



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAFAEL FONSECA LIMA

**ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO FUNDAMENTO DA
GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA PARA DECRETAÇÃO
DA PRISÃO PREVENTIVA**

Salvador
2013

RAFAEL FONSECA LIMA

**ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO FUNDAMENTO DA
GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA PARA DECRETAÇÃO
DA PRISÃO PREVENTIVA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Roberto Gomes

Salvador
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

RAFAEL FONSECA LIMA

**ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO FUNDAMENTO DA
GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA PARA DECRETAÇÃO
DA PRISÃO PREVENTIVA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2013

AGRADECIMENTOS

RESUMO

Faz-se uma breve análise sobre a teoria das medidas cautelares penais, sobretudo em relação às medidas cautelares pessoais, tratando de suas espécies e sua finalidade cautelar. Afasta o paralelismo da teoria cautelar do processo civil para a teoria cautelar do processo penal. Encontra-se os pressupostos das medidas cautelares pessoais: *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*. Cita as inovações trazidas pela Lei n. 12403/2011, destacando as medidas cautelares diversas à prisão (art. 319, do Código de Processo Penal). Discute-se a constitucionalidade das medidas cautelares penais, sobretudo da prisão preventiva, sobre a luz do princípio do estado de inocência. Após, trabalha-se a base principiológica da custódia cautelar para melhor compreender o instituto da prisão preventiva. Apresenta-se a prisão preventiva e a sistemática adotada pelo Diploma Legal Processual Penal para a sua decretação. Verifica-se que através da hermenêutica, a prisão preventiva deverá ser aplicada somente nos casos previsto pela Lei. Assim, observa-se os requisitos legais (art. 312, redação final), as condições de admissibilidade (art. 313 e incisos) e os fundamentos (art. 312) autorizados do decreto preventiva. E por fim, fazendo-se necessário aplicação do princípio da proporcionalidade – prisão preventiva como *ultima ratio*. Recai-se, então, sobre a polêmica em torno do fundamento da garantia da ordem pública para a decretação da prisão preventiva. Diante da indeterminabilidade da expressão, faz-se necessário uma análise dos julgados que tentaram interpretar o fundamento da ordem pública, abortando expressões como: “credibilidade das instituições públicas”, “clamor social”, “gravidade do delito”, “possibilidade de reiteração criminosa”, etc. Após, analisa a constitucionalidade do fundamento da garantia da ordem pública, sobre dois prismas: a indeterminabilidade do conceito e cautelaridade da medida.

Palavras-chave: Processo Penal; Prisão Preventiva; Fundamento da Garantia Ordem Pública; Constitucional; Medida Cautelar Pessoal.

Sumário

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DA TEORIA DA TUTELA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL	9
2.1 DO NOVO SISTEMA DE MEDIDAS CAUTELARES NO 'BRASIL	12
2.2 PRINCIPIOLÓGIA DA CUSTÓDIA CAUTELAR	18
2.2.1 Jurisdicionalidade e Motivação	18
2.2.2 Contraditório	21
2.2.3 Provisionalidade e Provisoriedade	22
2.2.4 Excepcionalidade	26
2.2.5 Proporcionalidade	29
3 DA PRISÃO PREVENTIVA	33
3.1 DOS PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA	40
3.1.1 Nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos	41
3.2.2 Reincidência em delito doloso	45
3.2.3 Se o crime envolver violência doméstica e familiar	46
3.2.4 dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la	48
3.2 DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA	50
3.2.1 Conveniência da instrução criminal	51
3.2.2 Assegurar aplicação da Lei penal	53
3.2.3 Garantia da ordem pública e econômica	56
3.3.4 Garantia da ordem pública	59
4 ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA NAS DECRETAÇÕES DE PRISÃO PREVENTIVA COM FUNDAMENTO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA	61
4.1 GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO ARGUMENTO DA CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES	61
4.2 GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO RISCO DE REITERAÇÃO DELITUOSA	64

4.3 GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO RESPOSTA AO CLAMOR PÚBLICO	66
5 DA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO FUNDAMENTO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA	70
6 CONCLUSÃO	78
REFERÊNCIAS	82

1 INTRODUÇÃO

O problema de pesquisa enfrentado nesta monografia é a discussão acerca da constitucionalidade do fundamento da garantia da ordem pública para decretação da prisão preventiva, analisando, mais especificamente, a indeterminabilidade da expressão “ordem pública”, bem como sua cautelaridade.

A pretensão da pesquisa é avaliar se a prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública cumpre a finalidade que se destina as medidas cautelares pessoais. Se as interpretações emprestadas à expressão em análise tem a capacidade de tutelar a finalidade da prisão preventiva.

Nota-se que para atender as questões pretendidas pela pesquisa, faz-se necessário analisar a natureza e a finalidade das medidas cautelares no processo penal, sua constitucionalidade e os fundamentos que norteiam a aplicação da medida cautelar.

A escolha do tema foi impulsionada pela complexidade jurídica da questão, bem com pela relevante repercussão social, tendo em vista as discussões em torno dos casos celebres como: “caso do goleiro Bruno”, “caso dos Nardonis”, “caso Matsunaga”, entre outros.

O tema em apreço é bastante discutido na doutrina e na jurisprudência.

Apesar do entendimento dos Tribunais Superior, juízos *a quo* e Tribunais de Justiça possuem posicionamento controvertido a respeito do tema.

O que se pretende é entender como todos os requisitos legais que envolve a prisão preventiva, passando por sua natureza, requisitos legais, condição de admissibilidade, fundamentos legais, principiologia e finalidade.

O trabalho foi desenvolvido em quatro capítulos.

No início, é apresentada a teoria da tutela cautelar no processo penal, abortando principalmente a tutela cautelar pessoal. Neste capítulo começa a evidenciar o objeto de tutela da prisão preventiva, quesito de suma importância para conclusão do presente trabalho. Por fim, é exposto, através de julgados

do Superiores Tribunais, a base principiologica que norteia aplicabilidade das medidas cautelares pessoais.

Na sequência, o trabalho se predispõe a tratar dos requisitos legais que autorizam a decretação de prisão preventiva. Primeiro faz-se necessário verificar a presença do *fumus commissi delicti*, presente na redação final do art. 312, do CPP. Após, verifica-se a presença do das condições de admissibilidade (art. 313). Por fim, fundamentar o decreto prisional no art. 312.

No capítulo quatro, busca-se analisar as variadas interpretações emprestadas ao fundamento da garantia da ordem pública. Examina-se entendimentos como: “clamor público”, “credibilidade das instituição públicas” e “provável reiteração delituosa”.

Finalmente, no quinto capítulo, discorre-se sobre a constitucionalidade do fundamento da garantia da ordem pública para o decreto da prisão preventivo.

Diante das polêmicas que envolvem a matéria, faz-se uma criteriosa análise dos entendimentos doutrinários e das contraditórias decisões dos tribunais superiores.

2 DA TEORIA DA TUTELA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL

No âmbito do procedimento penal, há um embate doutrinário a respeito da existência de um procedimento penal cautelar.

Sobre esta discussão da doutrina, Afrânio Silva Jardim, observando o sistema processual penal e a jurisdição penal, defende a possibilidade de uma tutela de natureza cautelar no processo penal (1985, p.30).

Na mesma linha, José Frederico Marques afirma ser indiscutível a existência do instituto do processo cautelar, diferenciando-o, inclusive, do processo de execução e do processo de conhecimento penal (1997, p.301).

Do outro lado, Rogério Lauria Tucci considera inexistente a ação cautelar no âmbito do processo penal (2002, p.107).

Um dos fatores que enseja esta discussão é o fato de o Código de Processo Penal não adotar determinadas expressões como processo cautelar, procedimento cautelar e/ou ação cautelar.

Neste ponto, Marcellus Polastri Lima ensina que, embora tais expressões não estejam ditas na Lei processual penal, não há como negar, no exercício da atividade jurisdicional penal, uma série de medidas cautelares dispostas no Código de Processo Penal, bem como nas demais leis extravagantes (2012, p.554).

Entretanto, Aury Lopes (2011a, p.15) e Eugênio Pacelli (2011, p.12) não vislumbram a possibilidade da existência de uma ação cautelar e, em consequência, um procedimento cautelar, porque a legislação processual penal não dispõe sobre o assunto. Entretanto, ambos reconhecem a existência de medidas cautelares penais.

Assim, não obstante as discussões acerca da possibilidade jurídica de uma demanda de natureza cautelar, parece indiscutível a existência de medidas de natureza cautelar no processo penal.

Faz-se necessário, contudo, tecer algumas considerações acerca das principais diferenças entre os pressupostos da tutela cautelar no processo civil e penal, afastando-se, com efeito, qualquer paralelismo entre os dois institutos. No ordenamento jurídico processual cível, além de reconhecer a tutela cautelar, ao lado das tutelas de certificação e execução, como tutela jurisdicional definitiva (2012, p.473), Fredie Didier Jr. afirma que a medida cautelar civil tem como pressupostos a simples verossimilhança do direito acautelado, bem como a urgência (2012, p.472). Nota-se que os fundamentos que embasam a aplicação de uma medida cautelar no processo civil seriam a probabilidade do reconhecimento do direito subjetivo, também conhecido como a “fumaça de bom direito” (*fumus bonis iuris*), assim como o perigo de dano ao direito material (*periculum in mora*).

Através das lições de Fredie Didier Jr., observa-se que os conceitos da tutela cautelar do processo civil não podem ser diretamente transpassados para o processo penal. Neste sentido, James Goldschmidt identificou ser inviável a

aplicação automática das definições do processo civil para o processo penal (1935, p.8). São realidades totalmente distintas.

Na mesma esteira, Aury Lopes Jr, em uma espécie de monólogo, sintetiza que seria ilógica uma medida cautelar processual penal fundada no *fumus boni iuris*, na fumaça de bom direito. Ainda segundo o autor, o delito não pode ser visto como o “bom direito” (2011a, p.14). Para o aludido autor, o *periculum in mora* seria, de igual maneira, inaplicável, porque o risco no processo penal não é a situação da demora da atividade jurisdicional, mas sim o estado de liberdade do sujeito passivo, uma vez que, em liberdade, ele poderá dificultar a instrução criminal, empreendendo fuga e/ou destruindo provas (2011a, p.15).

Assim, Aury Lopes Jr finaliza que no processo penal devem ser aplicadas categorias e definições próprias que satisfaçam às suas necessidades (2011a, p.15).

Superada a questão quanto à possibilidade da importação automática dos conceitos e pressupostos das medidas cautelares do processo civil para o procedimento penal, analisam-se adiante as espécies de medidas cautelares no processo penal.

Para Romeu Pires de Campos Barros as medidas cautelares penais se diferenciam pela natureza real e pessoal. Para ilustrar este quadro, o autor expõe que o processo penal, através de mecanismos coercitivos e acauteladores, se assegura de elementos introdutórios que podem recair sobre coisas, pessoas (acusado, vítima e/ou testemunha) e o delito (1982, p.453).

Por meio do sistema jurídico processual penal, verificam-se três espécies de medidas cautelares: relativas à prova, reais e pessoais. Sobre esta divisão, Aury Lopes Jr. considera as medidas cautelares relativas à prova e as reais como medidas assecuratórias - termo utilizado pela Lei processual penal -, uma vez que entende ser a tutela que visa a assegurar a proteção à prova, assim como a situação financeira da vítima, resguardando bens (2011b, p.191).

Para Aury Lopes, as medidas cautelares reais, em se inclui a medida cautelar relativa à prova, visam à proteção dos bens do imputado e da vítima, por meio do ressarcimento dos danos sofridos pelo delito, assim como à constituição da prova. Salientando que, por serem medidas cautelares, devem ser

demonstrados os fundamentos para sua decretação (2011, b, p.192). Ademais, Marcellus Polastri Lima lista a “busca e apreensão” e a “produção antecipada de provas” como duas medidas cautelares reais que não estão sistematizadas pelo Código Processual Penal (2012, p.572).

Por sua vez, as medidas cautelares pessoais, segundo Julian Lopez Masle, seriam aquelas destinadas a restringir o direito de liberdade do acusado com a finalidade de assegurar os atos do procedimento penal (2003, p.344).

Este trabalho se restringirá apenas à análise das medidas cautelares pessoais, sobretudo a prisão preventiva. A Lei 12.403/2011 promoveu grandes inovações na estrutura das cautelares penais pessoais, merecendo menção neste trabalho.

2.1 DO NOVO SISTEMA DE MEDIDAS CAUTELARES NO BRASIL

O procedimento penal é regido pelo Código de Processo Penal. Este Código, ainda em vigência no ordenamento pátrio, foi editado por Decreto-lei em 1941.

Neste período, o Brasil estava em pleno Estado Novo, cujo Presidente era Getúlio Vargas.

Em contrapartida, a Lei Maior que orienta todo o sistema jurídico nacional, inclusive a legislação processual penal, foi proclamada em 1988.

Enquanto o CPP nasceu sob as influências ideológicas do sistema nazi-fascista, a Carta Magna foi elaborada em outro contexto histórico-social, momento de ruptura com a Ditadura Militar e promoção dos valores democráticos.

Nota-se que o CPP é quase incompatível com os preceitos constitucionais.

Com o objetivo de aproximar a lei ordinária processual penal à nova ordem, o Parlamento brasileiro promoveu uma séria de alterações pontuais ao CPP.

Aury Lopes Jr. atenta para o perigo e os problemas que podem causar essas reformas parciais, uma vez que transformam o Diploma Processual Penal em uma verdadeira colcha de retalhos, deixando o ordenamento jurídico desarmônico.

Uma dessas reformas alterou o regime jurídico das medidas cautelares pessoais. A Lei 12.403/2011, fruto do Projeto de Lei 4208 de 2001, trouxe relevantes inovações, inserindo, ao lado da liberdade provisória e prisão preventiva, medidas cautelares alternativas ao cárcere cautelar.

Antes da referida Lei, o CPP trabalhava com dois tipos de medidas cautelares pessoais: a prisão e a liberdade provisória. O Título IX, em sua redação original, chamava-se “Da Prisão e da Liberdade Provisória”. Observe que o termo prisão vem à frente da liberdade provisória, o que pode denotar simbolicamente uma preferência pela prisão, como regra, em detrimento da liberdade, que seria medida de exceção.

Antonio Scarance Fernandes fixa que mesmo com inúmeras alterações pontuais ao longo do tempo, as medidas cautelares no CPP se resumiam à prisão preventiva (2009, p.12).

O resultado dessa política foi o crescimento absurdo do número de presos provisórios, já que a única medida capaz de acautelar o procedimento penal era o cárcere.

Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), o número de presos no país em 2000 era de 232.755 (duzentos e trinta e dois mil e setecentos e cinqüenta e cinco), sendo 77.393 (setenta e sete mil e trezentos e noventa e três) preventivamente. Já no ano de 2010, a população carcerária somava 496.251 (quatrocentos e noventa e seis mil e duzentos e cinqüenta e um), dos quais 164.683 (cento e sessenta e quatro mil e seiscentos e oitenta e três) eram provisórios.

Os dados acima apresentados representam o colapso do sistema carcerário brasileiro (uma verdadeira afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana), muito por conta dos presos sem sentença penal condenatória transitada em julgada.

Em meio a este ambiente, é ressuscitado o Projeto de Lei de 2011, que sofreu várias alterações (que serão trabalhadas mais adiante) nas Casas Legislativas até se transformar na Lei 12.403/2011.

A Lei nº 12.403/2011 trata da prisão em flagrante no Código de Processo Penal em um capítulo específico, topologicamente antes da prisão preventiva e das medidas cautelares diversas à prisão.

A intenção do legislador parece óbvia, eis que evidencia o caráter pré-cautelar da prisão em flagrante tal qual uma medida preparatória à ação penal¹. Nesse sentido, nos termos do artigo 306, do CPP, esta prisão deve ser comunicada no prazo de 24 (vinte e quatro) horas ao Juízo e ao Ministério Público. Nessa fase, é possível a análise da aplicação de uma medida cautelar pessoal. A respeito do tema, Aury Lopes finaliza que a prisão em flagrante pode ser efetuada por qualquer indivíduo, sendo medida de mera detenção, que não visa garantir a efetividade do rito processual, até porque ainda não há Ação Penal.

Frise-se que a situação de flagrante não induz de per si a aplicação de medida cautelar. De igual modo, a aplicação de medida cautelar não pressupõe uma situação de flagrante.

Feitas tais observações, convém agora analisar as medidas cautelares alternativas à prisão, introduzidas no ordenamento jurídico pela Lei n. 12.403/2011 e cujo rol está previsto em seu artigo 319, *verbis*:

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 suas atividades;

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

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

¹ Alguns autores, a exemplo de Paulo Rangel, tratavam a prisão em flagrante delito como medida cautelar (2010, p. XXXII). Nos termos do art. 302, I, do CPPB, a Prisão em Flagrante Delito ocorre quando o agente é surpreendido no momento em que estar cometendo o tipo penal. Já de acordo com o inciso II, do mesmo dispositivo penal, o flagrante acontece quando o sujeito é obstruído após cometer o crime. Nota-se que a conduta ilegal ainda estar “fresca”, ou seja, o lapso temporal entre a prisão e o delito é mínimo, quando existe. Enquanto nas hipóteses previstas nos incisos III e IV o lapso temporal é mais dilatado, uma vez que utilizado o termo “perseguido” e “encontrado”. Por isso são denominados, pela doutrina majoritária, de “flagrante impróprio”. Com todo o respeito, não coadunamos com a expressão, pois todos os incisos do artigo em tela tratam, de forma igual e sem hierarquia, de situações de flagrante. É verdade que, do ponto de vista legal, as situações previstas pelos incisos I e IV são mais frágeis. Aury Lopes Jr. (2011, a, p.42) explica muito bem este quadro, afirmando que esta fragilidade decorre do distanciamento do núcleo imantador que é a ocorrência do delito. Importante salientar que a prisão em flagrante pode ser praticada por qualquer pessoa.

- IV – proibição de ausentar-se da comarca ou do país ou quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação;
- V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folgo quando o acusado
- 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 infração penal
- VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada a ordem judicial;
- IX – monitoração eletrônica.

