

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA  
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

**CARLOS EDUARDO PRIMÃO FILHO**

**GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO REQUISITO DA PRISÃO PREVENTIVA**

**CURITIBA  
2018**

**CARLOS EDUARDO PRIMÃO FILHO**

**GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO REQUISITO DA PRISÃO PREVENTIVA**

Monografia apresentada como requisito parcial à  
obtenção do grau de Bacharel em Direito, do  
Centro Universitário Curitiba.

Orientador: Prof. Mestre Alexandre Knopfholz

**CURITIBA  
2017**

**CARLOS EDUARDO PRIMÃO FILHO**

**GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO REQUISITO DA PRISÃO PREVENTIVA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca examinadora formada pelos professores:

---

Orientador: Prof. Mestre Alexandre Knolp Holz

---

Professor Membro da Banca

Curitiba, de de 2018.

Aos meus pais Carlos e Vera, companheiros  
de todas as horas que acompanharam  
minha caminhada até aqui.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus pais pela luta silenciosa para oferecer um horizonte melhor do que aquele que a vida lhes proporcionou.

Agradeço aos meus colegas de curso pelos momentos compartilhados.

Agradeço aos professores que passaram em minha vida, transmitindo suas experiências e conhecimentos que grandemente ajudaram na minha formação e em especial ao Professor Alexandre Knolpfholz pela pontual orientação neste estudo.

Sem vocês nada disso seria possível.

“De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto.”

(RUI BARBOSA)

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar uma análise sobre a prisão preventiva e o embasamento jurídico legal para decretá-la, a inaplicabilidade do senso comum e a sobreposição de idéias sobre princípios norteadores do processo penal. Em destaque coloca-se a ordem pública como requisito para encarcerar um indivíduo na fase pré-processual, demonstrando que o conceito ainda é vago e preceitos fundamentais que estão sendo feridos e isso passa despercebido. A análise de casos concretos da doutrina e jurisprudência deixa evidente no presente estudo as injustiças e desvios de finalidades ao decretar a prisão preventiva. Cumpre ressaltar que apesar de constituídas em leis e permitidas, a lesão ao interesse público é notório. Para a análise foram usadas sentenças dos tribunais do Brasil e livros escritos por renomados autores que constituem a doutrina.

**Palavras-chave:** Prisão Preventiva; Ordem Pública; Prisão Cautelar.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	7
<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 PRINCÍPIOS</b> .....	10
2.1 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO .....	11
2.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO .....	11
2.3 PRINCÍPIO DA PROVISIONALIDADE .....	13
2.4 PRINCÍPIO DA PROVISORIEDADE .....	13
2.5 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	14
2.6 PRINCÍPIO DA EXCEPCIONALIDADE.....	15
2.7 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	16
<b>3 O QUE É PRISÃO</b> .....	17
<b>4 MEDIDAS CAUTELARES</b> .....	19
4.1 PRISÃO CAUTELAR.....	20
4.1.1 Prisão em Flagrante .....	21
4.1.2 Prisão Temporária .....	25
4.1.3 Prisão Preventiva.....	26
4.2 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA RESTRIÇÃO DE LIBERDADE.....	30
<b>5 REQUISITOS DA PRISAO PREVENTIVA</b> .....	34
<b>6 INTERPRETAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA</b> .....	38
6.1 ORDEM PÚBLICA E O CLAMOR SOCIAL .....	39
6.2 ORDEM PÚBLICA E CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA .....	41
6.3 ORDEM PÚBLICA E REITERAÇÃO DA PRÁTICA DELITUOSA.....	43
6.4 ORDEM PÚBLICA E PERICULOSIDADE DO AGENTE .....	45
6.5 ORDEM PÚBLICA E GRAVIDADE DO DELITO .....	46
<b>7 CONCLUSÃO</b> .....	48



## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a finalidade de promover um estudo acerca da violação dos direitos do acusado, primeiramente é importante a ideia que existe um processo com três sujeitos principais, sendo eles o juiz, o acusador e o réu.

Desta forma, sob a análise do sistema processual penal adotado no Brasil, tendo como princípio do contraditório assegurado pelo artigo 5º inciso LV da Constituição Federal do Brasil de 1988, é garantida a ampla defesa em que pese o direito de defender-se e apresentar os seus argumentos para garantir o devido processo legal.

Evidente que tempos atrás o contraditório em medida cautelar era objeto de crítica da doutrina, nos tempos atuais mostrou-se a importância desse direito, pois, uma vez detido o indivíduo que tem sua prisão preventiva homologada, ele não tem direito algum de se defender. Numa tentativa de acabar com essa obscuridade dos princípios, Aury Lopes Junior ainda propõe uma espécie de audiência pré-processual com defesa oral para que o réu exponha seus motivos, mesmo que a prisão seja decretada posteriormente, isso traria a possibilidade de manifesto e olhar humanitário para o acusado.

Ou seja, ainda é comum relatos de prisão que se deram por negligência, imperícia ou até mesmo injustiça, aí está o enfoque deste estudo que é analisar as decisões de prisões, que a seguir será conceituada, e de mostrar a interpretação equivocada de alguns tribunais e juízes.

O juiz natural tem função única no atual sistema processual penal, com o dever de interpretar a lei, entretanto, a legislação se encontra muitas vezes incontroversa com o direito consuetudinário, auferindo poderes indevidos ao julgador como é o caso da crítica ao artigo 312 do Código Processual Penal que nesse estudo tem como objetivo principal o requisito da ordem pública.

No decorrer do trabalho será conceituada a prisão, bem como análise crítica do fundamento de alguns órgãos judiciais acerca da prisão preventiva em fusão em comparação com o *fumus comissi delicti e periculum libertatis*. Objetivando a conclusão traçados todos os objetivos do trabalho, por fim, analisar doutrinas e jurisprudências que envolvem o conflituoso tema.

## 2 PRINCÍPIOS

Os princípios estão no topo do sistema jurídico, e por isso mesmo devem ser respeitados como forma de interpretação de todas as demais normas que compõe o ordenamento.

Os princípios constitucionais penais, explícitos e implícitos por sua conexão e compatibilidade com os primeiros, e os princípios constitucionais influentes em matéria penal estão presentes na Constituição Federal, por isso mesmo são hierarquicamente superiores às normas penais ordinárias, devendo essas, por imperativo da superioridade hierárquica, amoldarem-se às irradiações daquelas, sob pena de incompatibilidade e conseqüente inconstitucionalidade se lhes forem posteriores, ou simples revogação se lhes forem anteriores.<sup>1</sup>

Ressalta-se que os princípios têm maior poder sobre outras leis, seguindo as lições de Hans Kelsen e a *grund norm*, entende-se:

Resultam então indispensáveis as previsões de que a lei ordinária nunca viole um princípio, eliminando o núcleo essencial dos direitos constitucionais previstos, além de um estrito controle judicial na atividade de garantia do juiz legal ou natural; de proibição de provas obtidas com violação da autonomia ética da pessoa. Em suma, exige o respeito aos princípios constitucionais e que a interpretação e a aplicação dos preceitos legais com perspectiva a partir da Constituição da República.<sup>2</sup>

Num sistema jurídico que respeita a hierarquia existente entre as normas, no caso de incompatibilidade entre duas normas, a queda será somente de uma, ou no máximo de duas normas, e não do todo de um sistema.

Neste sentido, no que se refere aos princípios norteadores das prisões, observa-se algumas características:

---

<sup>1</sup> LIMA, Alberto Jorge C. De Barros. **Direito Penal Constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 66.

<sup>2</sup> SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal**: sistemas e princípios. Curitiba: Juruá, 2003. p 42.

## 2.1 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO

A decisão de qualquer prisão cautelar tem que observar a fundamentação de maneira coesa, portanto cabe ao juiz analisar o caso concreto para que, em outro momento, seja homologada a prisão observado o prazo legal.

Ao conceituar a jurisdicionalidade, destaca-se que a Constituição Federal informa que ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal, entretanto, ela admite exceções que é o caso das prisões cautelares.

Nesse sentido, expõe Aury Lopes Jr.:

A rigor, cortejando os princípios da jurisdicionalidade com a presunção de inocência, a prisão cautelar seria completamente inadmissível. Contudo, o pensamento liberal clássico buscou sempre justificar a prisão cautelar (e a violação de diversas garantias) a partir da “cruel necessidade”. Assim, quando ela cumpre sua função instrumental-cautelar, seria tolerada, em nome da necessidade e da proporcionalidade. Mas, infelizmente, a prisão cautelar é um instituto que sofreu grava degeneração, a qual dificilmente será remediada por uma simples mudança legislativa. O maior problema é cultural, é a banalização de uma medida que era para ser excepcional.<sup>3</sup>

## 2.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

A aplicação do princípio do contraditório é possível após fundar-se um conflito em que existem dois lados, o da acusação no qual o Ministério Público se faz atuante para garantir o interesse público do Estado, e o lado da defesa, expressando o interesse do suposto autor do fato, sendo insubstituível tal estrutura lógica.

Este princípio correlaciona com direito de audiência com a devida oitiva, em síntese, trata-se de ato de contradizer e conferência de ambas as partes. A interposição das alegações da parte adversa talvez seja o princípio natural mais característico para administrar a justiça, pois, através dele se procura atingir a verdade material e é neste momento que novos argumentos e informações sobre os atos aparecerão para um melhor deslinde processual.

