentro do processo penal da liberdade do investigado ou acusado é a sua liberdade que pode vir a ocasionar a destruição de provas ou de fugas. Assim, se faz necessário abandonar essa doutrina civilista de CALAMANDREI e buscar conceitos próprios que satisfaçam as necessidades do processo penal, em que a medida cautelar de prisão preventiva se insere como um instrumento a serviço do processo, que acautela a prova ou garante a presença do réu em seu curso.

Não obstante muito se utilize do termo ação cautelar dentro do processo penal, esta se revela inconsistente pois o que se têm são medidas cautelares e não processo cautelar já que prisões cautelares, sequestro de bens, hipoteca legal e outras medidas incidentais não gozam de ação autônoma para que se procedam.¹⁰

Uma medida que seja capaz de impor restrições a direitos pessoas e à liberdade de ir e vir do suposto autor da infração penal (como acontece no caso da prisão preventiva), decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, será assim entendida como medida cautelar ainda que a lei assim não a identifique, ou mesmo o operador do direito que faz uso. Na medida em que se mostra incidindo na liberdade individual de pessoas, em contraponto às medidas

¹⁰ Ibidem

cautelares reais, as quais recaem sobre bens do indivíduo, está-se diante de medida cautelar de natureza pessoal. É pacífico ainda que não haverá prisão senão em flagrante de delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, conforme preceitua a constituição da república.

Diante desse cenário, o sistema processual penal brasileiro trouxe regras que garantem ao acusado a chamada presunção de não culpabilidade que somente poderá ser desconstruída por uma sentença penal condenatória, transitada em julgado, proferida por um juiz competente, respeitados o contraditório e ampla defesa como manda o devido processo legal, e também a exigência de decisões judiciais fundamentadas que justifiquem a imposição da prisão antes que o juízo de culpabilidade seja definitivo dentro daquele processo em que ocorre a persecução penal.

Desse modo tem-se como consequência, além da exigência de fundamentação, é possível notar que tal modalidade de prisão não poderá, nunca, inserir o acusado numa posição jurídica que o faça presumir culpado pela prática dos crimes a ele imputados, sob pena de afronta ao princípio constitucional da inocência ou não culpabilidade, que, como visto anteriormente, somente poderá ser afastado mediante sentença penal definitiva, da qual não seja mais cabível qualquer recurso. A decisão a qual decreta a prisão preventiva do acusado não pode, por fim, conter qualquer juízo antecipado de culpabilidade em sua fundamentação, ante a expressa imposição constitucional.

Se por um lado é sabido que a prisão preventiva não pode ocasionar um juízo antecipado de culpabilidade, também é possível afirmar que a Carta Magna permite a decretação de prisão antes do trânsito em julgado mediante decisão judicial fundamentada. Ao se deparar com essas restrições de ordem constitucional acima elencadas, somente da própria Constituição da República poderia ser o intérprete capaz de extrair fundamento para justificar a adoção de medida tão drástica. Segundo preceitua Eugênio Pacelli de Oliveira, a adoção de tal medida encontraria justificativa na necessidade de preservação da efetividade do processo, único argumento suficiente e válido a fim de “justificar a segregação excepcional de quem ainda se deva considerar inocente”, como qualquer medida cautelar pessoal.¹¹

¹¹ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

É função típica do Poder Judiciário a atividade jurisdicional, fruto da separação constitucional dos poderes, e marco declaratório da soberania do Estado, de forma que se há uma conduta que seja capaz de impedir ou embaraçar a sua atuação deverá ser energeticamente repelida pelo próprio Estado que faz uso dela. Portanto, havendo risco ao regular andamento processual, por ato imputável ao acusado, deverá o Poder Judiciário fazer uso de tal modalidade de prisão, buscando, justamente, retirar os óbices colocados ao normal desenvolvimento da marcha processual. Afinal, o que se pretende ao agir sob esse fundamento é justamente possibilitar o pleno exercício do direito de acusação delegado ao *Parquet* pela Constituição e o direito do Estado de exercer o *jus puniendi*. Isso tudo atrelado à ideia de mais profundo respeito às garantias processuais constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sob pena de se fomentar no Brasil, a imposição de um sistema penal funcional, preocupado, apenas, em proteger a sua efetividade própria. Logo, é com apoio nessa finalidade específica que se conclui pelo caráter instrumental da prisão preventiva no ordenamento pátrio, tendo em vista que não a prisão não é um fim em si mesma, mas sim um instrumento de proteção da efetividade do próprio processo no qual ela é decretada. A medida cautelar protege o processo, e não o direito material nele discutido, que, ao contrário, será dissecado no processo de conhecimento. A medida cautelar serve, então, de instrumento para que os fins possam ser atingidos, que nada mais é do que a solução do caso penal, na função do Estado de agente punitivo. Desse modo, percebe-se que a prisão preventiva não tem como fim a proteção do direito violado de forma material, mas sim a proteção do andamento processual de forma completa.¹²

A prisão preventiva não deve se confundir com a política de combate à violência que o Estado deve executar. A prisão cautelar não tem relação direta com os índices alarmantes de violência que acometem várias cidades do País. Diante disso, não se pode decretar como necessária a prisão do réu no curso do processo somente porque o Estado não adotou medidas necessárias capazes de frear essa violência. O dever de combate cabe ao executivo com medidas de prevenção. E assim não cabe ao judiciário tentar resolver o problema.