Por ter natureza cautelar, as medidas acima expostas devem ser adotadas quando presentes os requisitos da prisão preventiva, quais sejam: *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. Nota-se, portanto, o caráter substitutivo das medidas em tela à prisão preventiva. Assim, Aury Lopes ensina que as medidas alternativas serão adotadas quando cabível a prisão processual, após prévia análise da proporcionalidade, observando qual restrição será efetiva e menos gravosa para proteger aquela situação (2011, a, p.125).

Entretanto, as medidas listadas no art. 319, do CPP, poderão ser aplicadas nos crimes cuja pena máxima seja inferior a 4 anos, desde que presentes os requisitos e fundamentos de admissibilidade.

Percebe-se, todavia, uma inconsistência do legislador quando se analisa a norma acima mencionada com aquela prevista no art. 313, inciso I, do mesmo diploma legal. Isso porque neste dispositivo é vedada a aplicação de prisão preventiva para os delitos cuja pena máxima seja inferior a 4 anos. Nesse ponto são patentes tanto o desequilíbrio do ordenamento quanto quebra da coerência e da harmonia do sistema jurídico,

2.2 DA CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAL

Todas as normas (Lei, Decretos, Medidas Provisórias, Atos Administrativos etc.) devem estar em consonância com a Constituição da República, sob pena de inconstitucionalidade.

A respeito do assunto, desenvolve Dirley da Cunha Júnior, sentenciando que a supremacia da Constituição exige que toda norma produzida dentro do ordenamento jurídica deve estar em conformidade com a Carta Magna (2008, p.223). Continua o autor, afirmando, inclusive, que as leis infraconstitucionais devem ser interpretadas de acordo com os preceitos constitucionais (2008, p.223-224).

Ao tratar da supremacia constitucional, Inocêncio Mártires Coelho adota a teoria de Hans Kelsen, dissertando no sentido de que a supremacia apresentasse tanto formalmente (processo de formação da Lei) quanto materialmente (conteúdo). Assim, para ingressar e permanecer validamente, qualquer ato jurídico deve mostrar-se em consonância com a Constituição da República (2009, p.14-15). Ainda a respeito do tema, finaliza o autor, sinalizando que a Lei Maior é hierarquicamente superior às demais Leis, de modo que sendo estas incompatíveis com aquela, aplica-se a Constituição (2009, p.17).

Deste modo, fica evidente que todas as normas devem estar tanto materialmente quanto formalmente em sintonia com a Constituição da República, sob pena de inconstitucionalidade. Percebe-se, ainda, que a interpretação dos atos jurídicos não pode violar os preceitos firmados pela Carta Magna, à luz da Supremacia Constitucional. Destarte, observa-se, por fim, o papel norteador da Constituição, preenchendo os sentidos das normas infraconstitucionais. Ou seja, caso uma norma viole direitos e garantias assegurados pela Lei Maior, esta deve ser afastada do ordenamento jurídico.

Tais regras incidem sobre o instituto da prisão preventiva.

Neste aspecto, a prisão cautelar deve respeitar todos os princípios processuais penais constitucionais, sob pena de inconstitucionalidade.

A decisão que decreta a prisão preventiva, além de preencher todos os requisitos e fundamentos inerentes às medidas cautelares penais, deve se atentar para os preceitos consagrados na Constituição.

O art. 5º, inciso LXI, da CF, acolhe a prisão preventiva, ao autorizar, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a decretação da detenção do acusado, por ordem escrita e fundamentada pelo magistrado.

A respeito da constitucionalidade da prisão cautelar, discorre Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, salientando o caráter excepcional da medida (*ultima ratio*), tendo em vista que tal instrumento deve ser compatibilizado com o princípio da presunção da inocência, previsto do art. 5º, inciso LVII, da CF (2013, p.580).

Ao tratar do princípio constitucional penal da presunção da inocência, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2010, p.51) lecionam no sentido de que o reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença penal condenatória transitada em julgada. Antes deste marco, o cidadão é presumivelmente inocente, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade.

Para finalizar o assunto, Aury Lopes Jr (2011, a, p.11) ensina que a presunção da inocência é o ponto de maior tensão da prisão cautelar, pois, ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5, inciso LVII, CR).

A prisão preventiva como instrumento de tutela ao regular marcha processual tem substrato constitucional. Os preceitos constitucionais encampam a custódia cautelar desde que presentes os requisitos de admissibilidade e fundamentos que autorizem sua decretação, quais sejam, proporcionalidade da medida e tutela do procedimento penal.

Por outro lado, a prisão preventiva que tem por finalidade a antecipação da pena tem evidente conteúdo inconstitucional, conforme expõe Fernando Tourinho Filho, ao ensinar que a pena imposta ao autor do delito somente pode

ser feita declarando o sujeito culpado, através de sentença penal condenatória, após o processo transitar em julgado (2004, p.135).

Desse modo, qualquer medida de natureza cautelar – seja prisão preventiva sejam as demais cautelares – deve ser consideradas ilegais quando seu fundamento se referir a tratamento punitivo com um viés de antecipação de pena. Do contrário, estar-se-ia a violar o princípio da presunção de inocência.

Como se vê, a prisão preventiva se submete aos preceitos constitucionais, à luz do princípio da supremacia da constituição. É dizer: para a adoção desta medida, faz-se necessária, além da observância constitucional, a presença dos requisitos e fundamentos e a proporcionalidade da medida diante do caso concreto, tendo em vista seu caráter de excepcionalidade.

2. 3 PRINCIPIOLOGIA DA CUSTÓDIA CAUTELAR

Todo instituto jurídico deve ter uma base principiológica capaz de enquadrá-lo com os preceitos fundamentais fixados na Constituição.

Assim, as custódias cautelares possuem princípios próprios a fim de adequá-los à Carta Magna.

Tais princípios, que irrigam o instituto da prisão preventiva, são encampados pelo Supremo Tribunal Federal.

2.3.1 Jurisdicionalidade e Motivação

Conforme exposto nos tópicos anteriores, afirma-se que as prisões cautelares só podem ser decretadas por ordem judicial (magistrado competente) fundamentadamente. O princípio da motivação está gravado no art. 93, IX, da CF:

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

Qualquer decisão judicial deve ser fundamentada, sobretudo a que decreta a prisão de um cidadão, sem sentença penal condenatória transitada em julgado. Pondera Paulo Rangel (2013, p.815) que quando a decisão não é fundamentada, aplica-se a sanção da nulidade.

“São pressupostos da Prisão Preventiva, nos termos do art. 312 do CPPB, a prova da materialidade e os indícios de autoria, que unidos representam o *fumus comissi delicti*. A respeito do tema disserta Andrey Borges de Mendonça (2011, p. 230/231) no sentido somente poderá decretar prisão preventiva quando resta comprovado prova da existência do crime, bem como, indícios demonstrativos da autoria delitiva.

O art. 313 estabelece condições de admissibilidade da prisão preventiva originária ou autônoma, ou seja, aquela imposta independente do descumprimento de medida cautelar. Vejamos (art. 313, Incisos I, II e III, do CPPB): (I) nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (II) se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (III) se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

São fundamentos da Prisão Preventiva, nos termos do art. 312 do CPPB, a garantia da ordem pública, da ordem econômica ou da aplicação da lei penal, bem como a conveniência da instrução criminal. Parte da doutrina, assim como a Suprema Corte Federal vem rechaçando as prisões preventivas fundamentadas sobre a garantia da ordem pública, uma vez que esta expressão possui alta carga de abertura semântica. O Ministro Sepúlveda Pertence (Processo nº 84778) concedeu *habeas corpus* por entender que a prisão preventiva fundamentada na necessidade de satisfazer as ânsias populares é inconstitucional. Outro Ministro que decidiu no mesmo sentido fora Eros Grau (HC 85046), ao deferir *habeas corpus* afirmando que o clamor público e a repercussão social do delito, por si só, não são fundamentos idôneos para a manutenção da segregação cautelar.

Por fim, nos termos do art. 282, constatando-se que, em função do direito fundamental à liberdade e do princípio da presunção de inocência, a Prisão Preventiva, deve ser medida adotada em *ultima ratio*, após prévia análise da proporcionalidade da medida, ou seja, após a constatação de sua utilidade, necessidade e proporcionalidade estrito sensu. (Decisão Interlocutória prolatada em 23.03.2013, pela 1ª Vara Criminal, da Comarca de Salvador/Bahia)

Assim, a decisão que decretar a prisão do acusado e que não estiver devidamente fundamentada, torna-se nula, sendo o *Habeas Corpus* o instrumento legal adequado para reconhecer a nulidade da decisão.

Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LEI 11.343/06, ART. 44, CAPUT. VEDAÇÃO À LIBERDADE PROVISÓRIA. INCONSTITUCIONALIDADE (HC 104.339/SP, PLENÁRIO, MIN. GILMAR MENDES, DJE DE 06.12.2012). PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA DO

DELITO. FUNDAMENTO INSUBSISTENTE. PRECEDENTES. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no HC 104.339/SP (Min. Gilmar Mendes, DJe de 06.12.2012), em evolução jurisprudencial, declarou a inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória prevista no art. 44, caput, da Lei 11.343/06. Entendeu-se que (a) a mera inafiançabilidade do delito (CF, art. 5º, XLIII) não impede a concessão da liberdade provisória; (b) sua vedação apriorística é incompatível com os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, bem assim com o mandamento constitucional que exige a fundamentação para todo e qualquer tipo de prisão. 2. Ademais, a gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes não constitui fundamentação idônea para a decretação da custódia cautelar. Precedentes. 3. Ordem concedida. (HC 114092, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 12/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-057 DIVULG 25-03-2013 PUBLIC 26-03-2013)

Nota-se, através do julgamento do Supremo Tribunal Federal, que não apenas as decisões precisam ser fundamentadas, mas ainda suficientemente fundamentadas, nos termos do art. 312, do CPP (analisado nos próximos tópicos).

Até mesmo a decisão que julga um *Habeas Corpus* que visa a anular uma decisão que está devidamente fundamentada, deve se submeter ao princípio da fundamentação.

EMENTA Recurso ordinário em habeas corpus. Constitucional. Processual penal. Roubo qualificado. Prisão preventiva. Ausência de fundamentação e dos pressupostos autorizadores da medida previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Não ocorrência. Fundamentação idônea. Fuga do distrito da culpa. Precedentes. Garantia da aplicação da lei penal. Garantia da ordem pública. Risco concreto de reiteração criminosa. Precedentes. Recurso não provido. 1. A análise do ato decisório emanado do Juízo de Direito da Comarca de Itaetê/BA, que manteve a prisão cautelar do recorrente, autoriza a conclusão de que existem, na espécie, fundamentos suficientes para justificar a privação processual de sua liberdade, porque revestido da necessária cautelaridade, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, mormente se considerarmos que a sua fuga do distrito da culpa perdura por quase 4 (quatro) anos, pois a ordem de prisão preventiva data de 26/8/09. 2. Prisão cautelar que está amparada tanto na garantia da aplicação da lei penal, pois o recorrente fugiu do distrito da culpa, quanto na garantia da ordem pública, em razão de sua perniciosa concreta, atestada pelas circunstâncias negativas que permeiam sua vida pregressa. 3. A conjunção desses fatores é mais do que suficiente para derruir os argumentos de que o recorrente estaria sofrendo constrangimento ilegal decorrente da falta de fundamentação apta a justificar a necessidade da medida constritiva. 4. Nos termos do magistério jurisprudencial da Corte, o estado permanente de fuga aliado ao risco concreto de reiteração criminosa são motivos idôneos para a manutenção da prisão preventiva (HC nº 110.735/MG, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 11/12/12; HC nº 106.816/PE, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe

de 20/6/11). 5. Recurso ao qual se nega provimento. (RHC 113310, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 19/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 15-04-2013 PUBLIC 16-04-2013)

Segundo Aury Lopes (2011, a, p.19), o princípio da jurisdicionalidade é previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, bem como no inciso LXI: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária”.

Deste modo, a luz dos princípios da motivação e jurisdicionalidade, a prisão preventiva só poderá ser decretada pela autoridade judicial (magistrado) competente, mediante decisão escrita e devidamente fundamentada nos termos da Lei.

2.3.2 Contraditório

O contraditório é um dos princípios constitucionais processuais penais firmado no art. 5º, inciso LV, da Constituição Brasileira. Impõe ao julgador que as partes participem na formação do seu convencimento, através da participação processual.

Antes da reforma trazida pela Lei nº 12403/2011, este princípio não era compatível com o instituto das medidas cautelares. Relata Aury Lopes (p. 2011, a, p.20-21) que a doutrina não admitia o contraditório em sede de medida cautelar.

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

(art. 282, parágrafo 3º, do Código de Processo Penal)

O dispositivo legal acima relatado encampa o contraditório, possibilitando à outra parte de se manifestar em relação ao pedido de medida cautelar, influenciando no convencimento do magistrado.

Neste sentido, caminha Nestor Távora e Rosmar Alencar (2013, p.58), afirmando que a Lei nº 12403/2011 consagrou o contraditório como regra nas medidas de natureza cautelar. Entretanto, admite-se a mitigação deste princípio em face de urgências e/ou ineficácia da medida.

Por outro lado, Aury Lopes entende que a reforma não consolidou o contraditório no procedimento penal nos conformes constitucionais. O autor sinaliza que o princípio foi instituído timidamente, devendo ser dadas maiores garantias ao acusado (2011, a p.22).

Por fim, a não observância a esta garantia constitucional implicará nulidade sendo remediado por via do *habeas corpus*.

Habeas Corpus. 2. Recolhimento do paciente à prisão como requisito de admissibilidade de recurso. Ofensa aos princípios constitucionais da presunção de inocência, ampla defesa, contraditório e duplo grau de jurisdição. Constrangimento ilegal caracterizado. 3. Ordem concedida.

(HC 103986, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 08/02/2011, DJe-037 DIVULG 23-02-2011 PUBLIC 24-02-2011 EMENT VOL-02470-01 PP-00128 RT v. 100, n. 907, 2011, p. 409-417)

Nota-se que também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme deferimento do HC acima apresentado.

Deste modo, percebe-se que por mais que uma medida cautelar pessoal seja de caráter urgente (tanto no pedido de decretação, quanto na revogação), deverá respeitar o contraditório e a ampla defesa.

2.3.3 Provisionalidade e Provisoriedade

As medidas cautelares são adotadas para tutelar o procedimento penal, diante de uma situação fática.

Desse modo, desaparecidos os fundamentos ou requisitos de admissibilidade ou até provada a desnecessidade da medida, torna-se ilegal a custódia do acusado. Uma vez decretada, a prisão preventiva está adstrita aos fundamentos ali expostos. Se houver modificação superveniente das circunstâncias que a motivaram, a medida deve ser revogada se inexistente

justificativa para a custódia cautelar do acusado. Nesse sentido, confira-se o que dispõe o art. 282, § 5º, do CPP:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.
(art. 282, § 5º, CPP).

O princípio da provisoriedade está ligado ao tempo de duração da medida cautelar.

Luiz Antônio Câmara nomeia este princípio como princípio da precariedade, informando que as medidas cautelares não devem ultrapassar o limite da razoabilidade. Salieta, por oportuno, o seu caráter temporário sem perder de vista que o indivíduo é presumidamente inocente (2011, p.115).

Ademais, debruçando-se sobre o indigitado diploma legal processual penal, observa-se que o Legislador não fixou um prazo para determinar a duração máxima de uma medida cautelar pessoal.

Aury Lopes (2011, a, p.24-25) indigna-se com esta omissão, afirmando ser um problema histórico a indeterminação a acerca da duração razoável da prisão cautelar.

Assim, presume-se que medida cautelar deve durar desde que presente seus requisitos de admissibilidade e fundamentos previstos em lei.

Diante dessa omissão do Legislador em fixar um prazo temporal, a jurisprudência criou alguns critérios para tentar determinar a duração razoável da manutenção da medida cautelar pessoal.

Segundo o enunciado da Súmula n. 52, do STJ, “encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”. Verifica-se que a defesa só pode alegar excesso de prazo antes do encerramento da instrução criminal. Pecou, contudo, a Corte Superior ao deixar de incluir em seu enunciado as situações de extrema morosidade processual que eventualmente ocorram após o encerramento, tal qual a hipótese em que o magistrado não profira a sentença em prazo razoável. Aury Lopes, sobre o

tema, leciona que a súmula em questão é incompatível com o art. 5º, inciso LXXVIII, da CF88 (2011, a, p.26).

O Recurso em *Habeas Corpus* n. 20566-BA, endereçado ao STJ, cuja relatora era a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 12.06.2007, tratou da situação acima relatada:

“O Tribunal de Justiça, contudo, denegou a ordem utilizando-se dos seguintes argumentos:

‘Nas informações, a digna autoridade coatora noticia que já foram ouvidas as testemunhas arroladas pela Denúncia e Defesa, restando cumprir algumas diligências requeridas pelo Ministério Público e que ‘o processo está prestes a ser sentenciado’ (fl. 79).’

(...)

O recorrente encontra-se preso há quase 3 anos e meio sem uma resposta do Estado, ainda que sujeita a recurso. Requeridas novas diligências pelo Ministério Público em 08 de março de 2006, até a presente data não foram cumpridas.

(...)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para permitir ao recorrente que aguarde em liberdade o julgamento do processo, até o seu trânsito em julgado, diante da demora injustificada para a conclusão do processo, mediante o compromisso de comparecer a todos os atos do processo a que for chamado.”

Com a vigência da Súmula n. 52, do STJ, o acusado, após a instrução criminal, fica a mercê dos critérios subjetivos (princípios da razoabilidade e proporcionalidade) do julgador.

Já súmula n. 64, do STJ, também trata do assunto, fixando que “não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa”. Assim, caso a Defesa não respeite os prazos firmados pelo Código de Processo penal, ela não poderá alegar constrangimento ilegal por excesso de prazo da duração de medida cautelar pessoal.

Através do HC 107148, apreciado pelo Min. Marco Aurélio, verifica-se que o teor das Súmulas *retro* citadas ainda norteia o entendimento da jurisprudência pátria:

“O instituto do excesso de prazo da preventiva não fica sujeito a interrupção. É aferido levando-se em conta a data em que implementada a custódia e o encerramento do processo. PRISÃO PREVENTIVA – EXCESSO DE PRAZO. Uma vez configurado o excesso de prazo na formação da culpa, a prisão preventiva há de ser afastada.”