O contraditório é o princípio que garante que o réu tenha a defesa, nos ditames da lei, de se defender e colocar a sua versão dos fatos na ação penal, ou seja, toda

---

<sup>3</sup> LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. São Paulo, SP, 5ª edição. Editora Saraiva. 2017. p 33.

vez que a acusação se manifestar deve ser aberto prazo para defesa manifestar-se também.

Em matéria de medida cautelar, antigamente se considerava que não existia tal fundamento, mas com a evolução do direito penal mostrou-se totalmente cabível. No processo, para garantir a fundamentação da homologação, é necessário que exista um interrogatório do indiciado.

A audiência de custódia afirma, portanto, esse momento antes da homologação, explica Eugenio Pacelli de Oliveira.

O interrogatório é meio de defesa – incluído na denominada autodefesa, que consiste no desenvolvimento de qualquer ato ou forma de atuação em prol dos interesses da defesa, razão pela qual é indispensável a presença de um defensor para o ato. Naturalmente, a partir da lei 11.719/08, que instituiu a concentração dos atos instrutórios, a defesa sempre estará presente ao interrogatório, já que este se realiza após a inquirição das testemunhas e peritos, na mesma audiência.<sup>4</sup>

Em casos em que existe o descumprimento de medidas cautelares também é garantido o contraditório, para sua versão ser analisada pelo juiz, tal ato é importante para concretizar a decisão devido a amplitude da restrição da liberdade.

Caso o princípio seja violado, Aury Lopes Junior explica a aplicação do *habeas corpus*:

Como consequência, o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição da República. Nesse contexto, a função do Juiz é atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal.<sup>5</sup>

Refere-se, portanto, em possibilidade, da parte do imputado, de poder ser ouvido antes de consagrada a prisão, em conjunto com a ampla defesa constituem o principal meio para defender-se no decorrer do processo.

Por fim, o princípio do contraditório mostra-se essencial na medida em que a decisão judicial tem como base a efetiva participação das partes na integralidade do processo, aumentando a possibilidade de conexão entre os fatos e o direito cabível,

---

<sup>4</sup> **Oliveira**, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**: p. 44.

<sup>5</sup> LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. São Paulo, SP, 5ª edição. Editora Saraiva. 2017. p 34.

dado que acolherá a totalidade dos argumentos a favor e contrários a um ou outro resultado almejado.

### 2.3 PRINCÍPIO DA PROVISIONALIDADE

A provisionalidade é invocada sempre em análise do caso concreto, tem conexão direta com os requisitos *fummus commissi delicti* e *periculum libertatis*, caso a fumaça, de qualquer um deles, não tenha sido caracterizada é impossível a homologação da prisão preventiva.

O princípio envolve a atualidade do perigo pois é necessário a comprovação da certeza e que seja situado no presente. Desta maneira, uma vez provada a não existência dos requisitos a decisão se mostra inócua.

### 2.4 PRINCÍPIO DA PROVISORIEDADE

A Provisoriedade, ao contrário do princípio supracitado, trata-se de um lapso temporal da duração da prisão, no artigo 4208/2001, tentou-se fixar um prazo máximo, entretanto, foi alterado pelo artigo 12403 e um problema histórico não foi resolvido.

Contudo não se pode deixar que o direito de restrição de direito de liberdade sem que exista um prazo limite para que essa restrição termine, esse foi um grande problema discutido pela jurisprudência e foi e é objeto de debate.

Não existe, portanto, até o presente momento um marco que defina lapso temporal da duração da prisão cautelar, enquanto isso não é resolvido, os abusos continuam, como o caso abaixo, felizmente remediado pelo STJ:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. 1. DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A PRISÃO. 2. EXCESSO DE PRAZO. DILIGÊNCIAS COMPLEMENTARES REQUERIDAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. MAIS DE UM ANO PARA CUMPRIMENTO. FLEXIBILIZAÇÃO DO TEOR DA SÚMULA Nº 52. GARANTIA DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.

RECURSO PROVIDO. 1. Não padece de ilegalidade o decreto prisional lastreado em elementos concretos a aconselhar a medida. 2. Ainda que encerrada a instrução, é possível reconhecer o excesso de prazo, diante da garantia da razoável duração do processo, prevista no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição. Reinterpretação da Súmula nº 52 à luz do novo dispositivo. 3. Recurso provido (STJ - RHC: 20566 BA 2006/0268521-6, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 12/06/2007, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 25.06.2007 p. 300) <sup>6</sup>

Cumprе ressaltar que o direito fundamental constitucionalmente previsto, artigo 5º, LXXVIII, consequentemente viola o direito de razoável duração do processo, o término da instrução não põe fim ao processo, a Súmula 52 “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo.”.

Os casos de excessos de prazo para a prisão preventiva já decretada o legislador perdeu a chance de imediata liberação do detido.

## 2.5 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O sistema processual brasileiro, adota o princípio da presunção de inocência como fundamento imprescindível para a aplicação da lei. Este princípio sofreu, na Idade Média não era aplicado pois a dita falta de prova era considerada como semiprova, caracterização relação como presunção de culpabilidade, afinal, não se pode punir um indivíduo sem demonstrar que ele praticou o ato, sem provas cabais.

Em 1988 a presunção foi consagrada pelo artigo 5º, LVII, da Constituição como princípio reitor, em conluio com o princípio do contraditório e a visualização da estrutura dialética do processo penal entre acusação e defesa impõem a ideia que todo acusado é inocente até que provem o contrário.

O princípio da presunção de inocência exerce função relevantíssima tratando-se de medidas cautelares do processo penal, pois exige que toda privação de liberdade antes do trânsito em julgado ostente natureza cautelar, com a imposição de ordem cautelar devidamente motivada. Em outras palavras o estado de inocência (e não a presunção) proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não

---

<sup>6</sup> HC 20.566, Rel Min. Thereza de Assis Moura, julgado em 12-6-2007 - BA.

fundada em razão de extrema necessidade, ligadas a tutela de efetividade do processo e da própria realização da jurisdição penal.<sup>7</sup>

## 2.6 PRINCÍPIO DA EXCEPCIONALIDADE

O princípio da excepcionalidade objetiva privação da liberdade do indivíduo, ele dita que a restrição de liberdade apenas é cabível tratando-se de *ultima ratio*, expressão que é a perfeita descrição deste princípio, consistindo na premissa de que prejudicar o imputado cautelarmente deve ser a exceção. Portanto a prisão preventiva deve ser o ultimato de todas as medidas cautelares disponíveis em nosso ordenamento jurídico.

Art. 282 [...] § 6o A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.

O artigo citado engloba outros princípios como, excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade, que devem caminhar juntos. Portanto necessidade de análise da aplicação ou não das outras medidas cautelares, essas se mostrando insuficientes ou inadequadas o juiz com fulcro no artigo 310 do Código de Processo Penal poderá decretar a prisão preventiva, entretanto, o uso de dinâmica de urgência acaba interferindo no sistema penal, daí, a crítica.

Infelizmente, as prisões cautelares acabam sendo inseridas na dinâmica de urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante de opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de “eficiência” do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser “excepcional” torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nesta teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> **Oliveira**, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. p.47.

<sup>8</sup> LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. São Paulo, SP, 5ª edição. Editora Saraiva. 2017. p 44.

## 2.7 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade nos dizeres de Virgílio Afonso da Silva consiste em “um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.”

“um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.”<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> SILVA, Virgílio Afonso Da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais. Ano 91, nº 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril. 2002, p.40..



### 3 O QUE É PRISÃO

É preciso, antes do estudo a fundo dos requisitos da prisão preventiva, estabelecer alguns conceitos quanto a prisões cautelares.

A prisão trata-se de privar um indivíduo de usufruir da sua liberdade, no Brasil ela representa a pena mais grave, ressalvado a exceção da pena de morte para crimes de guerra, em seu livro *Curso de Processo Penal* o doutrinador Fernando Capez conceitua o instituto como “privação da liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito”. Esta pena que restringe o direito de ir e vir do acusado pode ser subdividida em espécies.

A privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena. Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, forma de cumprimento e regime de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, enquanto necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.<sup>10</sup>

A primeira espécie trata da prisão imposta em razão de uma sentença penal transitada em julgado em que se determinou a pena privativa de liberdade. A prisão pena não tem finalidade acautelatória, nem natureza processual, é uma medida penal destinada à satisfação da pretensão executória do Estado. Ela é imposta em virtude de sentença condenatória transitada em julgado, restringindo a liberdade do indivíduo com o fim de execução de decisão judicial, após o devido processo legal, com a determinação de cumprimento de pena privativa de liberdade.

A segunda espécie de prisão é a sem pena ou prisão cautelar, como o nome sugere, é uma prisão de natureza processual com finalidade cautelar. Esta espécie de prisão será analisada durante o presente estudo e objetiva assegurar o bom desempenho da investigação criminal e do processo penal, impedindo que o sujeito, ao gozar de sua liberdade, continue praticando delitos.

Portanto, a prisão processual somente é utilizada em casos específicos afirma Pacelli, de modo que as modalidades da prisão cautelar têm caráter temporário que

---

<sup>10</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11ª ed. São Paulo: RT, 2012..

depende do preenchimento de pressupostos trazidos pelo texto legal após as mudanças significativas trazidas pela lei 12.403/2011 em que pese as medidas cautelares, destacando a prisão preventiva, em especial o requisito de ordem pública trazido pela mesma lei.