¹² *Ibidem*

Em artigo¹³ publicado no XIII Simpósio da AACRIMESC – Salvacionismo e Mitos da Nova Era – Luísa Walter da Rosa¹⁴ aponta alguns problemas da decretação da prisão preventiva no Brasil, em especial no Estado de Santa Catarina. Aponta que a aplicação da prisão preventiva não pode ser um instrumento de resposta rápida à população em relação a crimes praticados no intuito fim de acabar com a sensação de impunidade. A autora afirma que no dia a dia profissional se deparou com um instituto da prisão preventiva como sendo uma regra implícita em que “na dúvida se prende”, e por muitas vezes, além de injustificável - por não preencher os requisitos legais e ser decretada em razão da gravidade da conduta, e/ou por ser proveniente de um juízo de valor em favor da garantia da ordem pública - é também ineficaz. Em alguns casos o poder público precisa prender pessoas no intuito de se legitimar.

O clamor público, no caso da garantia para ordem pública não está entre as hipóteses para a prisão preventiva, mas ela é analisada pelo juiz, pois a sociedade e também a imprensa, muitas vezes tem grande impacto sobre o delito cometido. Alguns autores defendem a possibilidade de se decretar a prisão preventiva sob a garantia da ordem pública com base no clamor público.

Neste sentido, afirma Nucci:

“O judiciário precisa atentar para os crimes que provocam o clamor social fidedigno, gerando comoção, revolta, descrédito na justiça, sentimento de impunidade, enfim, insegurança. Geralmente, aptos a gerar tal situação são os delitos verdadeiramente graves. Ilustrando, o homicídio cruel de um filho pequeno, cometido pelos seus pais, pode causar comoção geral, viabilizando a prisão preventiva. Cuida-se, afinal, de uma situação tão anormal e excepcional como é a própria natureza da prisão cautelar. Se a liberdade é a regra, considerando-se a prisão, exceção, devemos ter em mente que há crimes

¹³ A FALÁCIA DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO ARGUMENTO PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA: UM ESTUDO PRÁTICO DAS DECISÕES DO TJSC ALIADO À REALIDADE DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO. Salvacionismo e mitos da nova era [livro eletrônico] Organizadores Aline Gostinski, Deivid Willian dos Prazeres, Bartira Macedo de Miranda. 1.ed. – São Paulo : empório do direito.com: Tirant lo Blanch, 2019. XIII SIMPÓSIO DA AACRIMESC, p.55-68. Disponível em <https://editorial.tirant.com/free_ebooks/9788594774101.pdf> Acesso em 10 ago, 2021.

¹⁴ Mestranda em Direito Penal pela UFPR. Pós-graduada em Direito Penal e Criminologia pela PUC-RS. Graduada em Direito pela UFSC. Advogada criminalista. Advogada associada da Associação de Advogados Criminalistas do Estado de Santa Catarina (AACRIMESC). Membro da Comissão de Assuntos Prisionais e da Comissão de Direito Penal e da Advocacia Criminal, ambas da OAB/SC. Autora do livro “Colaboração Premiada: a possibilidade de concessão de benefícios extralegis ao colaborador”, pela Editora EMais, 2018.

específicos e destacados, fugindo ao lugar-comum e atingindo as fronteiras do extraordinário. Por isso, fazem frutificar o clamor público, pleiteando providências imediatas e efetivas do Estado.”¹⁵

Em artigo publicado no site da jus.com.br¹⁶, os autores apontam que fica evidente que realmente a divergência existe quanto a esta questão, contudo, a maioria dos entendimentos consegue demonstrar que o clamor social, por si só, não pode ensejar a decretação da prisão preventiva, primeiro porque esta não é uma das hipóteses elencadas no artigo 312 do CPP, e segundo porque a sociedade não pode impor à justiça uma maneira de atuar que não está prevista em lei.

Outro fator apontado no artigo é que:

“O clamor social muitas vezes é gerado pela mídia que, por sua vez, transmite os fatos à sua maneira, e as pessoas que não detém um certo conhecimento, interpretam como bem entendem, julgando as pessoas sem terem a menor certeza do que realmente aconteceu. E mais, nestes casos as pessoas sempre acham que a justiça é falha, por deixar aquele criminoso solto, quando na verdade, ele tem esse direito, está previsto constitucionalmente, mas, quando a mídia faz a cobertura dos fatos, causa um impacto tão grande que a sociedade acredita exatamente no que está vendo, e não na realidade como ela é.”¹⁷

E além disso, se a gravidade do delito, por exemplo, fosse causa de prisão imediata, a legislação seria bem expressa neste sentido trazendo no texto legal as hipóteses capazes de ensejar a medida. Assim também ocorre no caso do clamor social, e nenhum destes casos por si só é suficiente a ponto de decretar uma prisão preventiva. É isso que a sociedade deve pensar e refletir no momento em que se deparar com um caso apontado pela mídia.