Para configurar excesso de prazo e, conseqüentemente, constrangimento ilegal, a mora processual deve ser causada pelo Poder Judiciário e antes do encerramento da instrução criminal.

A jurisprudência tem criado outros critérios (complexidade de determinados casos, número de réus, acusados em Comarcas diferentes etc.) capazes de legitimar a manutenção, por um longo período, das medidas cautelares pessoais. O STF encampa esses critérios no HC n. 115201, julgado em 01/09/2013, pelo Min. Luiz Fux:

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF, ART. 102, I, "D" E "I". ROL TAXATIVO. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA: PARADOXO. ORGANICIDADE DO DIREITO. CRIMES DE ESTUPRO E ROUBO COM EMPREGO DE ARMA PRATICADO CONTRA ADOLESCENTE. PRISÃO EM FLAGRANTE. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. EXCESSO DE PRAZO DA PRISÃO. INEXISTÊNCIA DE PRAZO RIGIDAMENTE IMPOSTO DE DURAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. NECESSIDADE DE EXAME À LUZ DA PROPORCIONALIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS EXTINTA POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 1. A instrução criminal deve submeter-se ao postulado da duração razoável e proporcional do processo, de modo a evitar a impunidade em casos de aguda complexidade. Precedentes: (HC 103.385, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 08/02/2011; HC 92.719, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 24/06/2008; HC 105.133, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 26/10/2010; HC 102.062, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 02/12/2010). 2. O excesso de prazo na instrução criminal não resulta de simples operação aritmética, uma vez que a complexidade do processo, retardamento injustificado, atos procrastinatórios da defesa e número de réus envolvidos são fatores que, analisados em conjunto ou separadamente, indicam ser, ou não, razoável o prazo para o encerramento da instrução criminal. 3. "É justificável eventual dilação no prazo para encerramento da instrução processual quando se trata de ação penal complexa e o excesso de prazo não decorra da inércia ou desídia do Poder Judiciário" (HC 102062, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 02/12/2010). 4. In casu, o paciente foi preso em flagrante e denunciado pela prática dos crimes de estupro e roubo circunstanciado com emprego de arma, pois teria surpreendido a vítima, de 13 anos de idade, quando esta caminhava para escola, e empunhando um canivete, que dizia ser uma arma de fogo, ameaçou-a e exigiu que ela adentrasse num matagal próximo, ordenando que retirasse o short, consumando, na sequência, a conjunção carnal. Satisfeito a torpe libido, mediante grave ameaça à vítima, o paciente teria ordenado que entregasse seu aparelho celular. 5. No caso sub examine, o Tribunal estadual destacou que "a instrução criminal vem se desenvolvendo dentro do limite da razoabilidade, acrescentando-se que o processo ainda não se encontra em fase de alegações finais em virtude das inúmeras remarcações de audiências, sendo a maioria delas causadas pelo

Paciente e diligência requerida pela própria defesa, como a realização de teste de DNA”. 6. “A custódia preventiva visando à garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, legitima-se quando presente a necessidade de acautelar-se o meio social ante a concreta possibilidade de reiteração criminosa e as evidências de que, em liberdade, o agente empreenderá esforços para escapar da aplicação da lei penal” (HC 109.723, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 27.06.12). No mesmo sentido: HC 106.816, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 20/06/2011; HC 104.608, Primeira Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 1º/09/2011; HC 106.702, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 27/05/2011. 7. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas “d” e “i”, da Constituição Federal, sendo certo que o paciente não está arrolada em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. Inexiste, no caso, excepcionalidade que justifique a concessão, ex officio, da ordem. 8. Ordem de habeas corpus extinta por inadequação da via eleita. (HC 115201, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 03/09/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 23-09-2013 PUBLIC 24-09-2013)

O julgado acima tem como fundamento outras decisões da Suprema Corte que afirmam que excesso de prazo não pode ser averiguado simplesmente pelo decorrer do tempo, devendo ser levado em consideração a complexidade do caso em particular, atos procrastinatórios, quantidade de réus etc., sendo justificável dilação no prazo para encerramento da instrução processual e, conseqüentemente, a manutenção da instrução criminal.

Nesse contexto, as medidas cautelares pessoais são regidas pelo princípio da provisoriedade ou precariedade e devem ter natureza temporária. Diante da omissão legislativa em fixar um prazo temporal para duração razoável da manutenção da medida cautelar, a jurisprudência criou critérios que deverão ser analisados diante do caso concreto, à luz da razoabilidade e proporcionalidade.

2.2.4 Excepcionalidade

A excepcionalidade da prisão preventiva decorre do princípio da presunção da inocência, homenageado no art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal brasileiro. O dispositivo legal *retro* citado determina que a prisão preventiva

seja decretada quando não for admissível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 282, §6º, do CPP).

Nesse contexto, lecionam Nestor Távora e Rosmar Alencar no sentido de que a prisão cautelar deve ser interpretada restritivamente, com o objetivo de harmonizá-lo com os preceitos constitucionais, sobretudo o art. 5º, inciso LVII, CF. Assim, a prisão preventiva deve ser encarada como medida de exceção, tendo em vista que se trata de um instrumento por demais gravoso a figura do acusado (2013, p.580).

Na mesma linha, posiciona-se Aury Lopes decretando que a reforma promovida pela Lei nº 12403/2011 deve ser o último instrumento de utilização na tutela do procedimento penal. Necessita-se, antes da decretação, de prévia análise sobre a adequação da prisão preventiva em face das demais medidas cautelares (2011, a, p.28).

Luiz Antonio Câmara trata do princípio em tela o denominando de princípio da subsidiariedade e ensina que, com fulcro nos arts. 282, §4º e §6º, 283, §1º, e 310, inciso II, todos do CPP, as medidas cautelares pessoais, sobretudo a prisão preventiva, devem ser instrumentos aplicados com *ultima ratio*, ou seja, quando não cabível a liberdade provisória e, no caso da prisão cautelar, quando as medidas cautelares diversas à prisão não se mostrarem adequadas para satisfazerem os fins cautelares (2011, p.115/116).

Percebe-se que o legislativo colocou a prisão preventiva como último instrumento a ser adotado, dando-lhe um caráter de extrema excepcionalidade, tendo em vista que a medida cautelar já possui uma natureza excepcional. Por isso a medida em tela é denominada de *ultima ratio*.

A regra seria, primeiramente, liberdade provisória, mesmo quando cabíveis medidas cautelares pessoais. Depois, em face da tutela processual, aparecem as medidas cautelares alternativas e, por fim, a utilização da prisão preventiva.

A Lei nº 12403/2011, evidencia ainda mais o caráter excepcional da prisão preventiva, nos ensinamentos de Guilherme Nucci as medidas cautelares são mecanismos que colocam a prisão preventiva como instrumento a ser evitado.

E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MERAMENTE DENEGATÓRIA DE LIMINAR EM SEDE DE OUTRA AÇÃO DE "HABEAS CORPUS" - INOCORRÊNCIA, NA

ESPÉCIE, DE SITUAÇÃO DE FLAGRANTE ILEGALIDADE OU DE EVIDENTE ABUSO DE PODER - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691/STF - PRISÃO PREVENTIVA - NECESSIDADE COMPROVADA DE SUA DECRETAÇÃO - DECISÃO FUNDAMENTADA - MOTIVAÇÃO IDÔNEA QUE ENCONTRA APOIO EM FATOS CONCRETOS - POSSÍVEL INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA - LEGALIDADE DA DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO CAUTELAR - "HABEAS CORPUS" NÃO CONHECIDO. DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR EM "HABEAS CORPUS" - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691/STF - INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DAS SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE JUSTIFIQUEM A SUPERAÇÃO DESSE OBSTÁCULO SUMULAR. - Revela-se processualmente inviável, em face do que se contém na Súmula 691/STF, a impetração de "habeas corpus" junto ao Supremo Tribunal Federal, quando o "writ" constitucional vem a ser deduzido contra mera denegação de liminar em sede de outra ação de "habeas corpus" ajuizada perante Tribunal Superior da União, ressalvadas, excepcionalmente, as hipóteses (inocorrentes na espécie) em que a decisão questionada divergir da jurisprudência predominante na Suprema Corte ou, então, veicular situação configuradora de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade. Precedentes. A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada ou mantida em situações de absoluta necessidade. - A questão da decretabilidade ou da manutenção da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Precedentes. DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO CAUTELAR DO PACIENTE. - Revela-se legítima a prisão cautelar se a decisão que a decreta, mesmo em grau recursal, encontra suporte idôneo em elementos concretos e reais que - além de se ajustarem aos fundamentos abstratos definidos em sede legal - demonstram que a permanência em liberdade do suposto autor do delito comprometerá a garantia da ordem pública e frustrará a aplicação da lei penal. PACIENTE QUE INTEGRARIA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA - SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. A jurisprudência desta Suprema Corte, em situações semelhantes à dos presentes autos, já se firmou no sentido de que se reveste de fundamentação idônea a prisão cautelar decretada contra possíveis integrantes de organizações criminosas. Precedentes. (HC 112250 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-058 DIVULG 20-03-2012 PUBLIC 21-03-2012)

Observa-se que a Suprema Corte encampa a tese trazida pelos autores.

O momento do exercício da apreciação da excepcionalidade da medida ocorre juntamente com a apreciação da adequação e a proporcionalidade.

Tais técnicas, de suma importância, são essenciais para evitar medidas gravosas em face do imputado, causando grandes e irreparáveis prejuízos.

Há autores, como Fábio Corrêa de Oliveira Souza, que incluem o critério da necessidade afirmando que a medida em tela não deve ultrapassar a finalidade a que se destina (2003, p.321).

Tais instrumentos, reunidos, se aplicados corretamente, efetivam o princípio da dignidade da pessoa humana.

Já em 1871, através da Lei nº 2033 de 20 de novembro, no art. 13, § 2º, bem como do Decreto nº 4.824 de novembro e art. 29, § 1º, a prisão preventiva tinha sua adoção restrita a casos excepcionais, quando verificada sua conveniência e necessidade, assim ensinou Plínio Barreto, Noé Azevedo, Gyges Prado e Philomeno da Costa (1941, p.3).

2.2.5 Proporcionalidade

Além de observar os princípios acima elencados, as medidas cautelares devem se submeter aos postulados da Proporcionalidade.

Segundo Renato Brasileiro, o princípio em tela não está expressamente previsto na Constituição da República, entretanto observa-se que ele decorre do princípio constitucional do devido processo legal (2011, p.25): “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CF, art. 5º, inciso LIV).

A respeito deste princípio, Denilson Feitosa Pacheco assinala que o princípio em tela foi desenvolvido para assegurar a aplicabilidade dos direitos fundamentais frente a uma possível intervenção às estas garantias (2007, p.9).

No âmbito da aplicação da medida cautelar pessoal, há de um lado o interesse em resguardar a persecução penal e do outro preservar o direito fundamental à liberdade individual.

Observa-se, deste modo, a importância da incidência do princípio da proporcionalidade sobre as medidas cautelares pessoal no processo penal, uma vez que se trata da restrição de um direito fundamental, a liberdade, diante de um provável ilícito penal, sem a presença de uma sentença penal condenatória transitada em julgado (esgotada a possibilidade de recurso).

Para Aury Lopes Jr., o princípio da proporcionalidade norteia a conduta do julgador no caso concreto, quando este deverá sopesar a gravidade e a finalidade da medida. Ainda segundo o autor, as medidas cautelares estão localizadas no ponto de maior tensão entre dois interesses totalmente divergentes: de um lado o direito fundamental individual à liberdade e de outro a eficácia na persecução penal, bem como da aplicação da Lei (2010, p.200/201).

Para Claus Roxin, em um Estado Democrático de Direito, a persecução penal deve respeitar a proteção à liberdade do indivíduo. O princípio da proporcionalidade restringirá a atuação Estatal perante o indivíduo. Assim, o limite da medida cautelar será a extrema necessidade (2000, p. 258).

Consoante doutrina nacional e estrangeira, o princípio da proporcionalidade é dividido em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

De acordo com Denilson Feitoza Pacheco, o subprincípio da adequação submete limites à medida que restringe os direitos fundamentais. Portanto, segundo o Autor, deve-se, inicialmente, observar qual a finalidade da medida interventiva e se ela é constitucional e, por fim, analisar o meio interventivo e o fim que se destina, para verificar se a medida é justificável (2007, p.152).

Neste ponto, Renato Brasileiro frisa que a mitigação a determinado direito fundamental só pode ser permitido se o meio utilizado se mostrar adequado à execução da finalidade desejada (2011, p. 30).

Aury Lopes Jr. trata da incidência deste subprincípio no instituto das medidas cautelares pessoal, afirmando que “a medida cautelar deve ser apta aos seus motivos e fins” (2011, a, p.32). O Autor ainda pondera que a medida adequada é aquela apta igualmente para sua finalidade e menos onerosa ao indivíduo. Por isso a prisão preventiva é adotada como *ultima ratio*, por ser a mais gravosa das medidas cautelares.

Na mesma linha, dispõe o art. 282, inciso II, do CPP: “as medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: II. Adequação da medida à gravidade do crime, circunstância do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”.

Assim, ignorando as discussões em torno das expressões “gravidade do crime”, “circunstância do fato” e “condições pessoais do indiciado ou acusado”, o juiz deverá adotar a medida mais adequada dentro da necessidade daquele caso concreto, ponderando entre os interesses em jogo – direito a liberdade individual e proteção ao procedimento penal.

Já o subprincípio da necessidade, segundo Denilson Pacheco, impõe que dentre todas as medidas possíveis para alcançar determinado fim, deve ser escolhida aquela que menos onera o direito fundamental afetado (2007, p.199).

Na mesma linha, trilha Fábio Corrêa Souza de Oliveira ensinando que a medida escolhida não pode se exceder para realização do objetivo que se destina (2003, p.321).

Segundo Gonzalez-Cuellar Serrano, o princípio da necessidade decorre do princípio da proibição de excesso que incide sobre os atos dos poderes públicos que limitam os direitos individuais dos cidadãos (1990, p.189).

Lenio Streck orienta que a medida cautelar que ultrapassar o limite de sua necessidade, trazendo conseqüências mais graves do que o resultado que se destina (tutela ao procedimento penal), perde o caráter cautelar e torna-se medida punitiva (2005, p180).

Sobre influência deste subprincípio, preceitua o art. 282, §6º, do Código de Processo Penal que “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”. No mesmo sentido do art. 283, §1º, do diploma legal acima mencionado: “As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena de liberdade”.

Com base no subprincípio da necessidade, o magistrado dentre várias opções que objetivam determinado fim, deve priorizar aquelas que produzem menos restrições à consagração de que se destina.

A proporcionalidade em sentido estrito ou *stricto sensu*, na definição de Bernal Punido, é aquele princípio em que sobrepesa a relação entre o direito fundamental interferido e o fim perseguido pela medida restritiva (fazer a citação).

Denilson Feitoza Pacheco assevera que o subprincípio em tela se estrutura em 3 etapas (p. 2007, p.211):

- “1. O primeiro consiste em determinar as magnitudes que devem ser ponderadas, isto é, a importância da intervenção no direito fundamental e a importância da realização perseguido pela intervenção legislativa.
2. O segundo consiste em comparar tais magnitudes, a fim de determinar se a importância da realização do fim perseguido pela intervenção legislativa é maior que a importância da intervenção no direito fundamental.
3. O terceiro é construir uma relação de precedência condicionada entre o direito fundamental e o fim legislativo, com base no resultado da comparação levada a cabo no segundo passo.”

Observa-se que o exercício da ponderação recai sobre o direito fundamental restringido, o resultado buscado pela medida interventiva e a relação entre os dois. Os bens em jogo são analisados pelo magistrado através da técnica da ponderação.

Canotilho salienta para a importância deste subprincípio e da ponderação, afirmando que “uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adote cargas de direitos, liberdades e garantias desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionais em relação aos resultados obtidos” (1989, p. 488).

As medidas cautelares pessoais, à luz da proporcionalidade em sentido estrito, nos ensinamento de Aury Lopes, ao serem adotadas deverão se atentar para o fato de que cerceará a liberdade (seja em menor escala, medidas cautelares do art. 319, ou em maior grau, prisão preventiva) de um cidadão que, constitucionalmente, é presumidamente inocente, com a finalidade de tutelar o procedimento penal (2011, a, p.34).

Diante do advento das medidas cautelares pessoais previstas no art. 319, do CPP, o juiz deverá, à luz do princípio da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito-, escolher, através da técnica da ponderação (princípio da presunção da inocência vs tutela ao processo penal), a medida mais adequada e que não exceda sua necessidade, diante do caso concreto. Deste modo, em regra, a preferência será pela liberdade provisória, medidas cautelares diversas à prisão e reservando a custódia cautelar como último mecanismo do sistema.

3 DA PRISÃO PREVENTIVA

O termo prisão é definido por Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (2004, p. 1632) como: “1. Ato ou efeito de prender; capturar. 2. V. cadeia. 3. Recinto fechado; clausura. 4 corda que se prende. 5, Vínculo, peia, laço. 6. Dificuldade nos movimentos e/ou atos naturais.”

A partir do conceito trazido por Aurélio Buarque de Holanda, observa-se que a prisão assume um papel de privação legal da liberdade de outrem, podendo ser tanto de formal total quanto parcial.

Analisando o ordenamento jurídico processual penal brasileiro, nota-se a existência de uma série de modalidades de prisão.

Neste sentido, José Herval Sampaio Júnior e Pedro Rodrigues Caldas Neto lecionam que a prisão penal poderá assumir duas feições: acautelatória, prisão sem pena, e sancionatória, caráter punitivo, após o devido processo legal (2007, p.70).

Para Tourinho Filho a prisão decorrente de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, após a instrução processual penal e esgotada todas as vias recursais, é imposta àquele considerado culpado pela autoria de uma infração penal, cuja finalidade é retribuir a conduta praticada pelo agente, bem como resguardar a ordem jurídica violada (1999, p.374).

Esta modalidade de prisão não é o enfoque do presente trabalho.