## 4 MEDIDAS CAUTELARES

O Código de Processo Penal precisa adotar medidas cautelares para garantir uma tutela jurisdicional, a todo momento existem ocorrências que se torna necessário providências para que certa apuração de delito seja realizada sem que fatores externos venham a impedi-la.

Com efeito, de nada valeria, por exemplo, uma sentença condenatória à pena privativa de liberdade, se o acusado já tivesse se evadido do distrito da culpa; ou garantir à parte o direito de produzir determinada prova testemunhal se, ao tempo da instrução processual, essa testemunha já estivesse morta. É evidente, pois, que o processo penal precisa dispor de instrumentos e mecanismos que sejam capazes de contornar os efeitos deletérios do tempo sobre o processo.<sup>11</sup>

Daí a relevância da tutela cautelar no processo penal, para garantir certo direito ou até mesmo assegurar que a instrução criminal e aplicação da lei não sejam prejudicadas, portanto, diversas medidas cautelares são adotadas como garantidoras da tutela.

Sem a cautela ter-se-ia um remédio longamente elaborado para um doente já morto [...] representam uma conciliação entre duas exigências geralmente contrastantes na Justiça: a da celeridade e da ponderação. Entre fazer logo, porém mal e fazer bem, mas tardiamente, os provimentos cautelares visam sobretudo, a fazer logo, permitindo que o problema do e do mal, isto é, da justiça intrínseca da decisão seja resolvido posteriormente, de forma ponderada, nos trâmites vagarosos do processo ordinário.<sup>12</sup>

As medidas têm certa razão de existir devido à demora na prestação jurisdicional, fazendo com que os efeitos avassaladores do tempo sobre a ação penal não venham a prejudicar a sentença final. Essas medidas estão elencadas no Código de Processo Penal e sofreram algumas mudanças relativas a liberdade de locomoção do agente com o advento da lei 12.403/11.

---

<sup>11</sup> LIMA., RENATO BRASILEIRO DE. **Manual de processo penal: volume único**, Salvador , BA, edição. Editora Podivm. 2016. p. 805.

<sup>12</sup> CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Pádova: Cedam, 1936, p19 e 20.

#### 4.1 PRISÃO CAUTELAR

Há de se mostrar a diferença entre os requisitos apresentados pelo código e apontar que é usado erroneamente a analogia construída em conceitos advindo do código civil que não envolvem crimes, este estudo é objeto de análise pelo professor Aury Lopes Junior:

O equívoco consiste em buscar a aplicação literal da doutrina processual civil ao processo penal, exatamente em um ponto em que devemos respeitar as categorias jurídicas próprias do processo penal, pois não é possível tal analogia. Constitui uma impropriedade jurídica (e semântica) afirmar que para a decretação de uma prisão cautelar é necessária a existência do *fumus boni iuris*.<sup>13</sup>

Consagra, portanto, a adequação do princípio, pois o processo penal gira em torno do delito e não da “fumaça do bom direito”, ao adequar, observa-se a substituição por *fumus commissi delicti* que diz respeito a autoria do crime, foca no cometimento do crime.

Outro aspecto da crítica de Aury parte de outro princípio civilista, trata-se do *periculum in mora* que consiste na observância de risco quanto ao atrasado podendo este trazer prejuízos caso não seja analisado com urgência, justificado como um dos fundamentos usados para decretação da antecipação de tutela e sua estabilização. Entretanto no direito pena o risco que se refere o princípio retro é o da *libertatis*

O perigo não brota do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo. Não é o tempo que leva ao perecimento do objeto. O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo. Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver que o *periculum in mora* no processo penal assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição da prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito. Logo, o fundamento é um *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado<sup>14</sup>.

A área criminal tem como pré-requisitos, sendo insubstituível a observância dos princípios no sentido de indícios de autoria e o risco que a liberdade do indivíduo

---

<sup>13</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo, SP, 13ª edição. Editora Saraiva. 2016. p. 599.

<sup>14</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo, SP, 13ª edição. Editora Saraiva. 2016. p. 600.

sofre, o que justifica que a prisão cautelar pode ferir direitos fundamentais dos ordenamentos pela busca da satisfação do interesse da sociedade. Cumpre ressaltar que as prisões provisórias devem ser aplicadas na medida da legalidade como proteção dos direitos individuais

Portanto, o juiz deve ater-se ao sistema jurídico, interpretando as normas de forma a obedecer e proteger os princípios gerais do direito processual penal além de respeitar os princípios do sistema de persecução penal acusatório.

Para a melhor compreensão do tema, faz-se necessário discorrer sobre o conceito de sistema, que, em um sentido amplo pode ser conceituado na visão de Norberto Bobbio da seguinte maneira:

Sistema é um conjunto de elementos interdependentes e interligados de modo que formam um todo organizado entre si. Para Norberto Bobbio, podemos entender por sistema uma totalidade ordenada, isto é, um conjunto de entes dentro dos quais existe certa ordem e para que se possa falar de ordem se faz necessário que os entes constitutivos não estejam em relação apenas com o todo, mas que estejam também em coerência entre eles.<sup>15</sup>

Para fixar a letra da lei exposta no artigo 312 serão também objeto de estudos as modalidades das prisões provisórias bem como os princípios pertinentes a matéria.

Após conceituados tal institutos verificar-se-á como a banalização da aplicação da garantia de ordem pública fundamentando a prisão preventiva quando usada de maneira genérica e como o requisito vem sendo criticado pela doutrina em confronto a decisões tornando o instituto inconstitucional sustentado por Moraes da Rosa e Aury Lopes Junior.

#### 4.1.1 Prisão em Flagrante

A modalidade chamada de prisão em flagrante é prevista, como medida cautelar, no artigo 301 do Código de Processo Penal, tem sido objeto de estudo e análise nos últimos anos desde que instituída em 2011.

---

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. São Paulo: Edipro. 2011. p. 79.

É importante destacar que existe a noção de flagrância que se entende por tratar de uma prova direta e concreta, ou seja, capta a sincronia do fato-percepção no momento que ocorreu o delito ou logo após, observada a noção de CARNELUTTI de *visibilidade do delito*.<sup>16</sup> O legislador tratou a prisão em flagrante como caráter, não pessoal, e sim precautelar, ensina FERRAJOLI.

Quanto a definição a doutrina explica “é uma modalidade de medida cautelar de segregação provisória do autor de fato criminoso, de natureza administrativa, inicialmente, podendo ser realizada por qualquer pessoa do povo ou por agentes policiais” (NUCCI, 2013, p. 72).

A medida precautelar que é ressaltada na prisão em flagrante justifica, pois, ninguém pode ser mantido em cárcere por este fundamento, devendo ser objeto de análise em até vinte e quatro horas pelo juízo, cumprindo ao juiz analisar a legalidade.

Ao julgar são três opções para o julgador, com fulcro no artigo 310 do Código de Processo penal:

Artigo 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I – relaxar a prisão ilegal; ou

II – converter a prisão em **prisão preventiva**, quando presentes os requisitos constantes no artigo 312 deste Código, e se revelam inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do *caput* do artigo 23 do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação

Portanto, o que se objetiva aqui é evitar que a aplicação da medida precautelar para fundamentar a continuidade da prisão do indivíduo, sendo necessário uma decisão do juiz.

Ao analisar o artigo 310 verificam-se as possibilidades das consequências após uma prisão preventiva ser decretada, já o artigo 302 diz respeito a um rol taxativo, ou seja, é necessário que o flagrante seja caracterizado por um dos incisos. A doutrina reafirmando o texto legal expões as formas que ela pode se dar.

---

<sup>16</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. título II, p. 77.

A) Flagrante próprio: elenca os incisos I e II do referido artigo, tem como fundamento a existência de provar a prática no momento do fato, em outras palavras trata-se quando da prática do crime, no mesmo momento é surpreendido e detido, não existindo intervalo de tempo, de imediato.

Configura ainda flagrante próprio o crime que acaba de ser cometido os quais são perceptíveis no momento da prática delituosa, aqui a presença de um pequeno lapso temporal o qual o indivíduo já encerrou o verbo nuclear do tipo penal, como exemplo o crime de roubo quando a subtração findar.

B) Flagrante impróprio envolve o inciso III que também é chamado de quase flagrante que é alvo de crítica, pois se entende que não seria um flagrante, o que contradiz as hipóteses do artigo, pois estas envolvem flagrantes, mas consiste em crítica apenas terminológica. Essa espécie é prevista quando um agente é perseguido, e observado o lapso temporal de “logo após” é detido por autoridade ou terceiro.

Extrai-se de perseguição uma continuidade, na medida em que o suspeito é alcançado, exigindo um lapso mínimo para ser considerado perseguido, excluindo a possibilidade de após horas a detenção ocorrer, entretanto explica, Aury que esse critério temporal se aplica ao começo da procura pela polícia e não do tempo efetivo de perseguição.

Do inciso abstrai-se que não basta simples presunção de autoria, é necessárias provas contundentes para que esse instituto seja aplicado.

C) Flagrante ficto, trata da hipótese do inciso IV, que especifica que o acusado deve ser encontrado logo e após e sob posse de algum objeto que faça presumir que ele é o autor do delito, por isso essa espécie de flagrante recebe o nome de flagrante presumido.

A espécie é o tipo de flagrante mais frágil, pois depende de três circunstâncias: ser visto praticando, novamente a presença do lapso temporal logo depois e a presunção de autoria que é caracterizada ao ser encontrado objeto com o suspeito.