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

¹⁶ PEREIRA, Daniel; ALVES, Rodrigo. A inconstitucionalidade da prisão preventiva como garantia da ordem pública, 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/82343/a-inconstitucionalidade-da-prisao-preventiva-como-garantia-da-ordem-publica>> Acesso em 11 ago. 2021.

¹⁷ Ibidem

4.2 A PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COMO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA: A NATUREZA DO INSTITUTO.

A ordem pública é um termo dotado de imprecisão técnica. Alguns autores apontam para um conceito de caráter vago, em que não se consegue precisar o que seria infringir a ordem pública. Em artigo¹⁸ publicado no site Canal Ciências Criminais, Guilherme Silva Araújo¹⁹ afirma a ordem pública como sendo um termo aberto, formado por palavras abstratas e que não conseguem esclarecer o real significado a que se propõem.

Luís Roberto Barroso²⁰ leciona que algumas vezes uma regra irá conter um termo ou uma locução de conteúdo indeterminado, aberto ou flexível como a ordem pública, por exemplo. Nesses casos o autor afirma que a regra irá desempenhar um papel semelhante ao dos princípios, em que o intérprete deverá ser capaz de integrar a partir da sua subjetividade o comando normativo e formular uma decisão concreta que melhor regerá a situação de fato a ser apreciada.

Dessa forma, essa vagueza apontada pelo autor dá espaço a um discurso sobre a ordem pública não como propriamente uma busca por uma sociedade em ordem, em que não há caos, alinhada, organizada, mas sim que trata acerca de um discurso político atrelado à resposta ao clamor público, à gravidade em abstrato do crime, à segurança da vítima, à proteção às provas dos fatos para garantia da instrução criminal que irão se encaixar nessa linha de argumentação.

Além disso, é importante ressaltar que o indivíduo ao ter a notícia que será preso preventivamente para garantia da ordem pública, diante da vagueza do instituto, não consegue exercer de forma plena o contraditório, já que não sabe ao certo do que está sendo acusado. Nessa linha de raciocínio, infringe-se, por consequência, a ampla defesa, já que não se sabe precisamente o porquê da prisão, então a sua defesa resta prejudicada.

¹⁸ ARAÚJO, Guilherme Silva. **O conceito de ordem pública e sua utilização como instrumento de controle social**. Canal Ciências Criminais, 2020. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/o-conceito-de-ordem-publica-e-sua-utilizacao-como-instrumento/>>. Acesso em 24, set. 2021.

¹⁹ Advogado Criminalista. Mestre em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC. Especialista em Ciências Criminais pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – CESUSC.

²⁰ apud ARAÚJO, 2020.

Uma vez violados os princípios do contraditório e da ampla defesa, há também a violação ao princípio do devido processo legal. Princípios tão caros e preciosos ao ordenamento jurídico pátrio, sobretudo por versarem, neste caso, acerca de um direito fundamental de primeira geração, qual seja a liberdade. O direito protegido pelo remédio constitucional mais famoso, o habeas corpus.

A par do direito à vida, o direito de ir e vir, é o bem mais precioso de um indivíduo. Sem a vida não se faz nada nesse plano, sem a liberdade não se faz quase nada. Então, em última análise, Daniel de Lima Ferreira leciona em artigo²¹ publicado no International Center for Criminal Studies:

“A vagueza do conceito de ordem pública é bastante prejudicial em termos práticos, já que possibilita que o juiz fundamente o decreto preventivo, sob o pretexto de garantir a ordem pública, em virtude das mais variadas circunstâncias.

A subjetividade e a vagueza inerentes ao termo “ordem pública”, portanto, violam o princípio da legalidade, dando margem para que o julgador tome suas decisões acerca da necessidade ou não da custódia cautelar, em virtude de qualquer motivo que porventura, ofenda a ordem pública, o que é extremamente perigoso, em termos de segurança jurídica.”.

Dessa forma a prisão preventiva como garantia da ordem pública, em conclusão, quebranta o contraditório e a ampla defesa, uma vez que impossibilita o exercício pleno da defesa, tendo em vista que a amplitude e a subjetividade do termo impossibilitam a realização da contraprova.

²¹ FERREIRA, Daniel de Lima. **Da subjetividade e vagueza do termo “ordem pública” e a consequente violação ao princípio da estrita legalidade da lei penal.** International Center for Criminal Studies, 2018. Disponível em <http://iccs.com.br/da-subjetividade-e-vagueza-termo-ordem-publica-e-consequente-violacao-ao-principio-da-estrita-legalidade-da-lei-penal-daniel-de-lima-ferreira/>. Acesso em: 26, set. 2021.

4.3 A PRISÃO PREVENTIVA E AS MUDANÇAS DO PACOTE ANTICRIME

A prisão é a privação da liberdade de locomoção. É preciso que haja uma situação de flagrância ou uma ordem judicial para que alguém seja preso. A prisão cautelar ou provisória ou processual se divide em três espécies. Pode ser a flagrante, preventiva e temporária. Tendo em vista que a prisão antes do trânsito em julgado não é a regra, já que o marco do fim da presunção de inocência é justamente o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, para se prender alguém, é preciso que a decisão esteja bastante fundamentada.