Por outro lado, conforme exposto no capítulo anterior, a prisão preventiva, medida cautelar pessoal, é aquela em que priva o sujeito do gozo da liberdade individual sem que haja sentença penal condenatória transitada em julgado (esgotada as possibilidades de recurso).

Segundo Guilherme de Souza Nucci, esta medida cautelar constringe a liberdade do indivíduo, por razões de extrema necessidade, dentro dos preceitos estabelecidos em lei (2013, p.664).

Nos termos de Andrey Borges de Mendonça, a prisão processual é a medida cautelar pessoal mais comum no ordenamento jurídico brasileiro, cujo objetivo

é proteger os valores ligados à persecução penal (exercida pelo Estado, através de seus agentes), bem como os valores da sociedade (2011, p.223).

Através do conceito trazido por Andrey Borges de Mendonça, observa-se duas facetas da prisão preventiva: a primeira seria o caráter instrumental, de proteção à persecução penal (regular rito processual), enquanto a segunda seria a tutela dos valores sociais, como segurança da coletividade, anseios populares, credibilidade das instituições públicas etc.

Percebe-se que a segunda faceta da prisão preventiva, segundo o autor, não se trata de tutela ao processo penal, tendo uma característica sociológica, que ele denomina de *metaprocessual* (2011, p.223).

Para Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, a prisão preventiva é a mais eficiente medida cautelar durante o inquérito policial ou na fase processual, sendo, inclusive, amparada pela Constituição da República, nos termos do art. 5º, inciso LXI (2013, p.579).

Paulo Rangel narra que a prisão preventiva é uma das modalidades de prisão cautelar de natureza processual, sendo unicamente decretada pelo juiz quando presente os fundamentos legais (2013, p.790).

Também aborda o assunto, Marcellus Polastri Lima, que considera a prisão preventiva como a mais comum entre as prisões cautelares dentro do processo penal pátrio, salientando sua exclusiva natureza jurídica, qual seja: acautelatória (2012, p.649).

Ante dos conceitos apresentados, verifica-se que a prisão preventiva tem como única finalidade a tutela ao processo, evidenciando seu caráter instrumental. A custódia cautelar visa assegurar o regular rito processual que pode ser obstruído ou retardado por uma série de fatores. Trata-se de um mecanismo, previsto constitucionalmente, em que se busca efetivar a atividade jurisdicional.

Salienta-se que, no que pese ser a forma mais comum de prisão cautelar, a prisão preventiva é uma medida de caráter excepcional. A liberdade provisória é a regra, sendo cabível a prisão preventiva somente quando não for possível a aplicação das medidas cautelares diversas à prisão (art. 282, § 6º, do CPP).

Assim, afastando o caráter sociológico trazido por Andrey Borges de Mendonça, conceitua-se prisão preventiva como a modalidade mais comum de prisão cautelar, de natureza meramente processual, podendo ser decretada pelo juiz, fundamentadamente, tanto na fase investigativa quanto na judicial (art. 311, do CPP), desde que presente os requisitos de admissibilidade e fundamentos firmados pela lei, quando não cabível as medidas cautelares alternativas à prisão.

Através da interpretação do art. 311, do CPP, percebe-se que a prisão preventiva poderá ser decretada na fase extrajudicial ou judicial. Na primeira fase, o juiz competente só adotará a custódia cautelar se houver requerimento da Autoridade Policial, do membro do Ministério Público, do querelante ou do assistente. Já na segunda fase, no curso da ação penal, o julgador, de ofício, poderá aplicar a medida odiosa.

Para Aury Lopes (2011, a, p. 70/71) e Guilherme Nucci (2005, p.545), a possibilidade da decretação da prisão preventiva, *ex officio*, sem nenhuma provocação, no curso da ação penal, é uma das amostras de que não há a imparcialidade do julgador no processo penal brasileiro. É notório que nesta situação a imparcialidade é comprometida, diante de um juiz-instrutor. Neste ponto (há outros espalhados pelo CPP), nota-se o caráter inquisitorial do sistema processual penal. Quando este deveria ser um sistema acusatório, inerente ao Estado de Direito Democrático.

3.1 DOS PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA

Conforme já explicado no início deste trabalho, alguns doutrinadores importam diretamente os requisitos da tutela cautelar no processo civil para aplicar no processo penal. Autores como Piero Calamandrei adotam as expressões *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e *periculum in mora* (perigo da demora) como requisitos da prisão preventiva.

Sem dúvida, as expressões utilizadas no âmbito do processo penal são impróprias e inconsistentes, tanto juridicamente quanto semanticamente. Se o entendimento do *fumus boni iuris* é a fumaça do bom direito, não pode ela ser

adotada como requisito de medida que restrinja a liberdade de outrem. O mesmo se aplica ao *periculum in mora*, o perigo da demora dos tramites processuais não é requisito para a medida cautelar pessoal do processo penal.

Aury Lopes, contrário aos ensinamentos de Piero Calamandrei, afirma que a existência do delito é justamente a negação (o contrário) da “fumaça do bom direito” – *fumus buni iuris* – e que o risco no processo penal (no âmbito das medidas cautelares pessoais) não é o atraso inerente ao tramite processual e sim a situação de perigo criada pelo acusado em liberdade (risco de fuga, atrasar a instrução criminal, destruir provas etc.) (2011, a, p. 14/15).

Assim, nos termos da redação final do art. 312, do CPP, para a decretação da prisão processual deve restar comprovado a materialidade do delito, bem como indícios de autoria. Deste modo, a doutrina moderna, composta por Aury Lopes, Renato Marcão, dentre outros, optam por adaptar os pressupostos civilistas à realidade processual penal, encontrando a expressões *fumus commissi delicto* e *periculum libertatis*. Esta última expressão será tratada no capítulo referente aos fundamentos da prisão preventiva.

O *fumus commissi delicto* é a prova inequívoca da materialidade do delito, assim como indícios suficientes de autoria. Quanto à materialidade do delito, observa-se que este pressuposto se distânciava do regime geral das medidas cautelares de ter cognição não exauriente.

Andrey Borges explica que a cognição exauriente quanto à materialidade do delito, deve-se ao fato de submeter um cidadão presumidamente inocente ao cárcere, sem que houvesse ao menos prova da ocorrência do delito (2011, p. 230/231). Luiz Antonio Câmara reafirma o entendimento de Andrey Borges, mencionando que a mera suspeita da ocorrência do tipo penal não autoriza a aplicação da medida preventiva (2011, p.127).

Verifica-se a ocorrência do delito através dos sinais externos, através dos vestígios ou por meio de outras provas.

Aury Lopes entende que o *fumus commissi delicti* seria (2011, a, p.72/73):

“O *fumus commissi delicti* exige a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapassionado, permita deduzir com maior ou menor veemência a

comissão de um delito, cuja realização e conseqüências apresentam como maior responsável um sujeito concreto”

No mesmo caminho, trilha Carnelutti fazendo uma comparação entre a o recebimento da Denúncia, a sentença penal condenatória e a decisão de decretação da prisão preventiva. Para o primeiro, basta o juízo de possibilidade, ou seja, mera existência probabilidade do alegado. Já para o segundo, deve-se chegar há um alto grau de probabilidade. Enquanto o último, deve-se verificar a probabilidade dos requisitos positivos da existência do delito (1950, p. 180).

Enquanto Andrey Borges e Luiz Antonio Câmara trabalham com o juízo de certeza da existência do delito (letra fria da lei, redação final do art. 312), Aury Lopes e Carnelutti afirma que através do juízo de probabilidade (verossimilhança) dos requisitos positivos do delito.

Os requisitos positivos do delito é definido por Aury Lopes como a “prova de que a conduta é aparentemente típica, ilícita e culpável” (2011, a, p.74).

Completando Aury Lopes, Pacelli informa que o juiz além de verificar a aparência do delito, deverá analisar se o indivíduo praticou a conduta em estado de necessidade, legítima defesa ou outros excludentes de ilicitude, previsto pelo Código Penal, para poder decretar a prisão preventiva (2011, p.553).

No mesmo trilho, Cirilo de Vargas leciona que o magistrado ao apreciar o requerimento de prisão preventiva deve considerar os elementos da tipicidade, ilicitude e da culpabilidade. Para o autor “não haverá prisão preventiva sem a prova desses três elementos: bastaria, no entanto, que o juiz se conhecesse da inexistência do dolo, para não decretá-la” (1992, p.120).

O crime culposos não será passível de prisão preventiva, nos termos do art. 313, inciso I, do CPP. Este ponto será analisado profundamente no capítulo referente aas condições de admissibilidade da prisão preventiva.

Sem dúvida, a análise dos elementos subjetivos é de fundamental importância para decretação da custódia preventiva, tendo em vista que atipicidade não configura crime e sem delito não há o pressuposto da medida cautelar.

Sobre o outro aspecto do *fumus commissi delicti*, encontra-se o indício suficiente de autoria.

Para Andrey Borges, o “indício suficiente” é uma cognição mínima, não exauriente, ou seja, basta a mera probabilidade de que o agente praticou aquela conduta atípica, ilícita e culpável. O indício, presente no texto de lei do art. 312, do CPP, trata-se de uma prova leve (2011, p. 230/231).

De fato há certa dificuldade em conceituar “indício suficiente de autoria”. Inocêncio Borges da Rosa conceitua a expressão, definindo que “os indícios devem ser suficientes para tranquilizar a cabeça do juiz” (1942, p.281/282).

Neste sentido é o entendimento do Min. Sepúlveda Pertence nos seguintes julgamentos na Suprema Corte:

EMENTA: I. Habeas corpus: cabimento para verificar a suficiência e a idoneidade da fundamentação de decisão judicial. II. Pronúncia: motivação suficiente: C.Pr.Penal,art. 408. 1. Conforme a jurisprudência do STF "ofende a garantia constitucional do contraditório fundar-se a condenação exclusivamente em testemunhos prestados no inquérito policial, sob o pretexto de não se haver provado, em juízo, que tivessem sido obtidos mediante coação" (RE 287658, 1ª T, 16.9.03, Pertence, DJ 10.3.03). 2.O caso, porém, é de pronúncia, para a qual contenta-se o art. 408 C.Pr.Penal com a existência do crime "e de indícios de que o réu seja o seu autor". 3.Aí - segundo o entendimento sedimentado -indícios de autoria não têm o sentido de prova indiciária - que pode bastar à condenação - mas, sim, de elementos bastantes a fundar suspeita contra o denunciado. 4.Para esse fim de suportar a pronúncia - decisão de efeitos meramente processuais -, o testemunho no inquérito desmentido em juízo pode ser suficiente, sobretudo se a retratação é expressamente vinculada à acusação de tortura sofrida pelo declarante e não se ofereceu sequer traço de plausibilidade da alegação: aí, a reinquirição da testemunha no plenário do Júri e outras provas que ali se produzam podem ser relevantes. (HC 83542, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 09/03/2004, DJ 26-03-2004 PP-00009 EMENT VOL-02145-02 PP-00352)

EMENTA: I. Prisão preventiva: "indício de autoria": inteligência. O habeas corpus contra a prisão preventiva não comporta em linha de princípio, sopesamento do valor probante de elementos informativos contrapostos, mas a verificação da existência, contra o réu ou o indiciado, de "indício de autoria", locução na qual "indício" não tem o sentido específico de prova indireta - e eventualmente conclusivo - que lhe dá a lei (C.Pr.Pen., art. 239), mas, sim, apenas, o de indicação, começo de prova ou prova incompleta: existente um indício, só a contraprova inequívoca ou a própria e gritante inidoneidade dele podem elidir a legitimidade da prisão preventiva que nele se funda. II. Prisão preventiva: fundamentação cautelar necessária. Medida cautelar, a prisão preventiva só se admite na medida em que necessária para resguardar a lisura da instrução do processo, a aplicação da lei penal, na eventualidade da condenação

e, em termos, a ordem pública; e a aferição, em cada caso, da necessidade da prisão preventiva há de partir de fatos concretos, não de temores ou suposições abstratas. Inidoneidade, no caso, da motivação da necessidade da prisão preventiva, que, despida de qualquer base empírica e concreta, busca amparar-se em juízos subjetivos de valor acerca do poder de intimidação de um dos acusados e menções difusas a antecedentes de violência, que nenhum deles se identifica. (RHC 83179, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/2003, DJ 22-08-2003 PP-00022 EMENT VOL-02120-35 PP-07299)

O Ministro Celso de Mello, ao julgar o HC n. 93.883, em 26.8.2008, afirmou que para a decretação da prisão preventiva é necessário que se tenha uma “base empírica idônea”.

Nota-se que a mera suspeita não satisfaz o pressuposto da prisão preventiva. Assim informa Luiz Antonio Câmara de que a suspeita que recai sobre um indivíduo ou aquele outro não preenche o pressuposto do cárcere processual (2011, p.128).

De outro giro, não se exige a comprovação absoluta de que o crime tenha sido praticado pelo indivíduo alvo da prisão processual. Pois só será possível vislumbrar a prova absoluta de autoria, após findado a instrução criminal, no momento em que o magistrado irá prolatar a sentença penal condenatória, até lá este indivíduo será presumidamente inocente.

A expressão “indício suficiente” seria o meio termo entre os dois parágrafos anteriores. Borges da Rosa frisa que o CPP, ao utilizar o termo “suficiente”, quer que as provas convençam o julgador de que aquele indivíduo foi o autor do delito, embora não se tenha certeza disso (1982, p. 420/421). Saliencia o autor que a autoria seja suficientemente comprovada, que o acusado tenha dificuldade de se defender do alegado.

Neste ponto, vale pena ressaltar que a dificuldade em conceituar, impor limites e criar critérios objetivos ao termo “indício suficiente”, prejudica a defesa do acusado, mitigando o contraditório e a ampla defesa.

Por todo o exposto, verifica-se que a redação final do art. 312, do CPP, adota como pressuposto da prisão preventiva o *fumus commisi delicti* que seria a aparência da ocorrência do crime (analisando a teoria do delito: fato típico, ilícito e culpável), bem como indícios suficientes de autoria.

3.2 DAS CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE DA PRISÃO CAUTELAR

As condições de admissibilidade são as hipóteses de cabimento da prisão preventiva. Vale salientar, embora já dito neste trabalho, que estas condições também são requisitos para aplicação de outras medidas cautelares pessoais, como as medidas cautelares alternativas à prisão, elencadas no art. 319, do CPP.

As condições de admissibilidade são os crimes passíveis de decretação de prisão preventiva, previstos no art. 313, do CPP.

Assim, nos termos do dispositivo legal acima mencionado, caberá prisão preventiva:

“I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;
III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;
IV -
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.”

A regra imposta pelo inciso I, do dispositivo legal acima relacionado, é a regra geral que norteado a admissibilidade do cabimento da prisão preventiva. Enquanto os incisos seguintes têm caráter excepcional.

Salienta-se que as hipóteses de cabimento da prisão preventiva não são cumulativas, ou seja, resta comprovado a configuração de um dos incisos do art. 313, do CPP, para a situação ser passível de decretação de custódia preventiva.

Por fim, segundo o art. 312, parágrafo único, c/c o art. 282, § 4º, ambos do CPP, também será passível de decretação de custódia preventiva os casos de

descumprimento injustificável das obrigações impostas por outras medidas cautelares.

3.2.1 Nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos

Da simples leitura do art. 313, I, do CPP, “nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos”, conclui-se que não cabe prisão preventiva para os crimes culposos, assim como, nos casos dos delitos dolosos só será admitido custódia preventiva para os puníveis com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quadro) anos.

Neste inciso, busca-se efetivar o princípio da proporcionalidade, levando em consideração os artigos do Código Penal que tratam da aplicação da pena.

Através de uma interpretação literal, chega-se a conclusão de que não é possível a aplicação de prisão preventiva nos casos de contravenção penal, uma vez que o dispositivo legal em tela utiliza o termo “crimes”, afastando a aplicação da medida odiosa nas contravenções e atos infracionais.

Neste sentido, Andrey Borges de Mendonça ensina que “desde logo, afasta-se o cabimento da prisão preventiva em caso de contravenções, pois a lei fez expressa menção ao crime, afastando, por consequência, aquelas” (2011, p.236).

Além do motivo supra, analisando a Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei n. 3688/1941), sobretudo os dispositivos legais que tratam da pena a ser cumprida, observa-se que o instituto da contravenção é incompatível com a prisão preventiva. O art. 6º, parágrafo primeiro, da Lei das Contravenções, determina que a pena imposta ao agente que comete contravenção penal é a pena de prisão simples que deve ser cumprida em regime semi-aberto ou aberto, e que o condenado fica separado daqueles que cumprem pena pela prática de crime.

Assim, nota-se que não seria razoável submeter o indivíduo a prisão preventiva, durante a investigação ou instrução penal, quando o crime apurado prevê como pena o regime semi-aberto ou aberto.

Ademais, nota-se que a intenção no Legislador é evitar o contato direto do contraventor (que em tese praticou uma conduta menos gravosa) com o criminoso (sem preconceitos, aquele que praticou uma conduta mais gravosa), ao dispor que o primeiro ficará separa do segundo.

Desta forma, verifica-se que o individuo que praticou contravenção penal não poderá ter em seu desfavor mandado de prisão preventiva referente à contravenção.

A impossibilidade de aplicação da prisão preventiva para os delitos culposos, independente da pena, encontra guarida no art. 44, inciso I, do CP:

“As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo”

Andrey Borges de Mendonça afirma que a regra do crime culposos não ser passível de decretação de prisão preventiva é uma opção do Legislador, tendo em vista que para estes crimes não há limite de pena para substituição da pena privativa de liberdade por aplicação de pena restritiva de direitos.

Assim, em tese, os crimes culposos, ao fim do processo, terão suas penas privativas de liberdade substituídas por restritivas de direito, sendo dessa forma injustificável a prisão preventiva para esta modalidade de delitos.

A escolha do Legislador pela pena máxima ser superior a 04 (quatro) anos, nos crimes dolosos, guarda relação com as regras de aplicação da pena constantes no CP.

Dessa regra urge alguns questionamentos.