D) Flagrante forjado, é uma hipótese já descartada pela doutrina pois não existe flagrante, diz respeito às provas forjadas pela autoridade ou terceiro, por consequente não há crime por isso a ilegalidade.

É inexistente no mundo jurídico e quem praticar o ato de má-fé poderá ser responsabilizado civil e criminalmente.

E) Flagrante preparado ou provocado, também caracteriza ilicitude quanto a decretação, consiste em uma forma de coação da autoridade policial que em partes obriga o sujeito a cometer crimes para depois dar “voz de prisão”, conclui-se que é um ato ilegal, vide súmula 145 do Supremo Tribunal Federal.<sup>17</sup>

F) Flagrante esperado, é uma espécie delicada, também é aplicável o conceito da súmula retro, em que a autoridade policial fica em vigilância em determinado local em uma espécie de tocaia. Existe debate sobre o não cometimento do crime e da antecipação da polícia, com esse intuito Aury Lopes Junior explica e exemplifica:

Nem todo flagrante esperado é ilegal, pois nem sempre haverá crime impossível. [...] assim, quando a polícia não induz ou instiga ninguém, apenas coloca-se em campana e logra prender o agressor ou ladrão, a prisão é válida e existente crime. É o que ocorre na maioria das vezes em que a polícia, de posse de uma informação, se oculta e espera até que o delito esteja ocorrendo para realizar a prisão. Não se trata de delito putativo ou de crime impossível.<sup>18</sup>

G) Flagrante diferido é aplicado em casos de associação criminosa, ou seja, ao decorrer de uma investigação<sup>19</sup> deixa de deter um dos envolvidos para que consiga informações completas da associação criminosa, que foi objeto de mudança agora presente no artigo 288 do Código Penal, de maneira que possa desvendar as práticas delitivas e como o grupo se organiza.

Aqui existe uma conotação ímpar no Processo Penal Brasileiro no sentido de “descumprir” a ordem de prisão em flagrante para que possa dar eficácia à investigação com a finalidade protege o bem jurídico tutelado que nesse caso é a paz pública que na mais é que “ alarma no seio da coletividade, isto é, a quebra do sentimento geral de tranquilidade” (HUNGRIA, 1958).

No ordenamento jurídico brasileiro são essas as modalidades de flagrante, em suma, representam as maneiras que o Estado tem de proteger o bem jurídico e a sociedade como um todo, entretanto, é necessária a análise minuciosa das

---

<sup>17</sup> Súmula 145 STF - Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

<sup>18</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo, SP, 13ª edição. Editora Saraiva. 2016. p. 627.

<sup>19</sup> Lei 12.850/2013 Art. 10 - A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.



circunstâncias juntamente com estudo do caso concreto tendo em vista que existem flagrantes legais e ilegais. Observada a prisão em flagrante o próximo passo é apresentar o detento para uma autoridade policial conforme artigo 304 CPP.

Artigo 304 - Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto.

Após o Boletim de ocorrência será expedida a nota de culpa e realizada a remessa ao juiz para aplicar uma das hipóteses do artigo 310 do CPP.

#### 4.1.2 Prisão Temporária

É uma modalidade de prisão que tem previsão legal própria na redação da Lei n. 7960/89, trazendo as hipóteses de cabimento em seu artigo primeiro:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

- a)** homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); **b)** 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 de morte (art. 267, § 1º); **j)** envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); **l)** quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; **m)** genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei n° 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; **n)** tráfico de drogas (art. 12 da Lei n° 6.368, de 21 de

outubro de 1976); **o**) crimes contra o sistema financeiro (Lei n° 7.492, de 16 de junho de 1986). **p**) crimes previstos na Lei de Terrorismo.

Entende-se, portanto, como o nome sugere, que existe um determinado período de tempo no espaço que o indivíduo poderá ficar preso, sendo a única prisão cautelar que prevê o prazo de duração, sendo ele 5 dias.

Cumpra destacar que a prisão deverá ser decretada por juiz, e findado o prazo é obrigatória a defesa da liberdade do acusado devendo o sujeito ser liberto, até mesmo se a decisão do juiz auferir mais dias do que o limite legal, o excedente não é considerado, salvo em caso de crime hediondo que é uma exceção podendo o prazo ser decretado até 30 dias prorrogáveis por igual período. Uma vez que é provada a inocência, nada impede que o preso seja posto em liberdade antes de findar o prazo estabelecido.

Caso a prisão temporária não seja convertida em prisão preventiva e o encarcerado continuar com seus direitos restringidos caberá, portanto, o remédio constitucional *Habeas Corpus* para garantir a liberdade do indivíduo, devido a importância do referido instituto no processo penal brasileiro, exponho o conceito do mesmo por Aury:

O *habeas corpus* brasileiro é **uma ação de natureza mandamental com status constitucional**, que cumpre com plena eficácia sua **função de proteção de liberdade de locomoção dos cidadãos frente aos atos abusivos do Estado**, em suas mais diversas formas, inclusive contra os atos jurisdicionais e coisa julgada. A efetiva defesa dos direitos individuais é um dos pilares para a existência do Estado de Direito e para isso é imprescindível que existam instrumentos processuais de fácil acesso, realmente céleres e eficazes.<sup>20</sup>

Construída, portanto a ideia da *libertatis* e toda sua importância para o ordenamento jurídico brasileiro, cabe agora o estudo da outra modalidade de prisão.

#### 4.1.3 Prisão Preventiva

---

<sup>20</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo, SP, 13ª edição. Editora Saraiva. 2016. p. 1124.

A prisão preventiva é o enfoque geral do trabalho, aqui será conceituada e exemplificada para gerar aprofundamento quanto ao conhecimento específico do estudo, o requisito da ordem pública. O momento que se caracteriza a prisão preventiva pode ser tanto no processo criminal como na fase de investigação.

O juiz ou o Tribunal detêm poderes para aplicar esse instituto que é previsto no artigo 311 do Código de Processo penal e seguintes. O pedido do Ministério Público deve ser expresso ressaltando que só é cabível em casos que a pena mínima for de 4 anos, ou seja, competência das Varas Criminais ou Tribunais Superiores, não atingindo os crimes de menor potencial ofensivo individualizados.

O texto da lei contém alguns erros de interpretação que acabam interferindo no mundo jurisdicional Brasil afora, primeiramente quando referimos ao querelante, a pessoa que move a máquina pública para decretar a prisão, entende-se por exclusão que somente as ações penais privadas subsidiárias das públicas poderiam ser englobadas no rol da prisão preventiva.

O erro começa quando não é realizada interpretação dessa maneira, no sentido que outros tipos de ações penais, julgadores têm aplicado esse instituto, o que caracteriza uma afronta ao devido processo legal e aos direitos aqui construídos com árduo trabalho, em miúdos, existe a figura de juiz parte, ou seja, o poder conferido ao magistrado sobrepõe direitos fundamentais do acusado, podendo ele decretar de ofício a prisão preventiva.

Para dimensionar o problema da falta de imparcialidade jurisdicional e o conflito de princípios, RANGEL traz um conceito explicativo sobre as funções dos princípios que regem os direitos fundamentais:

Os princípios que regem o direito processual penal constituem o marco inicial de construção de toda a dogmática jurídico-processual penal, sem desmerecer e reconhecer os princípios gerais do direito que lhe antecedem. As respostas para determinados problemas que surgem no curso de um processo criminal estão muitas vezes nos princípios que o informam, porém, o intérprete ou aplicador da norma não os visualiza, dando interpretações ou aplicando normas em contraposição aos elementos primários de constituição do processo.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 12. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 1.

Após construção lógica realizada pelo doutrinador, é de se indagar. Qual é o limite da imparcialidade do juiz quando ele assume uma postura inquisitória e de ofício decretando a prisão preventiva?

A postura do magistrado se torna incompatível e é cediço que nos tribunais o denunciado, e mais, sua liberdade de ir e vir fica nas mãos tão somente do julgador permitida pelo legislador, que confere poderes aos juízes, de ofício, decretar a prisão preventiva.

Mas quando existe a conversão, de ofício, da prisão em flagrante, já objeto de estudo, em prisão preventiva de modo automático ainda no inquérito policial é constitucional? E se aplica no processo penal brasileiro?

Objetivando esclarecer o papel do juiz e seus limites perante a lei, O artigo 156 do Código de Processo Penal coloca o juiz no papel de investigador, descendo do seu lugar supra partes (distante das partes), para procurar aquilo que acha que é verdade, ou que ele quer que seja verdade, trata-se do juiz inquisidor.<sup>22</sup>

A imersão do julgador nos autos de investigações penais contraria o sistema acusatório e não encontra justificção, seja porque lhe tira a característica da imparcialidade, seja porque vai se encontro a uma realidade facilmente constatável: o juiz não tem vocação para investigar.<sup>23</sup>

Posto isto adentramos no estudo específico dos elementos para decretação da prisão, e como eles se dão. Primeiramente o *fumus commissi delicti*, em resumo seria a necessidade de haver indícios suficientes para constatar a autoria do indivíduo, esse indício de crime não significa certeza da autoria e de que o crime aconteceu.

A fumaça do cometimento de crimes, portanto, trata-se de um raciocínio lógico com a união de sinais externos com o mundo dos fatos reunidos até o momento, dessa maneira é possível medir a maior ou menor probabilidade. É preciso traçar uma diferenciação de possibilidade e probabilidade.