O motivo da prisão tem relação com a investigação criminal ou a instrução processual. O motivo da prisão não pode ser a culpa do investigado, pois como já dito, ele ainda é considerado inocente. A prisão provisória precisa ter um motivo. Assim dispõe o Código de Processo Penal:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.²²

Portanto, necessariamente o magistrado deve decidir a partir do requerimento da parte acusadora ou, na investigação preliminar, mediante representação da autoridade policial, nunca de ofício.²³

O artigo 312 do Código de Processo Penal elenca os requisitos para se decretar a prisão preventiva:

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 e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.²⁴

A ordem pública pode se manifestar por exemplo em razão do risco da reiteração delitiva.

²² Código de Processo Penal Brasileiro.

²³ LOPES JR., AURY. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

²⁴ Código de Processo Penal Brasileiro.

Mas antes o juiz pode aplicar uma medida cautelar. A decisão de decretação deve ser fundamentada em fatos concretos novos e contemporâneos e que justifiquem a medida.

Os requisitos de admissibilidade da prisão preventiva estão presentes nos artigos 313 e 314 do Código de Processo Penal. É necessário que sejam crimes dolosos e com pena máxima superior a 4 anos:

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;

IV - (revogado).

§ 1º 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.

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.

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](#).²⁵

Além da existência do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, a prisão preventiva somente poderá ser decretada nos crimes dolosos. Não existe possibilidade de prisão preventiva em crime culposo, ainda que se argumente em torno da existência de quaisquer dos requisitos do art. 312. Isso porque, para além do

²⁵ Ibidem

princípio da proporcionalidade, o art. 313 inicia por uma limitação estabelecida no inciso I: crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos.

Viola qualquer senso mínimo de proporcionalidade ou necessidade, além do caráter excepcional da medida, a imposição de prisão preventiva em crime culposos.

Não cabe prisão preventiva por crime culposos, em nenhuma hipótese. Sendo doloso, o critério de proporcionalidade vem demarcado pela lei: a pena máxima cominada deve ser superior a 4 anos. Isso dá margem, de plano, ao seguinte questionamento: e nos (muitos) tipos penais em que a pena máxima é igual a 4 anos (e não superior), como nos crimes de furto (art. 155), apropriação indébita (art. 168) e tantos outros? O dispositivo é claro e não dá margem para interpretação extensiva (sempre vedada em matéria penal).

Se houver prova razoável de que o agente tenha praticado o fato ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude, tais como estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, não caberá a prisão preventiva, por ausência de fumaça de ilicitude na conduta. Conforme dito anteriormente, não se exige uma prova plena da excludente, mas uma fumaça. Inclusive, diante da gravidade de uma prisão preventiva, pensamos que a dúvida deve beneficiar o réu também neste momento, incidindo sem problemas o in dubio pro reo.

Da decretação da preventiva: artigo 311 a prisão preventiva cabe durante o inquérito e durante o processo. Só cabe se houver requerimento, o juiz não mais atua de ofício para prender preventivamente. A decisão será sempre fundamentada. O artigo 315 fala de mais requisitos:

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#).

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.²⁶

É indispensável um juízo sério, desapassionado e, acima de tudo, consolidado na prova existente nos autos. A decisão que decreta a prisão preventiva deve conter uma fundamentação de qualidade e adequada ao caráter cautelar. O juiz deve ser capaz de demonstrar, com base na prova constante nos autos, a probabilidade e atualidade do *periculum libertatis*. Se caso não exista atualidade do risco, não existe *periculum libertatis* e a prisão preventiva é carente de fundamento. Nessa linha, o § 2º do art. 312 exige que para decretação da prisão preventiva o perigo (necessidade cautelar) deve ter existência concreta em fatos novos ou contemporâneos, que justifiquem a medida adotada.²⁷

No artigo 316, é bem demonstrado o caráter situacional da prisão preventiva, que poderá ser decretada, substituída e até voltar a ser decretada conforme exista ou não a necessidade cautelar.

Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como

²⁶ Código de Processo Penal Brasileiro.

²⁷ LOPES JR., AURY. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#).

Por fim, há que se comemorar a inserção do dever de revisar, no máximo a cada 90 dias, as prisões preventivas decretadas, como determina o art. 316, parágrafo único do CPP (inserido pela Lei número 13.964/2019).

Uma grande evolução que evita que o juiz simplesmente “esqueça” do preso cautelar, bem como impõem o dever de verificar se persistem os motivos que autorizaram a prisão preventiva ou já desapareceram. Tal agir deverá ser de ofício, independente de pedido, até porque se trata de controle da legalidade do ato, um dever de ofício do juiz. Por fim, chamamos a atenção de que finalmente temos o dever de revisar periodicamente a medida e, também, de que esse é um prazo com sanção (não cumprido o prazo e o reexame, a prisão será considerada ilegal).

Em artigo²⁸ publicado no sítio Canal Ciências Criminais, Marion Bach²⁹ e Isabela Maria Stoco³⁰ apontam:

“Os institutos penais são (todos) marcados por *limites temporais*. Eis porque não existe prisão perpétua (art. 75 do CP), eis porque a regra é a prescricibilidade dos crimes (art. 109 do CP), eis porque existe a reabilitação após o prazo de dois anos (art. 93 e ss do CP), eis porque o período da reincidência se limita a cinco anos (art. 61, I, do CP), etc.”