A primeira delas é quanto ao crime doloso com pena igual a 04 (quatro) anos. Aury Lopes rebate a tal questionamento da seguinte forma (2011, a, p. 81): “nossa posição aqui é pela estrita legalidade e vedação de interpretação extensiva no que tange as medidas restritivas de direitos fundamentais: só cabe prisão preventiva quando a pena máxima cominada for superior a 4 anos”. Ou seja, para o autor citado, os crime cuja pena máxima seja igual a 4 (quatro) anos não são suscetíveis de decretação de prisão preventiva.

Da mesma forma pensa Andrey Borges de Mendonça, fixando que a pena máxima para o crime, cominada em abstrato, deve ser superior a quatro anos (2011, p. 237).

Superada a primeira discussão, surge outra problemática: quanto ao concurso de crime.

O artigo que trata do concurso material é o art. 69, do CP: “quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido.”.

Já o art. 70, do CP, define o concurso formal:

“Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.”

Enquanto o art. 71, do mesmo dispositivo legal supra citado, conceitua o crime continuado:

Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços

Para Aury Lopes nos crimes de concurso material, somam-se as penas, enquanto os crimes tratados pelo artigo 70 e 71, ambos do CP, aplicam-se a causa de aumento no máximo e a de diminuição no mínimo.

Nos casos acima referidos, se a pena máxima em abstrato for privativa de liberdade superior a 4 anos, a condição de admissibilidade do inciso I restará presente.

O terceiro questionamento é quanto a possibilidade da aplicação da prisão preventiva para os delitos cuja pena, em abstrato, seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, quando o imputado tem contra si imposição de medida cautelar diversa à prisão em seu desfavor e a descumpre.

Segundo Aury Lopes, a medida diversa à prisão (art. 319 e seus incisos) será adotada quando cabível a prisão preventiva (presente o *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*), e o magistrado, através da técnica da ponderação, verificar que aquela (medida menos onerosa e gravosa) atende a necessidade de tutelar a situação no caso concreto. De acordo com o autor, a condição de admissibilidade (art. 313), refere-se apenas à prisão preventiva, deste modo, o crime cuja pena máxima é igual ou inferior a 4 anos será suscetível de medida cautelar diversa à prisão (2011, a, p. 125).

Guilherme Nucci trás um importante questionamento: “pode-se decretar a preventiva para qualquer delito, desde que haja o descumprimento das obrigações impostas, por medidas cautelares alternativas, nos termos do art. 282, §4º, do CPP?” (2011, p. 69).

Nucci reflete o questionamento apresentando duas interpretações: a primeira seria a aplicabilidade da prisão preventiva somente para as situações dos crimes dolosos, com pena abstrato superior a 4 (quatro) anos, reincidência em delito doloso ou violência doméstica e familiar; enquanto a segunda possibilidade seria a aplicação da prisão preventiva para os casos acima referidos, além do descumprimento das medidas cautelares diversas à prisão impostas pelo magistrado. Nesta ultima hipótese, seria válida a prisão preventiva para qualquer tipo de crime (2011, p. 69).

O autor defende a segunda opção, ponderando que apesar da medida cautelar alternativa ter caráter subsidiário à prisão preventiva, representando uma possibilidade de esvaziamento de cadeias, elas devem ter credibilidade, e a sanção para o seu descumprimento é o cárcere (2011, p. 69).

Neste trilho caminha Aury Lopes. Entretanto, o referido autor levanta uma questão polemica e preocupante: a possibilidade do uso indevido e da banalização da medida cautelar alternativa (2011, p. 126).

Vale sempre a pena lembrar, o contexto histórico do ressurgimento do PL 4208/2001, com a finalidade de amenizar a superlotação do sistema carcerário brasileiro. Assim, a medida cautelar alternativa, que rompe com o antigo modelo binário, não deve ser utilizada para aquelas situações que seriam passíveis de liberdade provisória (aumentando os tentáculos do Estado na

esfera da liberdade individual de seus cidadãos), mas sim para a situação que seria permitida a prisão preventiva, esvaziando as cadeias pelo país.

Aury Lopes faz uma sistemática interessante a respeito desses questionamentos (2011, a, p. 126):

“nos crimes dolosos cuja pena máxima é superior a 4 anos e exista *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, poderão ser utilizadas as medidas cautelares diversas ou, se inadequadas e insuficientes, a prisão preventiva;

Nos crimes dolosos cuja pena máxima é igual ou inferior a 4 anos e exista *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, somente poderá haver decretação de medida cautelar diversa;

Nos crimes dolosos cuja pena máxima é igual ou inferior a 4 anos, em que exista *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, e exista uma das situações dos incisos II ou III do art. 313, poderá ser decretada medida cautelar diversa ou, excepcionalmente, a prisão preventiva.”

Por fim, deve-se afastar a possibilidade da medida cautelar para os crimes culposos, afastando uma eventual prisão preventiva (por descumprimento daquelas) para esta modalidade de delito.

3.2.2 Reincidência em delito doloso

O art. 313, II, do CPP, autoriza a possibilidade de decretação da prisão preventiva se o acusado tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressaltando o disposto no art. 64, I, do CP.

Conforme explicado no tópico anterior, a regra para a hipótese de cabimento da prisão preventiva é aquela constante no art. 313, I (delitos dolosos com pena máxima superior a quatro anos).

A previsão do art. 313, II, é uma exceção, ou seja, o acusado reincidente em crime doloso pode ter contra si prisão preventiva, mesmo diante de um delito que cuja pena máxima seja inferior ou igual a quatro anos.

Andrey Borges ensina que este inciso trata de “uma exceção baseada em uma circunstância subjetiva do agente”, a reincidência. Para o autor, o Legislador tenta tutelar a sociedade daquele indivíduo que comete delitos de pequena ou média gravidade (2011, p. 244).

Vale lembrar que neste texto, já foi dito que as medidas cautelares penais não têm como fim a tutela da sociedade, mas sim do procedimento penal. Aquela deve ser resguardada através de políticas públicas promovidas pelo Estado.

O inciso II, do art. 313 está diretamente ligado ao art. 44, inciso II, do CP, que dispõe a respeito da impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Assim, o reincidente além de sofrer, ao longo da instrução criminal, com a possibilidade da prisão preventiva, sofrerá no momento do cumprimento da pena.

Aury Lopes crítica o inciso em tela, que não teve sua redação alterada pela Lei 12403/2011, entende ser “flagrante *bis in idem*” (2011, a, p. 83), ainda sobre o assunto da reincidência, afirma o autor que o instituto tem sua constitucionalidade questionada, não sendo, por si só, motivo que justifique a prisão preventiva.

No mesmo trilho, Luiz Antônio Câmara examina o dispositivo legal com tristeza, fixa que viola diretamente o princípio da proporcionalidade, tendo em vista que a prisão preventiva só deve ser adotada diante de delitos de natureza grave. Este inciso permite uma massificação das prisões preventivas (2011, p. 148).

Ante o exposto, verifica-se que, no que pese as críticas, o inciso II, do art. 313, do CPP, dispõe que será possível a aplicação da prisão preventiva quando o agente for reincidente em crime doloso. Esta redação possibilita a decretação de prisão cautelar para os crimes leves, violando o princípio da proporcionalidade, além de possibilitar a massificação das prisões processuais.

3.2.3 Se o crime envolver violência doméstica e familiar

Dispõe o inciso III, art. 313, do CPP que: “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”.

Este dispositivo tenta tutelar a integridade familiar, usando da prisão preventiva para dar eficácia à medida protetivas.

A proteção é dada àquele que possui algum tipo de vulnerabilidade (mulher, criança, idoso, enfermo etc.).

A Lei n. 8069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), assim como Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) trazem em seus respectivos artigos com as medidas protetivas, que são medidas cautelares pessoais específicas.

Assim, percebe-se que o inciso em questão não foge a regra, descumprida ou se mostrando ineficiente a medida protetiva poderá ser substituída pela prisão preventiva.

Uma das críticas ao texto desta norma é o fato do legislador se omitir quanto ao crime doloso ou culposo. Da simples leitura, verifica-se que a prisão preventiva, neste caso, pode ser aplicada para os delitos culposos.

Renato Brasileiro trata desta polêmica, se posicionando da seguinte forma (2011, p. 257/258):

“À primeira vista, pode-se pensar que, nessa hipótese, a prisão preventiva seria cabível tanto em relação a crimes dolosos tanto em face de crimes culposos, já que o inc. III do art. 313, diversamente dos incs. anteriores, não estabelece qualquer distinção, referindo-se apenas à prática de *crime*. Não obstante, se o inc. III do art. 313 pressupõe a prática de crime envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, é evidente que referido crime só pode ter sido praticado dolosamente. Afinal, se se trata do violência de gênero, deve ficar evidenciada a consciência e a vontade do agente de atingir uma das vítimas vulneráveis ali enumeradas, assim como sua intenção dolosa de violar as medidas protetivas de urgência, o que não resta caracterizado nas hipóteses de crime culposos.”

A interpretação do autor guia ao óbvio e lugar que o Legislador deveria ter levado, fixando que só é possível a prisão preventiva para os delitos dolosos. Esta é a interpretação em conformidade com o CPP e a Carta Magna.

Aury Lopes alerta para a dificuldade na definição de violência doméstica e familiar contra a mulher, presente no art. 7º, da Lei n. 11340. Afirmando, ainda, que da simples leitura poderá concluir que “qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria” seria passível de prisão preventiva.

Este inciso deve ser lido em conjunto com todo o CPP, sobretudo os demais artigos que tratam da prisão preventiva, desta forma, o descumprimento da medida protetiva, por si só, não implica na possibilidade do juiz aplicar a prisão preventiva. O magistrado deve analisar se restam presentes todos os requisitos que autorizam a prisão preventiva, assim como, verificar se as medidas cautelares diversas à prisão (sejam elas presentes no CPP ou nas Leis) são mais adequadas para tutelar o fim acautelado, através da proporcionalidade.

3.2.4 dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la

A última hipótese de condição de admissibilidade de prisão preventiva é prevista no inciso III, art. 313: “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”.

Renato Brasileiro afirma que o Estado no exercício da persecução penal necessita da qualificação (nome completo, filiação, endereço, idade, estado civil, data de nascimento etc.) (2011, p. 261).

Neste sentido, dispõe o art. 41, do CPP, que trata da denúncia:

“A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.”

Observa-se que para o oferecimento da denúncia a acusação precisa de dados pessoais do acusado ou ao menos informações capazes de identificá-lo. A denúncia ou queixa são as peças iniciais do processo penal e a partir do recebimento delas, o acusado é citado. No mandado de citação, de acordo com o art. 352, incisos III e IV, também deverá conter algumas informações pessoais do réu como: “nome do réu” ou “sinais característicos” e “residência do réu”, para que o oficial de justiça consiga promover a citação pessoal do acusado.

A intenção do Legislador é tutelar o procedimento penal, identificando o réu.

Sabidamente, Luiz Antônio Câmara expõe a respeito do tema (2011, p. 150):

“Num momento histórico em que se mostram bastante aperfeiçoados os meios tecnológicos para que se reconheçam os indivíduos é descabido que alguém seja preso preventivamente somente em razão de que não pode ser identificado. Só terá lugar a prisão preventiva se, presente os pressupostos probatórios, houver indicação robusta de que o suspeito atenderá contra a prova ou que fugirá. Atente-se para o fato de que o princípio da não auto-incriminação garante ao investigado ou ao acusado que ele não tenha obrigação de se identificar, não podendo a negativa ser utilizada como supedâneo para imposição da cautela pessoal sob o argumento de que estará ele atuando contra instrução criminal ou contra investigação policial.”

Para exemplificar o supra exposto, Aury Lopes lista uma série de delitos que, excepcionalmente, poderiam ser passíveis de prisão preventiva, nos termos do parágrafo único, do art. 313. Veja-se: quando o indivíduo fosse preso em flagrante delito por crime onde há dúvida fundada sobre sua identidade civil (estelionato, falsidade documento público ou privado, falsidade ideológica etc.) (2011, a, p. 86). Neste particular, poder-se-ia decretar a prisão preventiva com o intuito de esclarecer quais os dados verdadeiros do flagranteado.

Andrey Borges de Mendonça (2011, p. 250/251) suscita outro exemplo, a hipótese em que o morador de rua é preso em flagrante e se recusa a se identificar.

Assim, não basta a simples “não identificação” do réu, faz-se necessário provar nos autos que o acusado tem a intenção de atrapalhar ou retardar o tramite processual.

Renata Brasileiro expõe que esta prisão preventiva só poderá ser utilizada quando esgotada todas as diligências policiais com o objetivo de identificar o indiciado.

Por isso a redação final do parágrafo único (“devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida”), a prisão preventiva seria única e exclusivamente decretada com o intuito de identificar o acusado.

Não pode perder de vista que a prisão preventiva é uma medida onerosa e gravosa.

Mais uma vez, a redação da norma se omitiu quanto ao crime ser culposo ou doloso.

Quanto a esta questão, Andrey Borges de Mendonça (2011, p. 251) entende que o dispositivo legal seria aplicado aos crimes dolosos cuja pena máxima seja inferior a 4 (quatro) anos ou aos delitos culposos.

Diametralmente oposto, Aury Lopes posiciona-se, através de uma interpretação sistemática, para a impossibilidade da decretação da prisão preventiva para o delito doloso cuja pena máxima seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos ou para o crime culposo (2011, a, p. 85).

Assim, este dispositivo será aplicado para as situações em que não for possível identificar os dados pessoais do acusado, necessários para investigar o caso ou deflagrar ação penal, desde que esgotada todas as diligências policiais com o intuito de verificar a identificação do indivíduo.

3.3 DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA

O art. 312, do CPP, dispõe a respeito da 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”.

O *periculum libertatis*, que é o perigo decorrente do estado de liberdade do provável agente delituoso, é o risco à ordem pública e econômica, a conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal.

Nota-se que os fundamentos da prisão preventiva não precisam coexistirem, não são cumulativos. Basta fundamentar em uma das hipóteses trazida pelo art. 312, do CPP, para que a decisão prisional seja expedida.

Ao indicar a presença de um ou mais fundamento, o magistrado deverá, a luz do princípio da motivação (já trabalhado anteriormente), mencionar todas as fundamentações indicadas na decisão, conferindo credibilidade ao decreto.

O Legislador vinculou os fundamentos da prisão preventiva tão somente às presentes no art. 312, do CPP. Ademais, o parágrafo único, do art. 312, c/c art. 282, § 4º, ambos do CPP, finca outro fundamento (discutido neste trabalho) ao possibilitar a decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outra medida cautelar.

3.3.1 Conveniência da instrução criminal

Conforme repetidamente explicado, a medida cautelar pessoal, sobretudo a prisão preventiva, tem como principal função tutelar o procedimento penal (o processo penal ou investigação policial).

Neste sentido, o fundamento da conveniência da instrução criminal busca efetivar a tutela da prova, impedindo que o agente embarace ou impossibilite a produção de provas.

Um dos princípios processuais penal é a busca pela verdade (verdade material) e a livre produção probatória. Este fundamento da prisão preventiva tem direta relação com os princípios citados.

Assim, para Renato Brasileiro (2011, p. 249), existindo suspeitas concretas de que o agente represente uma ameaça a testemunhas ou peritos, obstrua a produção de provas, ou, ainda, turbe o regular rito da persecução penal, caberá prisão preventiva.

Andrey Borges Mendonça define que o fundamento em análise deve ser adotado quando a prisão se mostrar a última medida capaz de tutelar os atos do processo penal. Salaria o autor que o termo “conveniência” foi mal empregado pelo Legislador (2011, p. 275).

O autor acima citado não é o único a criticar o termo escolhido, compartilhando da mesma indignação, Aury Lopes (2011, a, p. 78) entende que este fundamento deve ser adotado quando “houver risco efetivo para a instrução”. Ainda segundo o autor, a “conveniência” remete uma ideia de

discricionariedade, possibilitando ao magistrado uma margem de escolha, o que não é compatível com a prisão preventiva.

Através do art. 282, inciso I, do CPP, observa-se que o texto legal informa que a prisão preventiva e as demais medidas cautelares deverão ser aplicadas de acordo com a necessidade para resguardar a investigação ou instrução penal.

Outra questão polêmica é a relação do fundamento em tela com o direito ao não autoincriminação. Este direito possibilita ao agente de um crime, posturas como não ficar na cena do fato, a não ceder informações a respeito da prática e a se manter calado ou não confessar. Para estes casos, não poderá ser decretado a prisão preventiva fundada na conveniência da instrução criminal, já que trata-se de um direito do acusado.

Entretanto, tal direito não legitima condutas como alterar o ambiente do crime, criar artifícios capazes de colocarem em erro Juiz, peritos, servidores do tribunal, etc.

Neste sentido é o entendimento do STJ, no julgamento dos “Nardonis”:

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. IMPUTAÇÃO DE HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO E FRAUDE PROCESSUAL. TRANCAMENTO DAÇÃO QUANTO AO SEGUNDO DELITO. PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. CRIME CONEXO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI POPULAR. DIVERSIDADE DOS BENS JURIDICAMENTE PROTEGIDOS. PARECER DO MPF PELO NÃO CONHECIMENTO DO HC OU CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA, NO ENTANTO.

1.A pretensão de excluir da decisão de pronúncia o crime de fraude processual (art. 347 do CPB) não foi submetida às instâncias ordinárias;contudo, pronunciados os acusados de homicídio (art. 121 do CPB) também por esse crime, em conexão com aquele, pode esta Corte apreciar o pedido, inclusive para evitar novos e reiterados questionamentos.

2.O parágrafo único do art. 347 do CPB é autônomo em relação ao seu caput. Embora reflita uma causa de aumento de pena, o faz especificamente para o caso de a inovação artificiosa ocorrer em processo penal, sendo desnecessária a instauração de qualquer procedimento civil ou administrativo, para a sua caracterização.

3.O delito de fraude processual não se confunde com o outro crime que esteja em apuração (neste caso, o de homicídio qualificado); é diverso o bem jurídico cogitado nesse tipo penal (a administração da Justiça), resguardando-se a atuação dos agentes judiciários contra fatores estranhos, capazes de comprometer a lisura da prova ou a correção do pronunciamento judicial futuro, estorvando ou iludindo o seu trâmite.