A que consiste em ser possível, o delito, refere-se aos elementos favoráveis e desfavoráveis que se anulam, com outras palavras, tais elementos são colocados em uma balança e a força de convencimento é igual não havendo predomínio de um

---

<sup>22</sup> RANGEL, 2004, p. 9.

<sup>23</sup> ANDRADE, Danielle Souza. **A atuação do juiz no processo penal acusatório**: Incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005, p. 100.

elemento sobre o outro. Já a probabilidade consiste em razões positivas da autoria ter um predomínio sobre as razões negativas.

Os juízos de possibilidade e probabilidade estão presentes no processo inteiro entretanto destaca-se a importância deles em três momentos.

O primeiro é o indiciamento, o começo do inquérito policial, seria possível apenas com a existência da possibilidade por tratar-se de uma fase investigatória, outro momento seria a denúncia ofertada pelo Ministério Público, peça na qual se extrai a tipificação e fundamentação, nessa fase seria obrigatória a existência da probabilidade.

O último momento é o da sentença condenatória promulgada pelo juiz, por tratar-se de uma condenação, ou seja, é confirmado o cometimento do crime perante a sociedade é de se observar um grau elevado de probabilidade.

Quando se fala em probabilidade em grau de aplicação da sentença, já está na fase que existe a verossimilhança dos fatos, em outras palavras, configura a prova cabal de uma conduta típica, ilícita e culpável, termos usados pelos doutrinadores e estudiosos desde os primórdios do Código Penal Brasileiro, figuras importantíssimas. Não podem existir excludentes de que o ato foi ilícito ou exclusão da culpa para ser decretada a prisão preventiva.

Uma vez provada a atipicidade da conduta é impossível ser decretada a prisão, pois a tipificação é o que embasa qual crime foi cometido, portanto, sem crime não há prisão. Tratando-se de crime culposos não se pode falar em prisão preventiva, pois ela pressupõe um querer e a intenção de realizar um delito fato que não ocorre nos crimes culposos, surge então o dolo.

Destaca-se que o crime doloso é aquele praticado pelo agente que objetiva resultado ou que, no mínimo, assume o risco de produzi-lo, ou seja, tem consciência da conduta que pratica. Dolo é a vontade livre e consciente de praticar a ação ou omissão, de executar o fato definido como crime pela lei.

A teoria extremada do dolo, a mais antiga, situa o dolo na culpabilidade e a consciência da ilicitude, que deve ser atual, no próprio dolo. Defende a existência de um dolo normativo, constituído de vontade, previsão e conhecimento da realização de uma conduta proibida (consciência atual da ilicitude). Por isso, para essa teoria, o erro jurídico-penal, independentemente de ser erro de tipo ou erro de proibição exclui sempre o dolo, quando inevitável, por anular ou o elemento normativo (consciência da

ilicitude) ou o elemento intelectual (previsão) do dolo. Equipara-se assim a duas espécies de erro quanto aos seus efeitos.<sup>24</sup>

Cabe ao juiz analisar o caso concreto e verificar se o ato realizado pelo agente foi, em conjunto, a presença de culpa ou dolo, resultado, nexo causal e tipicidade, caracterizando uma conduta humana voluntária e dirigida no sentido de cometer o crime, pode-se não preencher um dos elementos citados e isso enfraqueceria a probabilidade, conseqüentemente a possibilidade da denúncia.

Findada a análise sobre o *fumus commissi delicti* passa-se para a situação de perigo ao normal desenvolvimento do processo, em *latim* o *periculum libertatis*.

#### 4.2 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA RESTRIÇÃO DE LIBERDADE

Além das prisões cautelares existem as medidas cautelares alternativas da prisão, em busca de uma maneira mais humanitária de garantir que o direito de dignidade da pessoa humana seja preservado com menor dano ao indivíduo.

No código penal o artigo que aborda tais medidas é o 319, a abordagem por incisos.

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

O objetivo é o comparecimento do acusado para prestação de contas acerca das atividades que o indivíduo pratica, o comparecimento tem natureza pessoal, ou seja, não permite representação por terceiro.

Se o réu for domiciliado em comarca diferente da que corra a ação penal é possível que essa medida seja adotada na cidade que ele resida.

A medida do comparecimento pode ser cumulada com outras medidas ou em último caso se o acusado não cumprir poderá ser decretada a prisão preventiva observado o caso concreto.

---

<sup>24</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Penas Alternativas**. 4. ed. São Paulo; Saraiva, 2013. p. 82

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

A restrição aos acessos a determinados lugares deve ser compreendida como o simples impedimento de adentrar a determinados lugares, não envolve repetição e pode se dar em lugares privados ou públicos determinados pelo julgador.

Ressalta-se que a restrição deverá ser fundamentada como qualquer outra medida cautelar, sendo possível o acusado ser afastado do seu próprio domicílio.

Tal inciso tem ligação com o objetivo de evitar a reiteração delituosa e pode ser utilizada para proteger a prova a fim de assegurar a operacionalidade da medida existem meios de fiscalização através dos poderes de Polícia para o correto cumprimento.

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

A hipótese exposta pelo inciso III tem objetivo de proteger uma pessoa específica, seja ela a vítima ou um terceiro que venha sofrendo ameaças. Outra situação é para evitar que o acusado influencie no depoimento de alguém a ser ouvido.

É necessário fazer um adendo que a lei não estabelece maneira de fiscalização do cumprimento das medidas cautelares, até mesmo devido a tecnologia disponível hoje, a forma alternativa para garantir que a medida cautelar seja obedecida fica a pessoa que é objeto da proteção comunique ao juízo a forma do descumprimento, observado o direito do contraditório.

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

A medida de proibir que o acusado se ausente de determinada extensão territorial tem como objetivo garantir a operacionalidade do sistema penal impedindo que seja prejudicada a investigação criminal e assegurar a aplicação da lei.

Em casos de proibir ausentar do país existe o recolhimento do passaporte, ressalta-se, portanto, que a medida imposta pelo inciso acima difere da prisão

preventiva pois esta é imposta nos casos que não se pode perder o indivíduo de vista.

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

Esta medida é mais branda que a prisão domiciliar no contexto que em determinado horário o acusado deve estar em sua residência não interferindo, portanto em sua atividade laborativa e social.

É recomendado que ao ser aplicado o inciso V seja cumulado com a medida do monitoramento eletrônico para facilitar a fiscalização e eficácia

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

Existe a possibilidade da suspensão do exercício da função de um servidor público isso se houver receio da utilização da sua função para a prática de delitos.

É uma medida cautelar específica com objetivo de defender a ordem econômico financeira e a administração pública. O princípio da presunção de inocência vem para impedir que os proventos sejam interferidos afinal a legislação prevê que uma vez condenado existe a perda do cargo.

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

É uma medida cautelar de caráter específico podendo ser aplicada aos inimputáveis ou semi-imputáveis, que apenas pode ser decretada com um laudo médico. O objetivo é a defesa da ordem pública para evitar novas infrações com violência.

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;



A fiança é um instituto que foi tratado como medida alternativa da prisão em flagrante, a partir das alterações da lei 12.403/11 passou a funcionar como medida autônoma podendo ser aplicada isolada ou cumulativamente.

Nesse contexto a medida da fiança não pode ser cumulada com nenhuma das prisões que tem caráter de medida cautelar, portanto é necessária para aplicação da lei penal, para investigação ou instrução criminal sempre com intuito de atingir ao mínimo a liberdade do indivíduo.

IX - monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Trata do uso de um dispositivo que registra os locais em que o indivíduo esteve, normalmente é fixado no corpo da pessoa, no sistema penal brasileiro a medida foi alternativa a prisão a partir do momento que o juiz pode escolher zonas que o acusado pode frequentar e as que são proibidas.

Cumprido ressaltar que a medida deve ser verificada com o indivíduo se ele aceita ou não, mesmo que pareça estranho ao senso comum a opção da prisão ao invés de monitoramento eletrônico existem casos em que a escolha é a prisão.

Existem críticas sustentadas pelo alto valor do equipamento e o custo ao estado, entretanto não podemos comparar a liberdade de alguém com um custo no orçamento.

Concluído o estudo sobre as medidas alternativas da prisão passamos a analisar o objeto principal do estudo, a prisão preventiva e a interpretação da ordem pública no viés jurisdicional.

## 5 REQUISITOS DA PRISAO PREVENTIVA

Atentando-se a letra da lei encontramos no artigo 312 do Código de Processo Penal os requisitos objetivos. Esses requisitos são elencados e em tese são invocados quando existe um perigo decorrente do estado de liberdade do acusado aplicando a análise de cada caso.

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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Inicialmente o artigo expõe a garantia da ordem pública, para a letra da lei e que parte da jurisprudência é o argumento de preferência para a decretação da prisão preventiva, pois ele é vago e incerto.

Diz-se em clamor público, isto é, de alguma maneira o crime gera efeitos na sociedade como comoção perturbando a vida comum, corre-se também as perspectivas de “brutalidade” ou até mesmo usar tal requisito para conferir credibilidade ao órgão jurisdicional, pois uma vez não decretada a prisão pode gerar pressão do povo.

Ainda sobre a justificativa da prisão há quem defenda que a aplicação da prisão preventiva é benéfica para o preso pelo perigo de linchamento do indivíduo, caso inaceitável pois prender alguém para assegurar sua vida constitui hipocrisia, em geral isto resume-se o requisito da ordem pública.