Nessa linha de raciocínio, a prisão preventiva também deve possuir um limite temporal. E, portanto, deve ser feita uma análise da manutenção dos motivos que a decretaram, caso não subsistam esses motivos, a prisão deverá ser imediatamente revogada sob pena de se cumprir pena antecipada, o que violaria o princípio da presunção de inocência sobremaneira.

²⁸ BACH, Marion; STOCO, Isabela Maria. **Direito ao esquecimento e Direito Penal: a questão dos antecedentes criminais**. Canal Ciências Criminais, 2019. Disponível em <https://canalcienciascriminais.com.br/direito-ao-esquecimento-e-direito-penal/> . Acesso em: 23, set. 2021.

²⁹ Advogada Criminal. Doutora em Ciências Criminais pela PUCRS. Mestre em Direito do estado pela UFPR. Professora de Direito Penal.

³⁰ Advogada Criminalista. Mestranda em Direito pela UEPG. Pós-graduada em Compliance pela FAE e em Direito Penal Econômico pela PUC/MG. Autora de diversos artigos na área do Direito Penal.

Infelizmente, essa inovação acabou sendo soterrada pela decisão proferida no pelo STF no Caso André do Rap – HC 191.836/SP, onde se firmou o entendimento de que a inobservância do prazo de 90 dias “não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e atualidade de seus fundamentos” (SL 1395 MC-Ref). Com isso, a inovação (prazo com sanção) virou letra morta.³¹

³¹ LOPES JR., AURY. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

■ A Jurisprudência do STJ e do STF

Diante da ausência de critérios norteadores quando da aplicação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública pela legislação, o STJ definiu alguns requisitos a serem seguidos. Analisa-se, por exemplo, a questão da gravidade do crime, se há risco de reincidência específica ou não, se há formação de organização criminosa, se há risco de coação de testemunhas ou da vítima, ou, até mesmo, a chance do investigado fugir ou ocultar alguma prova.

Não obstante urgir uma ação legislativa no sentido de tornar clara a aplicação desta modalidade de prisão, a corte cidadã baliza alguns entendimentos no sentido de facilitar a jurisdição aos magistrados de primeira instância quando da sua aplicação.

Uma grande mudança trazida pelo Pacote Anticrime foi a proibição do juiz decretar de ofício (sem requerimento) a prisão preventiva. Nesse ponto, o STF e o STJ entendem pela impossibilidade. Após o advento da Lei nº 13.964/2019, não é mais possível a conversão da prisão em flagrante em preventiva sem provocação por parte ou da autoridade policial, do querelante, do assistente, ou do Ministério Público, mesmo nas situações em que não ocorre audiência de custódia.

Sobre o tema, a 3ª Seção do STJ aponta:

“Conversão *ex officio* da prisão em flagrante em preventiva. Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Impossibilidade. Necessidade de requerimento prévio do Ministério Público, ou do querelante, ou do assistente, ou representação da autoridade policial.

Nesse sentido, deve-se considerar o disposto no art. 3º-A do CPP, que reafirma o sistema acusatório em que o juiz atua, vinculado à provocação do órgão acusador; no art. 282, § 2º, do CPP, que vincula a decretação de medida cautelar pelo juiz ao requerimento das partes ou quando, no curso da investigação criminal, à representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público; e, finalmente, no art. 311, também do CPP, que é expresso ao vincular a decretação da prisão preventiva a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou à representação da autoridade policial.

Vale ressaltar que a prisão preventiva não é uma consequência natural da prisão flagrante, logo é uma situação nova que deve respeitar o disposto, em especial, nos arts. 311 e 312 do CPP.

Não se vê, ainda, como o disposto no inciso II do art. 310 do CPP - possibilidade de o juiz converter a prisão em flagrante em preventiva quando presentes os requisitos do art. 312 e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da

prisão - pode autorizar a conversão da prisão em flagrante em preventiva sem pedido expresse nesse sentido, já que tal dispositivo deve ser interpretado em conjunto com os demais que cuidam da prisão preventiva.

Dessa forma, pode, sim, **o juiz converter a prisão em flagrante em preventiva desde que, além de presentes as hipóteses do art. 312 e ausente a possibilidade de substituir por cautelares outras, haja o pedido expresse por parte ou do Ministério Público, ou da autoridade policial, ou do assistente ou do querelante.**

Por fim, **a não realização da audiência de custódia** (qualquer que tenha sido a razão para que isso ocorresse ou eventual ausência do representante do Ministério Público quando de sua realização) **não autoriza a prisão, de ofício, considerando que o pedido para tanto pode ser formulado independentemente de sua ocorrência.** O fato é que as novas disposições legais trazidas pela Lei n. 13.964/2019 impõem ao Ministério Público e à Autoridade Policial a obrigação de se estruturarem de modo a atender os novos deveres que lhes foram impostos.”³²

Acerca do tema, a segunda turma do STF:

“A reforma introduzida pela Lei nº 13.964/2019 (“Lei Anticrime”) modificou a disciplina referente às medidas de índole cautelar, notadamente aquelas de caráter pessoal, estabelecendo um modelo mais consentâneo com as novas exigências definidas pelo moderno processo penal de perfil democrático e assim preservando, em consequência, de modo mais expressivo, as características essenciais inerentes à estrutura acusatória do processo penal brasileiro. – A Lei nº 13.964/2019, ao suprimir a expressão “de ofício” que constava do art. 282, §§ 2º e 4º, e do art. 311, todos do Código de Processo Penal, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio “requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público” (grifei), não mais sendo lícita, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação “ex officio” do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade. A interpretação do art. 310, II, do CPP deve ser realizada à luz dos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, do mesmo estatuto processual penal, a significar que se tornou inviável, mesmo no contexto da audiência de custódia, **a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, sendo necessária, por isso mesmo, para tal efeito, anterior e formal provocação do Ministério Público, da autoridade policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP.**”³³

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 131.263-GO**, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, por maioria, julgado em 24/02/2021.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. 2ª Turma. **HC 188888/MG**, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 6/10/2020 (Info 994).

Então o que irá acontecer caso o juiz decreta a prisão preventiva de ofício, ou seja, sem requerimento? A regra é que a prisão deverá ser relaxada por se tratar de prisão ilegal.

Contudo há uma exceção. Se, após a decretação, a autoridade policial ou o Ministério Público requererem a manutenção da prisão, o vício de ilegalidade que maculava a custódia é suprido (convalidado) e a prisão não será relaxada. Foi o que decidiu a 5ª Turma do STJ:

“O posterior requerimento da autoridade policial pela segregação cautelar ou manifestação do Ministério Público favorável à prisão preventiva suprime o vício da inobservância da formalidade de prévio requerimento.”³⁴

Diante da nova redação do artigo 316 do CPP, principalmente do seu parágrafo único. A manutenção da prisão preventiva exige a demonstração de fatos concretos e atuais que a justifiquem³⁵:

“Ementa: 1. Agravo regimental em habeas corpus. 2. Penal e Processual Penal. 3. Operação Deu Zebra. Prisão preventiva. Falta de demonstração concreta dos requisitos do art. 312 do CPP. 4. Ausência de contemporaneidade. 5. Paciente permaneceu em liberdade durante a instrução do processo. 6. Adequação das medidas cautelares diversas da prisão. 7. Agravo regimental a que se nega provimento.

A redação atual prevê que **o órgão emissor da decisão deverá revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar ilegal a prisão preventiva. Isto significa que a manutenção da prisão preventiva exige a demonstração de fatos concretos e atuais que justifiquem a medida extrema e que a existência desse substrato empírico mínimo apto a lastrear a preventiva deverá ser regularmente apreciado por meio de decisão fundamentada**, nos termos do art. 94, IX, da Constituição Federal.”³⁶

O STJ decidiu que a prisão preventiva não pode ser determinada para aprofundar investigações. A esse respeito³⁷:

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. 5ª Turma. **AgRg RHC 136.708/MS**, Rel. Min. Felix Fisher, julgado em 11/03/2021 (Info 691).

³⁵ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A manutenção da prisão preventiva exige a demonstração de fatos concretos e atuais que a justifiquem**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/b19d3c9e40467f65287c078ea8970b83>>. Acesso em: 30/09/2021

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 179859 AgR**, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 03/03/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 25-06-2020 PUBLIC 26-06-2020

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 682400/PR**. Disponível em

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/24082021-Prisao->

“Para a relatora, a decretação da prisão preventiva foi baseada em motivação genérica, pois não foram apontados elementos concretos, extraídos dos autos, que justificassem a necessidade da custódia. Essencialmente, a ordem de prisão foi amparada na gravidade abstrata do crime e no fato de o acusado ter sido encontrado com entorpecentes.

Segundo a ministra, **a prisão preventiva, para ser legítima, exige que o magistrado – sempre mediante fundamentos concretos extraídos de elementos dos autos** (artigos 5º, incisos LXI, LXV e LXVI, e 93, inciso IX, da Constituição Federal) – demonstre a existência de prova da materialidade do crime e de indícios suficientes de autoria, bem como o preenchimento de ao menos um dos requisitos autorizativos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal (CPP), evidenciando que o réu, solto, irá perturbar ou colocar em perigo a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal.

Laurita Vaz lembrou que, **para a jurisprudência do STJ, fundamentos vagos que poderiam ser aproveitados em qualquer outro processo não são válidos para justificar a decretação de prisão preventiva, "porque nada dizem sobre a real periculosidade do agente, que somente pode ser decifrada à luz de elementos concretos constantes nos autos.** A relatora apontou que o **artigo 1º, inciso I, da Lei 7.960/1989** prevê a decretação da prisão temporária "quando imprescindível para as investigações do inquérito policial", mas não a permite para averiguações, havendo menos razão ainda para admitir essa finalidade na prisão preventiva.