4.A fraude processual é crime comum e formal, não se exigindo para a sua consumação, que o Juiz ou o perito tenham sido *efetivamente induzidos a erro*, bastando que a inovação seja apta, num primeiro

momento, a produzir tal resultado, podendo o crime ser cometido por qualquer pessoa que tenha, ou não, interesse no processo.

5. O direito à não auto-incriminação não abrange a possibilidade de os acusados alterarem a cena do crime, inovando o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, para, criando artificialmente outra realidade, levar peritos ou o próprio Juiz a erro de avaliação relevante.

6. Embora se postule neste HC a irresponsabilidade penal quanto à fraude processual, a coerência jurídica aponta que a pretensão final é relativa ao crime de homicídio; assim, acaso vinguem os prognósticos da defesa (e nesse estágio não há de se desiludi-la), nenhum empecilho sobrar à investigação da fraude processual e de seus autores.

7. Somente se poderia afastar o crime de fraude processual imputado aos réus, se a sua conduta fosse manifestamente atípica ou se inexistente qualquer indicio de prova de autoria; na decisão de pronúncia (art. 314 do CPP), o Juiz expressou a sua fundada e justa convicção quanto à necessidade de submeter os acusados ao Tribunal do Júri Popular, competente para julgar os crimes dolosos contra a vida e os que lhes estejam eventualmente conexos. Precedentes.

8. Ordem denegada, não obstante o parecer ministerial em sentido contrário.

Verifica-se que a prisão preventiva fundada na conveniência da instrução criminal só abrange as condutas ativas do réu, deixando de lado as condutas passivas, que estão acolhidas pelo princípio de *nemo tenetur se detegere* (não autoincriminação).

Ante o exposto, nota-se que o fundamento da conveniência da instrução criminal, no que pese as críticas a respeito do termo “conveniência” ser aberto e relacionado com discricionariedade, representa o verdadeiro espírito da prisão preventiva, que é a tutela do procedimento penal. Este fundamento deverá ser adotado quando o agente representar um risco concreto à instrução penal ou investigação criminal, ameaçando testemunhas e impedindo o regular rito processual de uma forma geral.

3.3.2 Assegurar aplicação da Lei penal

Esta circunstância autoriza a prisão preventiva com a finalidade de assegurar futura aplicação da lei penal, inviabilizando propensa execução penal.

O que se busca com este fundamento é evitar que réu fuja, frustrando sentença penal, tirando sua eficácia.

Na medida em que este fundamento protege a aplicação da futura sentença penal condenatória (um ato processual), ele cumpre a finalidade da prisão preventiva, que é a tutela do procedimento processual.

Aury Lopes (2011, a, p. 78) sintetiza que assegurar a aplicação da lei penal “é a prisão para evitar que o imputado fuja, tornando inócua a sentença penal por impossibilidade de aplicação da pena cominada”. Finalizando o raciocínio, o autor fixa que a provável fuga do acusado “representa uma tutela tipicamente cautelar, pois busca resguardar a eficácia da sentença”.

Renato Brasileiro (2011, p. 243) ensina que os cuidados que o magistrado deve ter fundamentar um decreto prisional na garantia da aplicação da lei penal, evidenciando que a fuga do agente não pode ser presumida e nem pautada na condição sócio econômica do réu, sob pena de violação ao princípio do estado de inocência.

Aury Lopes afirma que a possibilidade de fuga deve ser fundada no caso concreto.

Neste trilha, já decidiu a Suprema Corte:

EMENTA : HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL PACIENTE RESIDENTE NO EXTERIOR. ENDEREÇO DEVIDAMENTE FORNECIDO AO JUÍZO PROCESSANTE PELA ADVOGADA CONSTITUÍDA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Não há como validar decreto de prisão assentado, tão-somente, na mudança da acusada para o exterior. Mudança decorrente de casamento com estrangeiro e devidamente noticiada nos autos do processo-crime. 2. Em matéria de prisão provisória, a garantia da fundamentação das decisões judiciais (inciso IX do art. 93 da Carta Magna) importa o dever judicante da real ou efetiva demonstração de que a segregação atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Sem o que se dá a inversão da lógica elementar da Constituição, segundo a qual a presunção de não-culpabilidade é de prevalecer até o momento do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. 3. Admite-se a decretação da prisão preventiva para a garantia da aplicação da lei penal quando as peças que instruírem o respectivo processo-crime revelarem um nítido propósito do acusado de furtar-se à aplicação da lei penal. No caso, a mera referência à mudança da paciente para o exterior não tem a força de corresponder à finalidade do art. 312 do CPP, no ponto em que se admite a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal. Mormente porque, no caso, dúvidas não há sobre o paradeiro dela, paciente, que, a qualquer momento, poderá ser conectada para fins processuais. 4. Ordem concedida. (HC 102460, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma,

julgado em 23/11/2010, DJe-028 DIVULG 10-02-2011 PUBLIC 11-02-2011 EMENT VOL-02462-01 PP-00070)

A decisão supra, mostra-se como uma jurisprudência a ser seguida pelos demais Tribunais, uma vez que afasta a decretação para a simples presunção de fuga, impondo ao julgador apreciar o particular, expondo através das peças dos atos o motivo pelo qual entende que o acusado colocará em risco a eficácia da sentença penal, não perdendo de vista o princípio do estado de inocência.

Andrey Borges Mendonça afirma que a previsibilidade de fuga, por vezes, será realizada através de um juízo de cognição não exauriente, haja vista ser uma tarefa inglória chegar-se a certeza de que aquele agente fugirá (2011, p. 281). Para isso, o autor cita algumas hipóteses em que os tribunais Superiores do país têm aplicado a prisão preventiva com o fundamento de assegurar a aplicação da lei penal: réu foragido a alguns anos; que não possui residência fixa; não ter atividade lícita, intenção de se esquivar da sentença etc. (2011, p. 282).

Gustavo Badaró narra que o futuro só é previsto, deste modo não se faz necessário que o juiz prove de forma plena o risco da fuga (2003, p. 427).

Quanto ao presente fundamento, é importante lembrar o que dispõe o art. 319, inciso IV, cuja leitura é “proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução”. O referido dispositivo legal salienta o caráter excepcional da prisão preventiva.

Assim, nota-se que este fundamento, assim como o analisado no anterior, representa uma proteção originalmente cautelar, visando única e exclusivamente tutelar o processo penal, evitando que o réu se esquive da força normativa da sentença penal. Salienta-se que o magistrado observará o risco de fuga através do juízo de probabilidade e não da simples presunção. E ao suscitar a garantia da aplicação da lei penal, no seu decreto prisional, o magistrado demonstrará tal fundamento apresentando circunstâncias concretas presentes nos autos processuais.

3.3.3 Garantia da ordem econômica

Este fundamento ingressou no ordenamento jurídico processual penal pátrio a partir do ano de 1994. A Lei n. 8884/94, em seu art. 84, alterou, na época, o art. 312, do CPP, inserindo a garantia da ordem econômica como um dos fundamentos ensejadores da prisão cautelar.

Nos termos do art. 36, da Lei n. 12529/2011, configura crime contra a ordem econômica as seguintes condutas:

“I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar

investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.”

Outro Diploma Legal que trata da prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública é a Lei n. 7492/86 que, nos termos do art. 30, prever a adoção da medida odiosa para o acusado que praticou delito contra o sistema financeiro, em razão da gravidade do delito.

Uma prisão preventiva, seja qual for o fundamento adotado pelo magistrado, não poderá ser decretada única e exclusivamente pela magnitude da lesão causada, tendo em vista que a finalidade da medida cautelar pessoa é a tutela do procedimento penal.

O STF, a primeira vista, entende que a magnitude da lesão causada, por si só, não é fundamento suficiente para ensejar prisão preventiva. Através da leitura do julgado abaixo, observa-se que a gravidade do delito deve estar conjugada com um dos fundamentos presente no art. 312, do CPP:

HABEAS CORPUS. JULGAMENTO. PEDIDO DE ADIAMENTO. SUSTENTAÇÃO ORAL. AUSÊNCIA DO ADVOGADO NA SESSÃO.

PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. PREVENÇÃO. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. SÚMULA/STF 394. CANCELAMENTO. CONEXÃO ENTRE TRÊS AÇÕES PENAIS. ALEGAÇÃO DE OBRIGATORIEDADE DE REUNIÃO DE PROCESSOS AFASTADA. CPP, ART. 80. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP PREENCHIDOS. APLICAÇÃO DO ART. 30 DA LEI Nº 7.492/86. 1. Alegação de nulidade do julgamento de habeas corpus pelo TRF-3ª Região rejeitada, por não configurar a falta de sustentação oral violação ao princípio da ampla defesa, ante seu caráter facultativo. Ademais, encontrava-se presente à sessão outra advogada, igualmente constituída nos autos, com os mesmos poderes outorgados ao patrono ausente. 2. Prevento é o juízo da 1ª Vara Federal Criminal de São Paulo, por ter, antes de qualquer outro, despacho, determinando a quebra do sigilo bancário de co-réus em processo conexo anterior, o que impede a livre distribuição de denúncias posteriores. Excluída a competência originária do STJ para proceder à perquirição, em razão da prerrogativa de função do réu, ante o cancelamento da Súmula/STF 394. 3. Desde que submetidos ao mesmo juízo, pode o magistrado utilizar-se da faculdade de não reunir processos conexos, por força do que dispõe o art. 80 do CPP. 4. Verificados os pressupostos estabelecidos pela norma processual (CPP, art. 312), coadjuvando-os ao disposto no art. 30 da Lei nº 7.492/86, que reforça os motivos de decretação da prisão preventiva em razão da magnitude da lesão causada, não há falar em revogação da medida acautelatória. A necessidade de se resguardar a ordem pública revela-se em conseqüência dos graves prejuízos causados à credibilidade das instituições públicas. 5. Habeas Corpus indeferido. (HC 80717, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2001, DJ 05-03-2004 PP-00015 EMENT VOL-02142-05 PP-00707)

Observa-se que o julgado coloca a magnitude da lesão causada em segundo plano, apresentando outro fundamento que é resguardar a credibilidade das instituições públicas.

Este fundamento de resguardar a credibilidade das instituições públicas remete a ideia do próximo fundamento a ser analisado (garantia da ordem pública).

Luiz Antônio Câmara (2011, p. 139/140), Aury Lopes (2011, a, p. 77/78) e Geraldo Prado (2012, p. 138/139) salientam para imprecisão da expressão, de caráter aberto semanticamente, proporcionando certa discricionariedade ao magistrado, confrontando o princípio da legalidade. De acordo eles, a garantia da ordem econômica seria espécie do fundamento da garantia da ordem pública. Sendo passíveis das mesmas críticas, que ainda serão aportadas neste trabalho.

Assim, nota-se que a garantia da ordem econômica, no que pese a pouca utilização na prática forense, merece críticas por parte da doutrina por não ter

natureza cautelar, tendo em vista que funda-se na magnitude da lesão e na credibilidade das instituições públicas, que remetem a ideia da garantia da ordem pública, expressão com conceito indeterminado.

3.3.4 Garantia da ordem pública

O que a prisão preventiva embasada na garantia da ordem pública busca tutelar?

Para responder esse questionamento, faz-se necessário conceituar a expressão “ordem pública”.

Segundo dicionário Houaiss da Língua Portuguesa (2007, p. 2076), ordem pública é “o conjunto de instituições e de regras destinadas a manter em um país o bom funcionamento dos serviços públicos, a segurança e a moralidade das relações entre particulares”. Tal conceito não se confunde com ordem jurídica, que nos termos do dicionário retro, é o “complexo de normas objetivas e princípios de direito que disciplinam os interesses dos cidadãos entre si e em relação à sociedade de que fazem parte” e, ainda, o “sistema de equilíbrio entre o poder e o arbítrio, amparado na liberdade e igualdade de indivíduos”.

Apesar do conceito exposto no dicionário Houaiss, a expressão “ordem pública” não tem definição legal, no Brasil.

Na tentativa de conceituar “ordem pública”, Plácido e Silva assevera que a expressão configura uma “situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípua atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam” (2007, p. 291).

Já Fábio Bechara simplifica na tranquilidade, paz e harmonia social (2005, p. 119).

Observa-se que este fundamento encontra-se amparado pela definição de prisão preventiva de Andrey Borges de Mendonça, já presente neste trabalho, no capítulo terceiro. Vale lembrar que o autor expõe duas facetas da prisão preventiva, a tutela do processo penal (tipicamente cautelar) e dos valores sociais (valores sociais, presentes na sociedade, como segurança da

coletividade, anseios populares, credibilidade das instituições públicas etc.). Esta última faceta é denominada pelo autor como metaprocessual (2011, p. 223) ou extraprocessual.

Aury Lopes (2011, a, p. 76), por sua vez, afirma que o conceito de ordem pública é semanticamente aberto, vago e impreciso, sendo o fundamento preferido dos magistrados ao decretar prisão preventiva, uma vez que não há uma definição jurídica unânime.

Renato Brasileiro segue a mesma linha de Aury Lopes ao ensinar que “a expressão garantia da ordem pública é extremamente vaga e indeterminada, gerando controvérsias na doutrina e na jurisprudência quando ao seu real significado” (2011, p. 235).

Para Guilherme Nucci (2011, p. 63-64) “a garantia da ordem pública envolve a própria segurança pública”, levando em consideração “quesitos básicos como gravidade concreta do crime, repercussão social, maneira destacada de execução, condições pessoais negativas do autor e envolvimento com quadrilha, bando ou organização criminosa”.

Por meio dos julgados dos Tribunais Superiores, percebe-se que a garantia da ordem pública é traduzida nas seguintes e variadas expressões: utilização do maquinário estatal para a prática do crime; personalidade voltada para o cometimento de delito; forma reiterada de agir (reincidente e antecedente); gravidade concreta do delito; *modus operandi* do crime; periculosidade do agente etc.

Diante desse leque de opções, nota-se que o magistrado, a luz do caso concreto, tem legitimidade para preencher o aberto conceito de “ordem pública” da melhor forma que lhe convier, para manter a política brasileira prisional. Por isso, Aury Lopes (2011, a, p. 76), conforme já citado neste tópico, indicou que o fundamento em análise é o mais utilizado nos decretos prisionais.

Observa-se, também, de pronto, que o fundamento da garantia da ordem pública não possui natureza tipicamente cautelar, haja vista a ausência de tutela ao procedimento penal.

4 ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA NAS DECRETações DE PRISÃO PREVENTIVA COM FUNDAMENTO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

Conforme relatado no tópico anterior (3.3.4), a expressão “ordem pública” é semanticamente aberta e vaga, assim como carece de uma definição legal no ordenamento jurídico pátrio.

Diante dessa omissão legal, bem como do conteúdo indeterminado da expressão, os Tribunais brasileiros têm interpretado “ordem pública” em diversos sentidos.

Com isso, não é raro os Tribunais nacionais expedirem decretos prisionais preventivos baseados na credibilidade das instituições, reiteração delituosa, resposta ao clamor público, preservar a segurança social etc.

Antes de adentrar nas interpretações jurisprudências, faz-se necessário salientar que tais julgados serão analisados sob a ótica da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade foi devidamente explicado no tópico 2.3.5, sendo técnica indispensável para situações em que o Estado atua no sentido de restringir direito fundamental do indivíduo.

Neste particular, por intermédio deste princípio, observar-se-á a proporcionalidade da prisão preventiva fundada na interpretação dos tribunais dada à expressão garantia da ordem pública.

O objetivo será apreciar isoladamente cada uma das hipóteses emprestada ao termo ordem pública.

4.2.1 Garantia da ordem pública como argumento da credibilidade das instituições

Parte da doutrina e jurisprudência tem interpretado garantia da ordem pública como argumento necessidade para assegurar e fomentar, em meio à população, a sensação de credibilidade das instituições públicas, sobretudo do Poder Judiciário.

Neste sentido, decidiu a Min. Ellen Gracie, no HC 89143, em 10 de junho de 2008:

“A garantia da ordem pública é representada pelo imperativo de se impedir a reiteração das práticas criminosas, como se verifica no caso sob julgamento. A garantia da ordem pública se revela, ainda, na necessidade de assegurar a credibilidade das instituições públicas quanto à visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução penal”.

Alguns doutrinadores encorpam este coro, defendendo a associação das expressões “ordem pública” e “credibilidade das instituições públicas”.

Na visão de Jayme Walmer de Freitas (2004, p. 49) “a garantia da ordem pública visa acautelar, também, o meio social e a própria credibilidade da Justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão”, salientando, ainda, “que a garantia da ordem pública não se resume, tão-só, evitar a ocorrência de outros delitos, mas também e principalmente, resguardar a credibilidade e a respeitabilidade das instituições”.

Na mesma linha, Fábio Bechara (2005, p. 156) expõe sua interpretação da garantia da ordem pública como um instrumento capaz de assegurar a credibilidade estatal, assim como evitar reiterada conduta criminosa.

Em suma, para os autores citados, a garantia da ordem pública representa a resposta do Poder Judiciário que ao decretar a prisão preventiva do acusado ameniza o anseio popular por justiça.

De outro giro, Fauzi Hassan Houkr afirma que se tal entendimento prosperasse qualquer acusado poderia ser preso cautelarmente, pois qualquer feito judicial deve reproduzir a confiabilidade (1999, p. 116).

Em recentes julgados, o STF tem entendido que a “credibilidade das instituições públicas”, tão-somente, não é fundamento capaz de legitimar decreto prisional preventivo.

Ementa: HABEAS CORPUS. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. PRISÃO CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DELIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DESSE FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM DENEGADA. 1. Muito já se escreveu sobre esse fundamento específico da prisão preventiva, previsto no art. 312 do CPP. Para alguns estudiosos, serviria ele de instrumento para evitar que o acusado, em liberdade, praticasse novos crimes ou colocasse em risco a vida das pessoas que desejassem colaborar com a Justiça, causando insegurança no meio social. Outros preferem associar a ordem pública à credibilidade

do Poder Judiciário e das instituições públicas. Por fim, há também aqueles que encaixam no conceito de ordem pública a gravidade do crime ou a reprovabilidade da conduta, sem falar no proverbial “clamor público”, muitas vezes confundido com a repercussão, na mídia, causada pelo suposto delito. 2. No seu cotidiano exercício de interpretação constitucional do Direito Penal e Processual Penal, o Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento de que o uso de expressões fortemente retóricas ou emocionais, além do apelo à credibilidade da Justiça ou ao clamor público, não se prestam para preencher o conteúdo da expressão “ordem pública”. Seja porque não ultrapassam o campo da mera ornamentação linguística, seja porque desbordam da instrumentalidade inerente a toda e qualquer prisão provisória, antecipando, não raras vezes, o juízo sobre a culpa do acusado. (...) 6. Ordem denegada.