Outro requisito apontado pela legislação é o da ordem econômica, o fundamento é evitar que a sintonia econômica estatal seja afetada fazendo com que desestabilize o funcionamento financeiro como um todo, Eugenio Pacelli de Oliveira conceitua:

Parece-nos, contudo, que a magnitude da lesão não seria amenizada e nem diminuídos os seus efeitos com a simples prisão preventiva de seu suposto autor. Se o risco é contra a ordem econômica, a medida cautelar mais adequada seria o sequestro e a indisponibilidade dos bens dos possíveis responsáveis pela infração. Parece-nos que é dessa maneira que se poderia melhor tutelar a ordem financeira, em que há sempre o risco de perdas econômicas generalizadas.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Oliveira, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**: p. 561.

É de se destacar que os requisitos acima citados têm um ponto em comum, que é garantir credibilidade ao Estado de Direito no viés de mostrar para a sociedade que em nenhum momento a sociedade foi afetada por tal ato, nessa perspectiva comparativa surgem opiniões:

Se, no entanto, o fato de o acusado encontrar-se em liberdade puder significar risco à ordem econômica, pela possibilidade de repetição das condutas e, assim, de ampliação dos danos, a questão poderia facilmente se deslocar para a proteção da ordem pública. Mesmo aqui, o sequestro e a indisponibilidade de bens e valores dos responsáveis ainda nos pareceriam medidas mais eficientes, ao menos sob tal perspectiva (da proteção da ordem econômica).<sup>26</sup>

Parte-se, na ordem do artigo 312 do CPP, no que se refere a conveniência da instrução criminal, ou seja, trata-se do risco que a liberdade do indivíduo possa trazer quanto ao instrumento do processo que é a prova.

A prova é um dos elementos que detém o maior poder de convencimento dentro do direito brasileiro, portanto, quando existe um risco a dita “conveniência” enseja em um perigo ao normal desenvolvimento do processo, consiste, em outras palavras:

Por conveniência da instrução criminal há de se entender a prisão decretada em razão de perturbação ao regular andamento do processo, o que ocorrerá, por exemplo, quando o acusado, ou qualquer outra pessoa em seu nome, estiver intimidando testemunhas, peritos ou o próprio ofendido, ou ainda provocando qualquer incidente do qual resulte prejuízo manifesto para a instrução criminal. Evidentemente, não estamos nos referindo à eventual atuação do acusado e de seu defensor, cujo objetivo seja a procrastinação da instrução, o que pode ser feito nos limites da própria lei.<sup>27</sup>

Destaca-se que a preocupação principal do legislador foi uma maneira de evitar com que as provas sejam destruídas.

Ao falar de perigo ao decorrer do processo entra outra possibilidade que esse requisito engloba, pode ser decretada a prisão preventiva caso o réu profere ameaças ao juiz, promotor ou a alguma figura ativa dentro do processo, a tutela da prova é pautada por excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade.

---

<sup>26</sup> **Oliveira**, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**: p. 561.

<sup>27</sup> LIMA, Alberto Jorge C. De Barros. **Direito Penal Constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 66.

Cumprе ressaltar que ao requisito ser utilizado para decretar uma prisão preventiva para garantir que o autor do fato compareça em audiência não é plausível, pois tem por objetivo manter restringida a liberdade de alguém para garantir que ele se defenda, existe aqui uma inversão do princípio *in dubio pro reo*, o que deveria sobrepor é o do direito de permanecer inerte, silente, invocando o *nemo tenetur se detegere*, destacando a suma importância de tal fundamento.

“o direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional — a partir de sua mais eloquente afirmação contemporânea em *Miranda vs. Arizona* (384 US 436, 1966), transparente fonte histórica de sua consagração na Constituição brasileira — porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a auto incriminação — *nemo tenetur prodere se ipsum, quia nemo tenere detegere turpitudinem suam* —, que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa de perder atualidade”<sup>28</sup>

Em última análise é levado em consideração pelo Código de Processo Penal é assegurar a aplicação da lei penal por risco de fuga do imputado.

O enfoque é garantir com que a sentença que será proferida ao final do processo, fato que deve estar provado e fundamentado, destarte, não é possível que o perigo seja presumido, ou seja, o juiz não pode se projetar na situação do indivíduo, o que é recorrente.

A prisão preventiva, para assegurar a aplicação da lei penal, contempla as hipóteses em que haja risco real de fuga do acusado e, assim, risco de não aplicação da lei na hipótese de decisão condenatória. É bem de ver, porém, que semelhante modalidade de prisão há de se fundar em dados concretos da realidade, não podendo revelar-se fruto de mera especulação teórica dos agentes públicos, como ocorre com a simples alegação fundada na riqueza do réu. É claro que em tal situação, e a realidade tem nos mostrado isso, o risco é sempre maior, mas, ainda assim, não é suficiente, por si só, para a decretação da prisão. É nesse sentido a jurisprudência da Suprema Corte (RHC no 83.179/PE – Pleno – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.8.2003).<sup>29</sup>

Os demais requisitos elencados pelo legislador, cumprе ressaltar, todos dependem de fundamentação por parte do juiz sem ser equívocos, reafirmando as provas de uma maneira concreta para poder restringir a liberdade de alguém, a mera suposição e inconcebível.

---

<sup>28</sup> **Trois Neto**, Paulo Mário Canabarro. **STF - HABEAS CORPUS**: HC 78708 SP.

<sup>29</sup> **Oliveira**, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**: p. 560.

A decisão pautada deverá demonstrar a probabilidade dos já citados *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, de maneira precisa e desapaixonada, mesmo quando se tratar em descumprimento de uma medida cautelar diversa deve existir a proporcionalidade.

## 6 INTERPRETAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA

A prisão preventiva justifica-se, portanto, como uma soma de fatores tanto de materialidade e de indícios claros de autoria que são os pressupostos citados acima elencados no 312, e caso o denunciado preencha os termos do artigo 313 do Código de Processo Penal.

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - (revogado).

(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

(Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Ressaltados os requisitos chega-se a fase que têm sido objeto de crítica de doutrinadores bem como dúvida na aplicação, o momento em que se analisa a ordem pública e como ela deve ser entendida pelo intérprete da lei.

Primeiramente a decretação da prisão preventiva fundamentada na ordem pública entra em um parâmetro amplo pois no ordenamento jurídico não existe definição específica.

Desta maneira é de ressaltar a função da doutrina e jurisprudência no preenchimento de lacunas da legislação, em específico a ordem pública a alternativa foi separar em duas formas de interpretação, a primeira a vertente social em segundo plano uma abordagem mais individualista.

A perspectiva social trata-se da pressão da sociedade e a necessidade de se justificar o fundamento para a punição que o povo deseja, em outros termos, trata-se do dito clamor social como defensor da credibilidade da justiça, de maneira que a opinião e desejo do povo seja saciado.

É necessário por em evidência que a prisão preventiva deve ser fundada em princípios impostos pela sociedade.

[...] quando se argumenta com razões de exemplaridade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, aplacar o clamor público criado pelo delito etc. que evidentemente nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que oficialmente se atribuem à instituição, na realidade, se introduzem elementos estranhos à natureza cautelar e processual que oficialmente se atribuem à instituição, questionáveis tanto desde o ponto de vista jurídico-constitucional como de perspectiva político-criminal. Isso revela que a prisão preventiva cumpre funções reais (preventivas gerais e especiais) de pena antecipada incompatíveis com sua natureza.<sup>30</sup>

A interpretação individual a análise e feita com pessoalidade, sendo o risco de o acusado ficar em liberdade, para evitar que a prática delituosa não se repita e para proteger as provas de maneira que a sociedade não sofra riscos, todavia, o que de fato acontece é uma pena que será cumprida sem sequer ter sido transitada em julgada ou publicada uma sentença.

## 6.1 ORDEM PÚBLICA E O CLAMOR SOCIAL

---

<sup>30</sup> Sanguiné, Odone. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva.** *Revista de Estudos Criminais*, n10. p. 114.

O Clamor social é um dos termos mais utilizados quando se depara com o requisito da ordem pública, o clamor, é um dos efeitos da repercussão do crime efetuado pelo indivíduo ou da pessoa que ele foi ou parece ser para a sociedade.

A manifestação de descontento da população gera efeitos no judiciário o que é uma consequência pois os juízes também são cidadãos. Normalmente os crimes que mais comovem a população são os cruéis, os que envolvam racismo, tortura, os crimes violentos, de abuso sexual entre outros crimes, entre muitos outros que podem ser justificados no contexto histórico que o país passa.

[...] tem-se como causa de intenso clamor e abalo da ordem pública, homicídio perpetrado com extrema frieza, em cidade interiorana reconhecidamente pacata e desacostumada a atos dessa natureza [...].<sup>31</sup>

Esse conflito jurisprudencial por vezes acaba passando por cima de preceitos fundamentais da Constituição Federal com objetivo de mostrar a sensação de dever cumprido e de cumprimento de pena antes mesmo da condenação, aqui o efeito da mídia é claramente um dos principais elementos, movidos pela massa de informações gerando ódio e sensação de impunidade, criando opiniões desprovidas de informações e enfoques exatos e manipulados.

[...] o barulho da turba não serve a implementar-se algo que, por natureza e à luz do direito constitucional posto, está no campo das exceções, ou seja, a prisão de simples acusado em relação ao qual milita o princípio da presunção da não-culpabilidade. Sem fazer-se comparação, considerados os envolvidos, nunca é demais lembrar que a voz do povo levou Cristo ao Calvário.<sup>32</sup>

Fazendo uma comparação com os crimes que a mídia divulga e os crimes que não chegam ao conhecimento da população observa que a punição é maior e mais rápida gerando condenações errôneas. Não se pode ter como base a vinculação de notícias para a decretação da prisão preventiva.