De acordo com a magistrada, a Quinta Turma também se posicionou no sentido de que **"a simples invocação da gravidade genérica do delito ou da necessidade da medida para aprofundar as investigações, sem apontar qualquer fato efetivo e concreto, não se revela suficiente para autorizar a segregação cautelar com fundamento na garantia da ordem pública"**.

No caso dos crimes previstos na lei 11.343/2006 por exemplo, recentemente o STJ:

“RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. **PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. PRISÃO DOMICILIAR. SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA. TRÁFICO DE DROGAS NA RESIDÊNCIA. RECURSO EM HABEAS CORPUS NÃO PROVIDO.**
 1. A **prisão preventiva** é compatível com a presunção de não culpabilidade do acusado desde que não assuma natureza de antecipação da pena e não decorra, automaticamente, do caráter abstrato do crime ou do ato **processual** praticado (art. 313, § 2º, CPP). Além disso, a decisão judicial deve apoiar-se em motivos e

fundamentos concretos, relativos a **fatos** novos ou contemporâneos, dos quais se possa extrair o perigo que a liberdade plena do investigado ou réu representa para os meios ou os fins do processo penal (arts. 312 e 315 do CPP).
 2. O STJ é firme ao asseverar que, nas situações em que a quantidade e/ou a natureza dos entorpecentes e outras circunstâncias do caso revelem a maior reprovabilidade da conduta investigada, tais **dados** são bastantes para demonstrar a **gravidade concreta** do delito e denotam a necessidade de se acautelar a ordem pública.”³⁸

Dessa forma, a Corte Cidadã entende que a gravidade em concreto do crime fundamenta a prisão cautelar.

Nessa mesma linha de raciocínio, o STJ sobre a forma de se evidenciar a gravidade em concreto com base no “modus operandi” nos casos de organização criminosa:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO VIOLAÇÃO. MIGRAÇÃO ILEGAL. ENVIO ILEGAL DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE PARA O EXTERIOR. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. **PRISÃO PREVENTIVA**. **GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA **DA** CONDUÇÃO. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. NECESSIDADE DE SE INTERROMPER AS ATIVIDADES DO GRUPO. INSUFICIÊNCIA DE MEDIDAS ALTERNATIVAS.

2. A **prisão preventiva** é compatível com a presunção de não culpabilidade do acusado desde que não assuma natureza de antecipação **da** pena e não decorra, automaticamente, do caráter abstrato do crime ou do ato processual praticado (art. 313, § 2º, CPP). Além disso, a decisão judicial deve apoiar-se em motivos e fundamentos concretos, relativos a fatos novos ou contemporâneos, dos quais se possa extrair o perigo que a liberdade plena do investigado ou réu representa para os meios ou os fins do processo penal (arts. 312 e 315 do CPP). 3. É cabível a decretação **da** medida constritiva fundada **na gravidade concreta da conduta, evidenciada pelo modus operandi empregado no delito**. 4. A suposta participação do acusado em organização criminosa revela sua periculosidade e denota a necessidade de interromper as atividades do grupo, razão pela qual é fundamento idôneo para decretar sua **prisão** cautelar, ante o risco de reiteração delitiva.”³⁹

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 150363 / SC RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2021/0218131-0**. Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ. Data do Julgamento 28/09/2021. DJe 30/09/2021.

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC 661723 / MG AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS 2021/0121581-7**. Relator: Ministro ROGERIO

A própria instituição da organização criminosa já pressupõe a reiteração delitiva, uma vez que é inerente ao tipo de atividade a que se destina. Resta assim demonstrada a fundamentação da prisão com base no risco no cometimento de novos crimes da mesma natureza.

Por fim, o STJ e o STF são uníssonos em afirmar que não é cabível a decisão da prisão cautelar fundada no clamor social que o crime gerou, na gravidade abstrata do delito e na mera conveniência da instrução penal, sem que sejam apontados motivos concretos que justifiquem a medida extrema.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, é possível demarcar algumas conclusões acerca de tudo o que foi delineado neste trabalho. Reflete-se a importância e a necessidade dos axiomas postulados por Ferrajoli, no intuito de uma persecução penal justa, célere e que busque garantir, não só os direitos e garantias fundamentais do processo penal, mas uma isonomia material.

A importância de se observarem os dez valores propostos pelo jurista italiano é o de justamente colocar em prática o cerne da sua teoria garantista, em que o réu será processado da forma como deve ser. Ao entabular essa prática como de necessidade precípua a ser observada durante a persecução penal, se está no caminho para a teleologia a qual o Poder de punir se destina.

Ao tratar do princípio constitucional da presunção de inocência, a constituição estabeleceu como marco o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ocorre que diante da possibilidade de uma prisão cautelar, esse princípio deve ser relativizado, ou seja, ele não goza de uma presunção absoluta para sua aplicação. A presunção de inocência visa proteger o inocente de uma possível injustiça. Contudo há casos em que a segregação cautelar se mostrará necessária e assim haverá espaço para que a prisão preventiva seja utilizada.

Nessa toada, apontou-se o caráter instrumental dessa medida cautelar. A real natureza jurídica do instituto como medida para garantir que o Ministério Público exerça sua função de acusar e o Estado-Juiz de punir, após instrução e observados os princípios e garantias inerentes ao procedimento do processo penal como um todo.