(HC 111244, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 10/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 25-06-2012 PUBLIC 26-06-2012)

No que pese o entendimento do STF, alguns juízes de primeiro grau, assim como tribunais de justiça não têm respeitado a orientação de que a credibilidade das instituições públicas, por si só, não é capaz de fundamentar um decreto de prisão cautelar. Veja-se:

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE desde 23/12/2012, PELA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ART. 155, § 4º, I, II do CP. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE DA MEDIDA CONSTRITIVA ANTE A AUSÊNCIA DE REQUISITOS AUTORIZADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR. IMPROCEDÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. FUNDAMENTOS DO DECRETO DE Prisão Preventiva: GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL.

(...)

2. A repercussão social da conduta delituosa é fato atentatório à ordem pública e à credibilidade que a sociedade deposita nas atividades da Justiça, o que justifica a decretação da prisão preventiva. Precedentes do STJ. I- PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO. II- ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.”

A respeito do assunto, desabafa Aury Lopes (2011a, p. 96):

“Muitas vezes a prisão preventiva vem fundada na cláusula genérica ‘garantia da ordem pública’, mas tendo como recheio uma argumentação sobre a necessidade da segregação para o ‘restabelecimento da credibilidade das instituições’. É uma falácia. Nem as instituições são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é um instrumento apto para esse fim, em caso de eventual necessidade de proteção. Para além

disso, trata-se de uma função metaprocessual incompatível com a natureza cautelar da medida. Noutra dimensão, **é preocupante – sob o ponto de vista das conquistas obtidas – que a crença nas instituições jurídicas dependa da prisão de pessoas**. Quando os poderes públicos precisam lançar mão da prisão para legitimar-se, a doença é grave (...)

O mencionado autor ponderou todos os pontos controvertidos da “credibilidade das instituições”. Primeiro, o fato de que não é um crime que irá ameaçar ou a prisão do agente que irá resguardar a credibilidade do Poder Público frente os seus cidadãos. Segundo, um país como o Brasil que há pouco tempo vivenciou uma Ditadura Militar, onde era legitimadas prisões arbitrárias, não pode suplicar por prisões para reestabelecer a ordem. E o terceiro e mais importante, o fundamento em tela não cumpri função de natureza cautelar.

Assim, observa-se que a utilização do termo “credibilidade das instituições” para o preenchimento da vagueza da “garantia da ordem pública”, deve ser afastada de imediata da jurisprudência pátria, tendo em vista que não cumpre função tipicamente cautelar. Ademais, esta interpretação não merece, nem ao mesmo, ser fundamento secundário ou assessório de um decreto prisional preventivo.

4.2.2 Garantia da ordem pública como risco de reiteração delituosa

Nesta interpretação, a garantia da ordem pública é entendida como a necessidade de tutelar a sociedade em face da provável reiteração da prática do delito, da periculosidade do agente ou, ainda, da gravidade do delito.

A “periculosidade do agente”, a “gravidade do delito” e a “propensa reiteração da conduta criminal” guardam, entre si, condições de semelhanças. Assim, serão analisadas em bloco.

Em um recente julgado, publicado em 28.10.2013, a Min. Regina Helen Costa fundamentou a decisão do HC 244825, no STJ, lecionando que “periculum

libertatis reside no risco à ordem pública oferecido pelo desimpedimento do Paciente, dada sua **periculosidade**, evidenciada pela gravidade concreta das condutas que lhe são imputadas.”

No mesmo trilho, decidiu o STF:

“o paciente, ora Agravante, fora acusado pela prática do delito de roubo (CP, art. 157), tendo sido decretada a sua custódia cautelar pelo juízo a quo em outubro de 2010, ancorado em elementos concretos para a a formação do seu convencimento, que indicaram a indispensabilidade da adoção da custódia cautelar, quais sejam: (i) gravidade, (ii) modus operandi e (iii) consequências dos crimes praticados; b) Ao decretar a prisão preventiva, o juízo a quo amparou-se em elementos concretos para a a formação do seu convencimento, que indicaram a indispensabilidade da adoção da custódia cautelar, quais sejam: (i) gravidade, (ii) modus operandi e (iii) consequências dos crimes praticados. Com efeito, o risco à ordem pública restou devidamente demonstrado pela gravidade in concreto do delito, uma vez que os acusados, dentre os quais se inclui o ora paciente, valiam-se de excessiva violência para com as vítimas, além de terem se utilizado uniformes de empresas de segurança para facilitar o acesso às residências roubadas (HC 109209 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 01/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-208 DIVULG 18-10-2013 PUBLIC 21-10-2013)”

Seguindo entendimento idêntico, a Min. Cármen Lúcia, em julgamento 08.10.2013, disponibilizado em 21.10.2013, do HC 117156, no STF, “assentou que a periculosidade do agente evidenciada pelo modus operandi e o risco concreto de reiteração criminosa são motivos idôneos para a manutenção da custódia cautelar. Precedentes.”

Observa-se que a Suprema Corte mantém o cárcere preventivo sob o fundamento da ordem pública, interpretado como a necessidade de resguardar a sociedade diante da periculosidade do agente, do *modus operandi* e da gravidade do delito e da provável reiteração delitiva.

Os posicionamentos acima citados são encampados por doutrinadores. Andrey Borges de Mendonça informa que a gravidade concreta e as circunstâncias do delito são fundamentos autorizadores da prisão preventiva (2011, p. 263).

Já Fábio Bechara preceitua que o acusado em liberdade representa um risco à sociedade, em face da possibilidade do cometimento de outros delitos. A prisão preventiva neste caso é uma tutela coletiva (2005, p. 157).

Na contra-mão destas interpretações absurdas, Aury Lopes (96-99) informa que não cabe ao magistrado (nem ao Poder Judiciário) combater a criminalidade (e, conseqüentemente, a reiteração do delito) e, sim, a Administração Público e à Polícia (Preventiva e Investigativa). Salienta, ainda, ser uma tarefa árdua e discricionária presumir a reiteração do delito, bem como a periculosidade do agente e gravidade do delito. Lembra, o autor, que a única presunção constitucional é o estado de inocência do acusado. Por fim, tais interpretações não cumpre a finalidade que se destina a prisão cautelar (tutela do processo penal).

Gomes Filho compartilha do entendimento do supra autor, ao sustentar que o fundamento da garantia da ordem pública tem função de prevenção geral, não se encaixando nas exigências de natureza cautelar pessoal, mas sendo um instrumento cerceador de liberdade individual voltado para a defesa social (1991, p. 66-67).

Deste modo, decretar prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública, interpretada sobre a ótica da presunção da reiteração do delito, da periculosidade do agente, bem como da gravidade do crime, é desproporcional, em face do princípio constitucional do estado de inocência. Ademais, tais expressões, emprestada à ordem pública, não cumprem a função da medida cautelar pessoal, que seria a tutela do procedimento penal. Sendo instrumento da tutela coletiva.

4.2.3 Garantia da ordem pública como resposta ao clamor público

Outra interpretação dada à garantia da ordem pública era a resposta ao clamor social em face da ocorrência do delito, assim como de sua repercussão. É bem verdade que este entendimento tem sido afastado dos Tribunais Superiores. Entretanto, ainda há muitas decisões embasadas na repercussão social do delito, sobretudo nos juízos de primeiro grau e Tribunais Estaduais.

No julgamento do HC 3169, disponibilizado 15.05.1995, o Min. Luiz Vicente Cernicchiaro sentenciou, no STJ, que “a ordem pública resta ofendida quando

a conduta provoca acentuado impacto na sociedade, dado ofender significativamente os valores reclamados.”

Em paralelo, caminha Jayme Walmer de Freitas opinando que quando uma conduta (neste caso um crime) rompe com os valores sociais, resta manchada a ordem pública (2004, p. 48).

De outro giro, segue julgamento recente do Supremo Tribunal:

“O CLAMOR PÚBLICO NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. - O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. - O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu.” (HC 92751, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/08/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-208 DIVULG 22-10-2012 PUBLIC 23-10-2012)

Conforme dito anteriormente, percebe-se por meio do julgado, que o clamor público não constitui justificação legal para legitimar prisão preventiva. No entanto, não basta apenas repudiar a expressão “clamor público” das decisões. Deve-se, também, afastar as suas variadas intepretações e roupagens.

O magistrado no uso de suas funções deve ser técnico, coerente e imparcial. Caso o clamor público prosperasse, certamente as três características comprometidas, deixando o julgador refém dos anseios populares que são, na maioria das vezes, alienados pela Imprensa.

Luciano Anderson de Souza (2012, p. 536) ao comentar o “caso Matsunaga”, faz a seguinte ponderação: “seria absolutamente ingênuo imaginar que um julgado de uma situação como a em foco, apesar de apenas se referir à mídia ao descrever as alegações do impetrante, não se visse em alguma medida subjetivamente influenciado por ela”.

Este é um ponto preocupante: o papel exercido pelos telejornais, que ao invés de simplesmente noticiar, transforma delitos e processos judiciais em novelas, filmes *hollywoodianos* e *realitys show*.

Luciano Anderson de Souza também se atenda para esta questão (2012, p.536):

“na sociedade pós-moderna, da informação, ou do risco, a divulgação de casos criminais pelos meios de comunicação de massas, os quais são bastante velozes e de largo alcance, ganha enorme destaque, neste jaez, a imprensa, no geral, afasta-se de uma cobertura neutra e informativa, e assume ares de dramatização, deliberadamente ou indiretamente, nesta hipótese pela simples repetição do “caso do momento”, com viés de capítulos de novelas na revelação de suas “novidades””.

Muitas vezes, a condenação promovida pela mídia perante a sociedade é mais severa que a sanção decorrente da sentença penal condenatória. Salienta-se, ainda, que por vezes, a escolha da imprensa em condenar o cidadão (constitucionalmente presumido inocente) é feita antes, até mesmo, do término da instrução criminal.

A fórmula sensacionalista da imprensa parece lucrativa, haja vista uma série de recentes casos que foram repetidamente explorados pela mídia, ganhando até títulos. Seguem os de proporção nacional: “Mensalão”, “caso do goleiro Bruno”, “caso Nardoni”, “caso Matsunaga”, entre outros. No Estado da Bahia, destaca-se: “o caso *new hit*” e “o caso da médica Kátia”.

Paulo Nunes Cruvinel Neto (2013) afirma que nos crimes celebres, o magistrado, ao decidir, sofre pressão da população que foi influenciada pela imprensa.

Não por acaso, que os processos judiciais dessa natureza, inclusive os retro citados, têm/tiveram suas penas calculadas no limite máximo, ou próximo deste, como forma de acalmar os anseios populares.

O mesmo ocorre quando o julgador aprecia o cabimento da prisão preventiva. Observa-se, o quanto decidido no atual caso da imprensa baiana:

“Nessas hipóteses o poder judiciário precisa atuar de modo a garantir a preservação da ordem pública, profundamente abalada com a ocorrência do suposto crime. A inércia do Estado em fatos dessa natureza podem desencadear uma sucessão de atos de violência, estimulando, inclusive, a vingança por parte de familiares das vítimas ou da população em geral. Em casos desta monta, a sociedade se revela extremamente abalada, não sendo possível que se aguarde o trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória para que se efetive a prisão do agente, sendo necessária a imediata custódia, não como pena antecipada, mas como medida cautelar

imperiosa para resguardar a ordem pública, vilipendiada com a prática do delito. Destarte, em delitos dessa magnitude, dada à sua própria natureza, deve-se mitigar o direito à liberdade de uma pessoa, embora ainda inocente nos termos garantidos pela Constituição Federal, em prol de toda a coletividade que de certo modo é afetada diante da gravidade das circunstâncias. O caso em tela se enquadra perfeitamente nesse contexto, não tendo ocorrido nos últimos tempos fato supostamente criminoso que tenha abalado tão fortemente a comunidade soteropolitana. Isso se deve a uma série de circunstâncias concretas que norteiam o referido crime. As vítimas fatais foram dois jovens irmãos, com pouco mais de 20 anos de idade, que tiveram suas vidas ceifadas supostamente em virtude de pequena discussão de trânsito. O referido fato foi filmado por câmeras de segurança e divulgado amplamente, sendo transmitido na televisão, em sites e nas redes sociais. A suposta autora do crime, embora presa em flagrante e sem nenhuma lesão grave aparente, permanece internada em um dos melhores hospitais da cidade, situação anormal que afronta a coletividade. Outro fator concreto que evidencia a gravidade do suposto crime perpetrado é a utilização de veículo automotor como instrumento. Em tempos de clamor por punição exemplar de crimes culposos cometidos na direção de veículos automotores, o que dizer de crimes dolosos contra a vida praticados mediante esse *modus operandi*?”

Da leitura do trecho, observa-se que, no que pese não ter adotado o termo “clamor social”, a decisão foi fundada neste sentido, apenas omitindo a expressão repudiada (mas não afastada na prática) pelos Tribunais Superiores. Extrai-se do decreto prisional: “A inércia do Estado em fatos dessa natureza podem desencadear uma sucessão de atos de violência, estimulando, inclusive, a vingança por parte de familiares das vítimas ou da população em geral”; “sociedade se revela extremamente abalada, não sendo possível que se aguarde o trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória para que se efetive a prisão do agente”; “não tendo ocorrido nos últimos tempos fato supostamente criminoso que tenha abalado tão fortemente a comunidade soteropolitana”; “O referido fato foi filmado por câmeras de segurança e divulgado amplamente, sendo transmitido na televisão, em sites e nas redes sociais”; e “situação anormal que afronta a coletividade”. Tais fragmentos, assim como a decisão como um todo remontam a ideia do clamor público.

Outrossim, debruçando-se sobre os autos processuais, do caso acima relatado, percebe-se que o fundamento (diga-se inconstitucional) que mantém o decreto prisional é a garantia da ordem pública, interpretado sobre o prisma do clamor social, tendo em vista que os demais entendimentos (também inconstitucional) de credibilidade das instituições e reiteração delituosa não se aplicam neste

particular. Os demais fundamentos presente nos art. 312, do CPP, não restam configurados, tendo em vista que a acusada tem residência e atividade laboral fixa, nunca cometeu outro delito, não tem a personalidade voltada para a prática de crimes etc. Em suma, a acusada não representa uma ameaça à regular marcha processual. Entretanto, deu azar, de ser suspeita de um delito que a imprensa vislumbrou potencial repercussão midiática.

Deste modo, observa-se que, apesar dos Superiores Tribunais entenderem que a “ordem pública” não pode ser interpretada como “clamor social”, ainda há decisões de decretos prisionais embasadas neste fundamento. Sobretudo, quando o processo judicial ganha destaque e repercussão nos veículos de comunicação, que exploram os casos criminais com o viés de capítulos de novelas. Diante deste quadro, da pressão midiática e da população, julgadores deixam a imparcialidade e técnica e cedem aos anseios sociais, evitando o uso da expressão “clamor público”.

Ademais, qualquer interpretação dada a “ordem pública” terá como finalidade a tutela metaprocessual (valores da sociedade). Esta tutela não é alcançada pelas medidas cautelares pessoais, que tem por objetivo a proteção do procedimento penal.

5 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO FUNDAMENTO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Conforme dito anteriormente, há basicamente duas vertentes que tratam da definição da finalidade da prisão preventiva. A primeira entende que a prisão preventiva tem a finalidade de acautelar o procedimento penal e os valores sociais, enquanto a segunda corrente informa que a instrumentalidade da prisão preventiva está relacionada aos meios e fins do processo penal.

Na mesma linha da primeira, Andrey Borges de Mendonça defende o caráter metaprocessual da prisão preventiva. Neste sentido, Denilson Feitoza Pacheco (2007, p. 289) vislumbra que a prisão processual deve zelar pela proteção do “fim mediato geral da persecução penal, que é a segurança pública”.

Conforme já relatado, a segunda corrente vislumbra como única função da prisão preventiva a tutela da persecução penal e do procedimento penal. Para Claus Roxin a prisão preventiva tem por finalidade “assegurar o processo de conhecimento ou a execução da pena” (2000, p. 257).

Assim, pontua-se que a prisão preventiva deve ser observada sob o prisma da persecução penal, posto que, sua função não coincide com mera pacificação social. Dessa maneira, a medida supracitada, deve se ater as questões processuais, afastando-se do clamor público, visto que, como se observa esta vai além das questões jurídicas.

Sendo considerada um dos institutos mais gravosos do Direito Processual Penal, a prisão preventiva somente deverá ser decretada diante do preenchimento de circunstâncias jurídicas fáticas. Logo, não há que se falar em valoração social, posto a eminente insegurança jurídica causada por sua simples apreciação, se contrapondo aos Princípios basilares do Processo Penal.

Salienta-se que as questões sociais devem ser resolvidas através políticas públicas, como muito bem destacou o Min. Eros Grau:

“o combate a criminalidade é missão típica e privativa da Administração(não do judiciário), seja através da polícia como se vê através dos incisos do artigo 144 da Constituição Federal , quanto do Ministério Público, a quem compete privativamente promover a ação penal pública.”

Desta forma, percebe-se que a finalidade deve ser exclusivamente jurídica, não podendo ser fundada em anseios sociais.

Conforme já exposto, o requisito legal que autoriza a decretação da prisão preventiva é o *fumus commissi delicti*. Nos termos da redação final do art. 312, a custódia cautelar poderá ser aplicada “quando houver prova da existência do delito e indícios suficientes de autoria”.

A prova da existência do delito será analisada por meio de um juízo de probabilidade, apesar do dispositivo legal sugerir prova absoluta da ocorrência do crime. De acordo com Carnelutti, é fundamental que o magistrado comprove que a conduta é provavelmente ilícita, típica e culpável.