Existe uma confusão com o dever do Estado de estabelecer a paz e a revolta da sociedade existe quem defenda que o clamor social, mesmo que não previsto do artigo 312 do Código de Processo Penal seria suficiente para a decretação prevista, mas por se tratar de uma medida cautelar e seguindo os ensinamentos tanto da

---

<sup>31</sup> STJ, HC 7436/GO, rel. Min. Anselmo Santiago, Sexta Turma, j. 26.05.1998, DJ 9/11/99.

<sup>32</sup> STF, HC 84.662-9/BA, rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, j. 31.08.2004.



Constituição Federal e os advindos da Itália os pressupostos de *fumus commissi delicti e periculum libertatis* não podem ser deixados de lados ou por substituídos por uma vontade de “massa”.

## 6.2 ORDEM PÚBLICA E CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA

A visão da credibilidade da justiça é completamente interligada com o que a população acredita como certo de modo que os fatores da repercussão da mídia e a gravidade do delito interferem na sociedade como um todo, gerando revolta.

Assim a sensação de impunidade mesmo que o caso esteja sendo julgado representa a pressa em ver resultado na punição do acusado, destaca-se que a justiça não é blindada dos efeitos que a sociedade gera.

[...] Na visão deste julgador, prisão processual dos acusados se mostra necessária para garantia da ordem pública, objetivando acautelar a credibilidade da Justiça em razão da gravidade e intensidade do dolo com que o crime descrito na denúncia foi praticado e a repercussão que o delito causou no meio social, uma vez que a prisão preventiva não tem como único e exclusivo objetivo prevenir a prática de novos crimes por parte dos agentes, como exaustivamente tem sido ressaltado pela doutrina pátria, já que evitar a reiteração criminosa constitui apenas um dos aspectos desta espécie de custódia cautelar.<sup>33</sup>

Na história Brasileira vemos muitos casos que a pressão interfere nos julgamentos, o caso do casal Nardoni ou até mesmo o mais recente caso da Vereadora Marielle, casos que geraram comoção no Brasil.

Não obstante que a prisão preventiva é utilizada para acalmar os ânimos da população, cumpre ressaltar que, por si só, a credibilidade da justiça e “mostrar serviço” não são argumentos suficientes para a decretação da prisão preventiva.

É preocupante que seja essencial que certa pessoa seja presa para reestabelecer a credibilidade das instituições, afinal, nenhuma instituição é tão fraca a ponto de um delito por em cheque todo o seu trabalho.

---

<sup>33</sup> Recebimento da denúncia e deferimento da prisão preventiva proferidos nos autos da Ação Penal nº 274/2008, 2ª Tribunal do Júri de São Paulo/SP. Disponíveis em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/0,,OI2872267-EI5030,00.html>>. Acesso em: 03 de abril. 2018.

Os poderes públicos, nas palavras de Aury Lopes Jr. “precisam lançar mão da prisão para legitimar-se, a doença é grave”.

[...]

II. Prisão preventiva: motivação inidônea. O apelo à preservação da "credibilidade da justiça e da segurança pública" não constitui motivação idônea para a prisão processual, que - dada a presunção constitucional da inocência ou da não culpabilidade - há de ter justificativa cautelar e não pode substantivar antecipação da pena e de sua eventual função de prevenção geral.<sup>34</sup>

Decretar a prisão preventiva sem observar seus requisitos é beirar a ignorância e passar por cima da jurisprudência e do valor social da medida cautelar como gênero.

A condenação trata-se de um reflexo do ponto de vista dos juízes que lutam pela verdade e assumem o papel de garantidor de direitos do imputado.

Tentar reconstruir a imagem de justiça para um povo desacreditado na eficiência do poder judiciário através da punição imediata nada mais é do que criar uma ilusão, se esse fosse fundamento suficiente para prender preventivamente um acusado, faltariam celas no país.

Aponto neste momento um HC que abrange vários conceitos e formas de interpretações:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME HEDIONDO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA E CLAMOR PÚBLICO. TENTATIVAS CONCRETAS DE INFLUENCIAR NA COLETA DA PROVA TESTEMUNHAL. ORDEM DENEGADA. 1. O conceito jurídico de ordem pública não se confunde com incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 da CF/88). Sem embargo, ordem pública se constitui em bem jurídico que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de tráfico de entorpecentes e drogas afins). Daí sua categorização jurídico-positiva, não como descrição do delito nem cominação de pena, porém como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação ou de insegurança que já se localizam na gravidade incomum da execução de certos crimes. Não da incomum gravidade abstrata desse ou daquele crime, mas da incomum gravidade na perpetração em si do crime, levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito ou, de qualquer forma, representará agravo incomum a uma objetiva noção de segurança pública. Donde o vínculo operacional entre necessidade de preservação da ordem pública e acautelamento do meio social. Logo, conceito de ordem pública que se desvincula do conceito de

<sup>34</sup> STF, HC 82.797/PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. 01.04.2003, DJe 02.05.2003.

incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio (assim como da violação à saúde pública), mas que se enlaça umbilicalmente à noção de acautelamento do meio social. 2. É certo que, para condenar penalmente alguém, o órgão julgador tem de olhar para trás e ver em que medida os fatos delituosos e suas coordenadas dão conta da culpabilidade do acusado. Já no tocante à decretação da prisão preventiva, se também é certo que o juiz valora esses mesmos fatos e vetores, ele o faz na perspectiva da aferição da periculosidade do agente. Não propriamente da culpabilidade. Pelo que o quantum da pena está para a culpabilidade do agente assim como o decreto de prisão preventiva está para a periculosidade, pois é tal periculosidade que pode colocar em risco o meio social alusivo à possibilidade de reiteração delitiva (cuidando-se, claro, de prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública). 3. Não se acha devidamente motivado o decreto de prisão que, quanto à ordem pública, sustenta risco à credibilidade da justiça e faz do clamor público fundamento da custódia preventiva. É que tais fundamentos não se amoldam ao balizamento constitucional da matéria. 4. Na concreta situação dos autos, esse ponto de fragilidade não se estende, porém, ao segundo fundamento do decreto de prisão preventiva. É falar: a segregação cautelar para o resguardo da instrução criminal não é de ser afastada pela carência de fundamentação idônea. Isso porque, no ponto, o decreto de prisão preventiva está assentado em manobras operadas pelo paciente para tentar alterar depoimentos de testemunhas. O que é suficiente para preencher a finalidade do art. 312 do Código de Processo Penal, no ponto em que autoriza a prisão preventiva para a preservação da instrução criminal, mormente nos casos de crimes dolosos contra a vida. Crimes cujo julgamento é timbrado pela previsão de atos instrutórios também em Plenário do Júri (arts. 473 a 475 do CPP). 5. Ordem denegada.<sup>35</sup>

Conclui-se, portanto, que o principal objetivo aqui é garantir que os preceitos fundamentais trazidos pelo Constituição Federal não sejam relevados e postos em segundo plano, princípios como a presunção de inocência, contraditório, dignidade da pessoa humana, entre outros, portanto é insustentável que a balança tenda a pender para o lado que para decretar a prisão preventiva é necessário por si só o desejo garantir a credibilidade.

### 6.3 ORDEM PÚBLICA E REITERAÇÃO DA PRÁTICA DELITUOSA

A interpretação da ordem pública se dá também para evitar a reiteração da prática delituosa, esse meio de interpretar é levado a análise dos atos já praticados pelo acusado bem como os atos que ainda podem ser praticados pelo mesmo, reiterando na prática.

---

<sup>35</sup> HC 102065, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 23/11/2010.

A nova redação da lei 12.403/2011 traz exatamente essa abordagem, entretanto ela viola claramente o princípio da presunção de inocência, pois está mantendo um indivíduo em cárcere por ele poder praticar novamente um delito.

Nessa linha a reiteração está diretamente ligada não ao direito penal, mas sim a função política do estado, pois não existe fundamento para a decretação pautada apenas em uma ação incerta e futura.

Trata-se de uma interpretação inconstitucional, não se pode punir por prever um crime, a Constituição prevê apenas a presunção de inocência e não a presunção de culpa.

A prisão para a garantia da ordem pública sob o argumento de “perigo de reiteração” bem reflete o anseio mítico por um Direito Penal do futuro, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer. Nem o Direito Penal, menos ainda o processo, está legitimado à pseudotutela do futuro (que é aberto, indeterminado, imprevisível). Além de inexistir um *periculosômetro* (tomando empresta a expressão de ZAFFARONI), é um argumento inquisitório, pois irrefutável. Como provar que amanhã, se permanecer solto, não cometerei um crime? Uma prova impossível de ser feita, tão impossível quanto a afirmação de que amanhã eu o praticarei. Trata-se de recusar o papel de juízes videntes, pois ainda não equiparam os foros brasileiros com bolas de crista...<sup>36</sup>

No que tange a prisão preventiva a inversão de valores neste caso é significativa, pois o inocente que nem sequer foi condenado pela prática do crime já é visto como um futuro delituoso, além de ser presumido culpado antes de transitada em julgada a decisão é restringida à sua liberdade por ele representar perigo de que cometa novos crimes.