Diante da possibilidade de reincidência, ocultamento de provas, coação de testemunhas e vítimas, fuga da instrução criminal, etc. viu-se a necessidade da segregação cautelar, após o esgotamento das medidas cautelares diversas da prisão, caso em que, não sendo estas eficazes, urge a presença de aplicação da prisão preventiva sob a garantia da ordem pública.

Adiante refletiu-se acerca do caráter vago da expressão “ordem pública”, a ponto de se prejudicar o exercício do contraditório e da ampla defesa, e logo então, do devido processo legal. Não obstante esse fenômeno, a prisão é constitucional já que o STJ, principalmente, aponta quais circunstâncias se deve prender, e assim torna o tema que era muito nebuloso, um pouco mais claro. O STF também aduz alguns

caminhos a serem seguidos pelos magistrados de primeira instância, principalmente após a reforma do Pacote Anticrime.

Nessa perspectiva, aponta-se a necessidade do Poder Executivo fomentar políticas públicas que estão em sua alçada de competência, tais como políticas públicas de combate aos elevados índices de violência urbana. Melhoramento da iluminação pública dos logradouros públicos a diminuir a criminalidade.

O poder legislativo precisa se unir na missão de criar um novo código de processo penal e deixar de lado os verdadeiros remendos que são feitos à uma legislação ultrapassada que data do ano de 1941. A partir de um novo regramento se poderá construir uma legislação muito mais nos conformes da Constituição Federal, respeitando todos os princípios e principalmente solucionando essas falhas.

Por fim o papel do Poder Judiciário, e mormente, dos Tribunais, será o de interpretar a lei naquilo em que for omissa, para no caso concreto ser capaz de trazer a melhor solução e não “legislar” por conta própria por meio de um ativismo judicial que é, em última análise, uma usurpação de competência e violação ao pacto federativo.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Guilherme Silva. **O conceito de ordem pública e sua utilização como instrumento de controle social.** Canal Ciências Criminais, 2020. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/o-conceito-de-ordem-publica-e-sua-utilizacao-como-instrumento/>>. Acesso em 24, set. 2021.
- BACH, Marion; STOCO, Isabela Maria. **Direito ao esquecimento e Direito Penal: a questão dos antecedentes criminais.** Canal Ciências Criminais, 2019. Disponível em <https://canalcienciascriminais.com.br/direito-ao-esquecimento-e-direito-penal/> . Acesso em: 23, set. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 131.263-GO**, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, por maioria, julgado em 24/02/2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. 5ª Turma. **AgRg RHC 136.708/MS**, Rel. Min. Felix Fisher, julgado em 11/03/2021 (Info 691).
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 682400/PR**. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/24082021-Prisao-preventiva-nao-pode-ser-determinada-para-aprofundar-investigacoes-.aspx>. Acesso em 23, set. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 150363 / SC RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2021/0218131-0**. Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ. Data do Julgamento 28/09/2021. DJe 30/09/2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC 661723 / MG AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS 2021/0121581-7**. Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ. Data do Julgamento 14/09/2021 Data da Publicação/Fonte DJe 21/09/2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. 2ª Turma. **HC 188888/MG**, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 6/10/2020 (Info 994).
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 179859 AgR**, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 03/03/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 25-06-2020 PUBLIC 26-06-2020.
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A manutenção da prisão preventiva exige a demonstração de fatos concretos e atuais que a justifiquem.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/b19d3c9e40467f65287c078ea8970b83>>. Acesso em: 30/09/2021.
- FERRAJOLI, Luigi - **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- FERREIRA, Daniel de Lima. **Da subjetividade e vagueza do termo “ordem pública” e a consequente violação ao princípio da estrita legalidade da lei penal.** International Center for Criminal Studies, 2018. Disponível em <http://iccs.com.br/da-subjetividade-e-vagueza-termo-ordem-publica-e-consequente-violacao-ao-principio-da-estrita-legalidade-da-lei-penal-daniel-de-lima-ferreira/>. Acesso em: 26, set. 2021.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

_____. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: EDITORA LUMEN JURIS, 2005.

PEREIRA, Daniel; ALVES, Rodrigo. **A inconstitucionalidade da prisão preventiva como garantia da ordem pública**, 2020. Disponível em:
<<https://jus.com.br/artigos/82343/a-inconstitucionalidade-da-prisao-preventiva-como-garantia-da-ordem-publica>> Acesso em 11 ago. 2021

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 5. ed. Florianópolis: EMais editora, 2019

WALTER DA ROSA, Luísa. **A FALÁCIA DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO ARGUMENTO PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA: UM ESTUDO PRÁTICO DAS DECISÕES DO TJSC ALIADO À REALIDADE DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO**. Salvacionismo e mitos da nova era [livro eletrônico] Organizadores Aline Gostinski, Deivid Willian dos Prazeres, Bartira Macedo de Miranda. 1.ed. São Paulo : empório do direito.com: Tirant lo Blanch, 2019. XIII SIMPÓSIO DA AACRIMESC, p.55-68. Disponível em
<https://editorial.tirant.com/free_ebooks/9788594774101.pdf> Acesso em 10 ago. 2021.