Cumprе ressaltar, entretanto o argumento da reiteração é admitido por direito comparado, ou seja, comparando casos concretos, devendo situar em planos distintos não como uma medida cautelar, mas como uma forma de punição pré-delitiva.

A doutrina e jurisprudência têm concordado que esse tipo de interpretação invade esferas de outras competências, tendo em vista que reprimir novas práticas delituosas não é trabalho do juiz sendo, portanto inconstitucional.

[...] HABEAS CORPUS – PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO, NO CLAMOR PÚBLICO E NA DECRETAÇÃO DA REVELIA DO RÉU – CARÁTER

---

<sup>36</sup> LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. São Paulo, SP, 5ª edição. Editora Saraiva. 2017.p 122.

EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL – UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA – PEDIDO DEFERIDO. [...]O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL.

- A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direito e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem.

Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade.

Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado.

O princípio constitucional da presunção da inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.<sup>37</sup>

Conclui-se que mesmo com posicionamento da nova lei esse meio de fundamentação para decretar a prisão viola o artigo 5º da Constituição Federal e princípios como o da liberdade e presunção de inocência, podendo ser substituída tal interpretação por medidas cautelares diversas da prisão.

#### 6.4 ORDEM PÚBLICA E PERICULOSIDADE DO AGENTE

A fundamentação quando utilizada a periculosidade depende do *modus operandi*, ou seja, é levado em consideração o meio que ocorreu o crime e as circunstâncias que ele se deu, além de verificar os antecedentes criminais do acusado

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. AMEAÇA A TESTEMUNHAS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA

<sup>37</sup> STF, HC 96.577-6/DF, rel. Min. Celso de Melo, Segunda Turma, j. 10.02.2009.

INSTRUÇÃO CRIMINAL. 1. A periculosidade do agente, aferida pelo modus operandi na prática do crime, consubstancia situação concreta a autorizar a prisão preventiva para garantia da ordem pública. 2. Segregação por conveniência da instrução criminal justificada: ameaça a testemunhas. Ordem indeferida.<sup>38</sup>

Apesar de prisões preventivas serem decretadas através desse argumento com fundamento no artigo 282, inciso II do Código de Processo Penal, através deste estudo mostra-se errôneo concordar com a jurisprudência, devido aos preceitos fundamentais que a interpretação acarreta.

Em um caso hipotético o sujeito que teria praticado o crime é mantido preso sem sequer ser comprovada a materialidade e a autoria do crime, e como argumento é usada a sua periculosidade, termo genérico, para não ficar em liberdade. Claramente existem erro na causa pois ele é preso sem mesmo ser condenado, Ministro Marco Aurélio destaca em seus votos.

Então, a par de, na situação concreta, os pacientes encontrarem-se em liberdade há mais de um ano, verifica-se que o Juízo, no ato que implicou a preventiva – folha 589 a 615 –, após ressaltar a existência da materialidade do crime e de indícios de autoria bem como a gravidade da prática delituosa, fez abordagem, em tese, sobre a periculosidade dos envolvidos no que teriam contra si inquéritos e processos em andamento. Em outras palavras, partiu do pressuposto de serem culpados, desprezando a necessidade de haver decisão condenatória não mais sujeita a modificação na via da recorribilidade. Supôs, até que, em liberdade, continuariam a cometer crimes, aspecto que se baseia em subjetivismo maior – a contrariar a ordem natural das coisas –, na premissa segundo a qual, mesmo estando em curso o processo, deixariam de observar as regras penais existentes. [...] em síntese, a fundamentação lançada não se enquadra no permissivo do artigo 312 do Código de Processo Penal.<sup>39</sup>

## 6.5 ORDEM PÚBLICA E GRAVIDADE DO DELITO

A gravidade do delito voltou a ser fundamento da prisão preventiva com a lei 12.403/11, não obstante é necessário dizer que tal fundamento também contradiz as normas constitucionais, como as formas de interpretação abordadas acima, esse é o entendimento do STF.

---

<sup>38</sup> STF, HC 101840/ES, rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, j. 27.04.2010. DJe 20.05.2010.

<sup>39</sup> STF, HC 94.541-4/SP, rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. 30.06.2009.

AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na gravidade do delito e no fato de o réu ser morador de rua. Inadmissibilidade. Razões que não autorizam a prisão cautelar. Constrangimento ilegal caracterizado. Precedentes. HC concedido. É ilegal o decreto de prisão preventiva que se funda na gravidade do delito e na falta de residência fixa do acusado, decorrente de sua condição de morador de rua.<sup>40</sup>

O STJ tem a mesma opinião que o tribunal superior.

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO (TENTATIVA). PRISÃO PREVENTIVA BASEADA NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRISÃO HÁ MAIS DE 5 (CINCO) ANOS. EXCESSO DE PRAZO CONFIGURADO.

1. Por força do princípio constitucional da presunção de inocência, as prisões de natureza cautelar – assim entendidas as que antecedem o trânsito em julgado da decisão condenatória – são medidas de índole excepcional, as quais somente podem ser decretadas (ou mantidas) caso venham acompanhadas de efetiva fundamentação.

2. No caso, limitou-se o Magistrado do processo a aludir à hediondez e à gravidade abstrata do delito, circunstâncias que, na linha da iterativa jurisprudência desta Casa, não se prestam à restrição do direito à liberdade<sup>41</sup>

O fato do delito ser considerado grave por si só não é suficiente para manter um indivíduo em cárcere como era antigamente, é necessário analisar os pressupostos processuais.

---

<sup>40</sup> STF, HC 97177/DF, rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, j. 08.09.2009, DJe 08.10.2009.

<sup>41</sup> STJ, HC 136829/SP, rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, j. 02.02.2010, DJe 03.05.2010.

## 7 CONCLUSÃO

É conhecido que o Código de Processo Penal tem aspectos fascistas pois foi espelhado no Código italiano e consolidado em 1988 pela Constituição Federal, com isso, tornou-se necessário a adaptação de acordo com a sociedade brasileira e a Carta Magna.

A harmonia entre a Carta Magna e o processo penal foi custosa uma vez que a primeira lutou pela dignidade humana e proteção do ser humano como um todo fundando preceitos constitucionais, já o viés Italiano trouxe o caráter inquisitório, conflitando entre si.

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre o acusador e o acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz acusador, e o acusado a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação.<sup>42</sup>

É de se perceber que as prisões que ocorrem antes mesmo da sentença transitada em julgado observam de incorreções, que muitas vezes acabam por prejudicar o imputado.

As decretações de prisão preventiva, embora autorizados em lei, ferem preceitos fundamentais e constitucional para a sociedade como um todo, essas feridas são ainda maiores quando o fundamento usado é o da ordem pública de maneira que fica a critério do julgador escolher pois os fundamentos são amplos e genéricos.

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre o acusador e o acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz

---

<sup>42</sup> LOPES Junior, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 57.



acusador, e o acusado a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação.<sup>43</sup>

O estudo foi uma análise da prisão preventiva que é uma prisão cautelar e provisória, sendo decretada antes do trânsito em julgado para que a sentença atinja sua finalidade essencial.

É necessário para a decretação que preencha os pressupostos legais do artigo 313 do Código de Processo Penal e não desrespeito conceitos trazidos pela Constituição Federal. Também é essencial a presença da *fumus commissi delicti e periculum libertatis*.

A prisão cautelar se torna necessária uma vez que o devido processo legal se vê prejudicado caso o indivíduo permaneça em liberdade, não perdendo seu caráter cautelar.

Ocorre que no momento que a restrição da liberdade do acusado é autorizada por um fundamento vago é que surgem as controvérsias, e assim é com a ordem pública.

É notório que até mesmo na Corte Superior do Brasil, o STF, existem divergências de pensamentos sobre prisão preventiva, isso deixa visível a lacuna e falta de conceituação do termo.

O doutrinador Eugênio Pacelli afirma que “a prisão para garantia da ordem pública não se destina a proteger o processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei penal”, de maneira que a instrução criminal e garantia da aplicação da lei são instrumentos utilizados corretamente e a ordem pública e ordem econômica se desvirtuam da finalidade.

Enquanto a redação do artigo 312 do Código de Processo Penal continuar a mesma as barbaridades continuam ocorrendo e prejudicando quem de fato é inocente até que se prove o contrário.

Por fim, a garantia da ordem pública por sua vez mostra-se afastada da finalidade cautelar e autoriza atualmente prisões injustificadas que deveriam ser consideradas inadequadas para este fim.

---

<sup>43</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 57.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Danielle Souza. **A atuação do juiz no processo penal acusatório: Incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Penas Alternativas.** 4. ed. São Paulo; Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** São Paulo: Edipro. 2011.

CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari.** Pádova: Cedam, 1936.

CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el Proceso Penal.**

LIMA, Alberto Jorge C. De Barros. **Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais.** São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro e. **Manual de processo penal: volume único,** Salvador, BA, edição. Editora Podivm. 2016.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional.** 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** São Paulo, SP, 13ª edição. Editora Saraiva. 2016.

LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares.** São Paulo, SP, 5ª edição. Editora Saraiva. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 11ª ed. São Paulo: RT, 2012.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.**

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 12. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SANGUINÉ, Odone. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva.** Revista de Estudos Criminais, nº 10.

SILVA, Virgílio Afonso Da. **O proporcional e o razoável.** Revista dos Tribunais. Ano 91, nº 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril. 2002.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal: sistemas e princípios.** Curitiba: Juruá, 2003.