Quanto aos indícios suficientes de autoria, deve o julgador indicar elementos fáticos capazes de ligar o acusado à autoria do delito. Esses elementos devem ser suficientemente robustos, a ponto de dificultar a defesa do réu de provar a não autoria do crime.

Na sistemática da Lei Processual Penal, a prisão preventiva tem como requisito a probabilidade da existência do delito, assim como indícios suficientes de autoria (art. 312).

Além do requisito supra citado, o CPP estabelece as condições de admissibilidade da prisão preventiva, previstas no art. 313. O inciso I, do dispositivo legal mencionado, admite a medida odiosa “nos crimes dolosos punitos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos”. O inciso II autoriza o decreto prisional para os casos do acusado reincidente em crime doloso. Já o inciso III, possibilita a prisão processual para o delito que envolve violência doméstica e familiar contra “a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”. Por fim, o parágrafo único informa que “será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil do acusado”.

Tão-somente as hipóteses acima elencadas poderão ser passível de decreto prisional preventivo, sob pena de violar o princípio da estrita legalidade. O CPP é taxativo ao impor que os incisos e o parágrafo único, do art. 313, são as únicas situações em que “será admitida a decretação da prisão preventiva”.

Após verificar o preenchimento do requisito da prisão preventiva (*fumus commissi delicti*), bem como consubstanciado a hipótese de admissibilidade (art. 313, CPP), restará ao julgador fundamentar sua decisão, à luz do princípio do devido processo legal e da motivação.

Entretanto, por ser uma medida demasiadamente gravosa, o Legislador vinculou os fundamentos da prisão preventiva no art. 312, do CPP. Percebe-se que a prisão cautelar não possibilita ao magistrado um juízo de discricionariedade. Desta maneira, os fundamentos preventivos são “garantia da ordem pública e econômica”, “aplicação da lei penal” e “conveniência da instrução criminal”.

Conforme exposto no capítulo anterior, os fundamentos da prisão preventiva “aplicação da lei penal”, assim como “conveniência da instrução criminal” são notadamente instrumentais, pois cumprem a finalidade de tutelar o procedimento penal. Nota-se que elas funcionam como verdadeiras medidas cautelares pessoais, buscando a efetividade do processo.

O fundamento da “conveniência da instrução criminal” é utilizado no sentido de preservar a regular marcha processual ou andamento da investigação policial, garantindo o devido processo legal dos procedimentos.

O decreto preventivo fundado em “assegurar a aplicação da lei penal” busca garantir o possível resultado do processo penal, que é o direito do Estado de aplicar a sanção para aquele que é considerado culpado.

Esses dois fundamentos, segundo Aury Lopes (2011a, p. 89) são claramente medidas cautelares destinadas à proteção da atividade jurisdicional. Assim, o decreto prisional só será adequado quando fundado na “conveniência da instrução criminal” e para “assegurar aplicação da lei penal”. Pois restará cumprido sua finalidade, acautelando o processo penal.

De outro giro, o fundamento da “garantia da ordem pública e econômica” tem sua constitucionalidade discutida pela doutrina por dois aspectos. O primeiro aspecto seria a indeterminação da expressão que comporta variadas interpretações. Já o segundo aspecto gira em torno da finalidade a que se destina o presente fundamento.

Há uma divisão doutrinária em três vertentes. Todas elas buscam investigar os aspectos supra mencionados e averiguar a constitucionalidade do fundamento da garantia da ordem pública para o decreto da prisão preventiva.

A primeira corrente entende que a prisão preventiva com base na garantia da ordem funda-se em impedir que o réu em liberdade cometa outros delitos. De acordo com esses doutrinadores, a ordem pública pode ser interpretada a partir do clamor social ou credibilidade da justiça. Os doutrinadores que apoiam esta tese, afirmam que a finalidade da prisão preventiva é a tutela do procedimento penal assim como dos valores sociais. Nesta linha, Fernando Capez informa que determinados delitos provocam uma emoção social, gerando uma

sensação de impunidade (2009, p. 279). Assim, o cárcere, antes da sentença penal condenatório, faz-se necessário.

A segunda corrente segue o mesmo caminho da anterior, no entanto de forma mais restritiva. Para eles, interpreta-se “garantia da ordem pública” como risco provável de reiteração delituosa. Nota-se que esta corrente também defende que a prisão processual tem como objeto a prevenção geral. Neste sentido, Scarance Fernandes ensina que o caráter cautelar da prisão preventiva é preservado, tendo em vista que a prisão busca o resultado do processo, privar a liberdade do réu e proteger a sociedade (2002, p. 302). Assim, nota-se que esta corrente se restringe quanto à interpretação dada à ordem pública, entretanto reconhece que a prisão preventiva tem por finalidade a tutela do procedimento penal e da sociedade.

A terceira corrente entende que o decreto prisional com fulcro na garantia da ordem pública é inconstitucional. Esta vertente não se preocupa em fazer uma análise exauriente da vagueza e das variadas interpretações emprestadas à expressão “garantia da ordem pública”. Eles vislumbram que a expressão em questão não é dotada de fundamentação cautelar. Estes adeptos entendem que uma prisão preventiva só pode ser decretada para efetivar o procedimento penal e seus efeitos e nunca para tutelar interesses alheios ao processo.

Odone Sanguiné posiciona-se junto a terceira corrente, ao lecionar (2003, p. 114-115):

“a prisão preventiva para garantia da ordem pública (ou, ainda, o clamor público) acaba sendo utilizada com uma função de prevenção geral, na medida em que o legislador pretende contribuir à segurança da sociedade, porém deste modo se está desvirtuando por completo o verdadeiro sentido da natureza da prisão provisória ao atribuir-lhe funções de prevenção que de nenhuma maneira está chamada a cumprir”

Gomes Filho (1991, p. 66-67) informa que a prisão preventiva fundada na ordem pública não cumpre sua finalidade de proteção ao procedimento penal, mas funciona com instrumento de privação de liberdade destinado a tutelar a defesa social.

Desta forma, a terceira corrente defende a inconstitucionalidade *in abstracto* do fundamento da “garantia da ordem pública” para a decretação da prisão preventiva, em razão da ausência de cautelaridade da medida.

A terceira corrente parece ser mais razão por entender que a inconstitucionalidade da “garantia da ordem pública” não é simplesmente em razão de a expressão ser um conceito indeterminado, mas sim devido à falta de instrumentalidade de medida cautelar pessoal.

Segundo Andres J. Krell, a teoria dos conceitos indeterminados surgiu na Áustria, no século XIX. No primeiro momento, Bernatzik defendia a adoção de conceitos amplos embasados no interesse público, sem a possibilidade do controle do Poder Judiciário. Em sua evolução, a teoria passou a admitir as intervenções e interpretações do Judiciário. Na Alemanha, em 1949, os princípios da reserva da lei e a garantia constitucional contribuíram para que a teoria em tela não ganhasse viés de hipótese de discricionariedade (2013, p. 45). A discricionariedade não se confunde interpretação do direito. De acordo com o autor supra, os conceitos indeterminados “possibilitam o controle social pelo estado e sua dogmática jurídica em uma sociedade altamente complexa” (2013, p. 42).

Os conceitos indeterminados possibilitam incidência dos direitos fundamentais no direito infraconstitucional. É o mecanismo pelo qual o legislador deixa a cargo do operador do direito a graduação da aplicabilidade dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, o instituto em questão não merece ser afastado do texto legal em razão de sua indeterminabilidade. Entretanto, não pode permitir que os julgadores atuem como se estivessem com um “cheque em branco”, prontos para decretarem prisões preventivas a qualquer custo. As prisões preventivas não podem ser fundadas em interpretações já consideradas inconstitucionais.

Desta forma, decretos prisionais com fundamentos na ordem pública, interpretados desproporcionalmente, que violam princípios constitucionais como o estado de inocência e a liberdade individual, devem ser considerados inconstitucionais no caso em concreto.

Garantia da ordem pública entendida como “clamor público”, “credibilidade das instituições”, “possibilidade de reiteração delituosa”, “periculosidade do agente”, “segurança do acusado” etc., deve ser repudiada dos tribunais.

Todavia, a decretação da prisão preventiva embasada na garantia da ordem pública carece de cautelaridade, tendo em vista que o operador do direito não é capaz de conceder ao fundamento em tela uma interpretação cuja finalidade seja tutelar o procedimento penal.

Nesta hipótese, percebe-se que a prisão preventiva torna-se instrumento típico de aplicação de pena, que pressupõe um devido processo legal e sentença penal condenatória transitada em julgado. Nota-se que não é o caso de hipótese de prisão preventiva.

O presente trabalho consiste em demonstrar a inconstitucionalidade *in abstracto* da garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva devido à ausência de cautelaridade da medida.

Alguns autores, como Renato Brasileiro defendem a utilização da medida odiosa como instrumento de prevenção geral (2011, p. 236). Sendo mecanismo de combate à criminalidade, tutelando a sociedade.

Entretanto, a prisão preventiva não é o instrumento apto ao combate à criminalidade e nem a tutelar a sociedade. Se legitimada neste sentido, a prisão processual pode se tornar uma arma Estatal contra a sociedade, como em outras épocas (Ditadura Militar).

O combate ao crime, assim como a proteção aos valores sociais devem ser efetivados através de políticas públicas, promovido não pelo Poder Judiciário, mas pela Administração Pública.

Na prática a prisão preventiva, ao menos no Brasil, não tem se mostrado (até por que não é) uma medida adequada para a diminuição dos índices criminais. Segundo dados do 7º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, divulgado no dia 04.11.2013, “o índice de homicídios por cem mil habitantes no Brasil aumentou 7,8% de 2011 para 2012”. No caso do estupro, a pesquisa apontou um aumento de 18,17%. Por fim, noticia, ainda, que neste período a população carcerária brasileira aumentou 9,85.

Nota-se que apesar do aumento da população carcerária brasileira, crimes passíveis de prisão preventiva continuam tendo seus índices de ocorrência em crescente. Sendo um dos indicativos de que a prisão preventiva não tem efetividade no combate à criminalidade.

Deste modo, decisões fundadas na garantia da ordem pública não cumprem o primordial papel da medida cautelar pessoal penal, a tutela ao procedimento penal.

Os tribunais ainda insistem nesta fundamentação para aplicar prisão preventiva nos casos celebres. Observa-se o quanto decidido no “caso Nardoni”, pelo Desembargador do TJSP de São Paulo, Canguçu de Almeida, no HC 993.08.044581-8:

“Há crimes, na verdade, de elevada gravidade, que, por si só, justificam a prisão, mesmo sem que se vislumbre risco ou perspectiva de reiteração criminosa. E, por aqui, todos haverão de concordar que o delito de que se trata, por sua gravidade e característica chocante, teve incomum repercussão, causou intensa indignação e gerou na população incontrolável e ansiosa expectativa de uma justa contraprestação jurisdicional. A prevenção ao crime exige que a comunidade respeite a lei e a justiça, delitos havendo, tal como imputado aos pacientes, cuja gravidade concreta gera abalo tão profundo naquele sentimento, que para o restabelecimento da confiança no império da lei e da Justiça exige uma imediata reação. A falta dela mina essa confiança e serve de estímulo à prática de novas infrações, não sendo razoável, por isso, que acusados por crimes brutais permaneçam livres, sijeitos a uma consequência remota e incerta, como se nada tivessem feito.

Nesse passo, de somenos importância a circunstância da pessoa segregada ser tecnicamente primária, de bons antecedentes e, ainda, ter domicílio no distrito de culpa, quando, em princípio, vem a cometer crime de suma gravidade, bárbaro e, nitidamente, comprometedor da paz pública. (TJSP, HC 993080445818, DJ 10 de jun de 2008)

Nota-se que a prisão preventiva foi fundamentada na ordem pública, interpretadas diante da repercussão social, preservar a credibilidade das instituições públicas e diante da gravidade do delito. As questões abortadas no acordão são incapaz de sustentar a cautelaridade da medida. O julgador não busca efetivar a proteção do procedimento penal. A prisão preventiva se torna um típico instrumento de antecipação da pena, violando princípio constitucional do estado de inocência.

Assim, percebe-se que os operadores do direito não são aptos a conferir ao fundamento da garantia da ordem pública uma interpretação capaz de atingir a

cautelaridade da prisão preventiva. Neste sentido, o fundamento em tela será sempre utilizado como instrumento de antecipação da penal.

Os fundamentos da prisão preventiva, *periculum libertatis*, tem como conceito o perigo que, em liberdade, o acusado oferece ao regular rito processual. Como restou comprovado neste trabalho, o fundamento da garantia da ordem pública não preenche esta função.

Conclui-se que a garantia da ordem pública é imprestável para fins de fundamentar a prisão preventiva, sendo notadamente medida antecipatória de pena. Deste modo, sendo considerada inconstitucional.

6 CONCLUSÃO

O Estado, através dos instrumentos do Processo Penal, exerce a persecução penal (*persecutio criminis*), que seria a reunião de elementos que permitem a formação de um convencimento suficiente para a aplicação do Direito Material Penal (*jus puniendi*).

No exercício da persecução penal o Estado depara-se com um cenário formado por duas forças conflitantes: de um lado a doção dos meios mais interessantes para que se promova a demonstração da existência do delito, bem como sua autoria e de outro as garantias fundamentais do indivíduo.

A medida cautelar pessoal é uma dessas medidas em que se busca tutelar o procedimento penal. Sua limitação é justamente a liberdade individual do acusado, bem como o seu estado de inocência.

Diante dessa colisão, o operador do direito ao abrir mão de uma medida cautelar pessoal deverá através da proporcionalidade, ponderar entre os seguintes valores: a proteção ao processo penal e o estado de inocência do acusado.

Nota-se que o único objetivo da medida cautelar pessoal é a tutela do procedimento penal. Assim, qualquer medida cautelar pessoal destinada a outro fim, torna-se ilegítima.

A prisão preventiva é a medida cautelar pessoal mais gravosa, tendo em vista

que submete o cidadão, presumidamente inocente, ao cárcere, sem sentença penal transitada em julgado. Apesar de sua violência, a prisão preventiva tem guarita da Lei Maior (art. 5º, inciso LXI).

Deste modo, o legislador vinculou a decretação da prisão preventiva aos termos da Lei. De acordo com a hermenêutica do CPP, observa-se que para aplicar o decreto prisional o magistrado deverá vislumbra o *fumus commissi delicti* (redação final do art. 312), condições de admissibilidade (art. 313) e fundamentos legais (art. 312), após, deverá através da proporcionalidade verificar de uma medida cautelar diversa à prisão cumpriria a finalidade desejada.

O requisito legal que autoriza a decretação da prisão preventiva é “quando houver prova da existência do delito e indícios suficientes de autoria”.

A prova da existência do delito será analisada por meio de um juízo de probabilidade, apesar do dispositivo legal sugerir prova absoluta da ocorrência do crime. É fundamental que o magistrado comprove que a conduta é provavelmente ilícita, típica e culpável.

Os indícios suficientes são os elementos fáticos capazes de ligar o acusado à autoria do delito. Esses elementos devem ser suficientemente robustos, a ponto de dificultar a defesa do réu de provar a não autoria do crime.

Na sistemática da Lei Processual Penal, a prisão preventiva tem como requisito a probabilidade da existência do delito, assim como indícios suficientes de autoria (art. 312).

O Diploma Legal estabelece as condições de admissibilidade da prisão preventiva, previstas no art. 313. O inciso I, do dispositivo legal mencionado, admite a medida odiosa “nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos”. O inciso II autoriza o decreto prisional para os casos do acusado reincidente em crime doloso. Já o inciso III, possibilita a prisão processual para o delito que envolve violência doméstica e familiar contra “a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”. Por fim, o parágrafo único informa que “será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil do acusado”.

Somente as hipóteses acima elencadas poderão ser passível de decreto prisional preventivo, sob pena de violar o princípio da estrita legalidade. O CPP é taxativo ao impor que os incisos e o parágrafo único, do art. 313, são as únicas situações em que “será admitida a decretação da prisão preventiva”.

Após verificar o preenchimento do requisito da prisão preventiva (*fumus commissi delicti*), bem como consubstanciado a hipótese de admissibilidade (art. 313, CPP), restará ao julgador fundamentar sua decisão, à luz do princípio do devido processo legal e da motivação.

Os fundamentos da prisão preventiva estão no art. 312, do CPP. Percebe-se que a prisão cautelar não possibilita ao magistrado um juízo de discricionariedade. Desta maneira, os fundamentos preventivos são “garantia da ordem pública e econômica”, “aplicação da lei penal” e “conveniência da instrução criminal”.

A prisão preventiva fundada “aplicação da lei penal”, assim como “conveniência da instrução criminal” são notadamente instrumentais, pois cumprem a finalidade de tutelar o procedimento penal. Nota-se que elas funcionam como verdadeiras medidas cautelares pessoais, buscando a efetividade do processo.

Já fundamento da “garantia da ordem pública e econômica” tem sua constitucionalidade discutida pela doutrina por dois aspectos. O primeiro aspecto seria a indeterminação da expressão que comporta variadas interpretações. Já o segundo aspecto gira em torno da finalidade a que se destina o presente fundamento.

Diante da vagueza da expressão ordem pública, os operadores do direito a interpretam encontrando termos como: “clamor público”, “gravidade do crime”, “credibilidade das instituições públicas”, “provável reiteração delituosa”, etc.

A inconstitucionalidade do fundamento da ordem pública não é devido ao seu conceito indeterminado. Na verdade, muitas vezes, os conceitos indeterminados são portas de entrada para os direitos fundamentais incidirem no ordenamento infraconstitucional.

Entretanto, nenhuma interpretação dada a “ordem pública” se mostrou constitucional. Todas as expressões utilizadas fundamentaram prisão preventiva com caráter de pena. Ou seja, a prisão preventiva fundada na

garantia da ordem pública cumpre outra finalidade alheia à medida cautelar pessoal.

A prisão preventiva embasada na garantia da ordem pública só seria legítima se alcançasse sua cautelaridade.

Neste ponto é que repousa a inconstitucionalidade *in abstracto* do fundamento da ordem pública. Este fundamento é incapaz de embasar uma prisão preventiva que cumpra a finalidade de proteger o processo penal.

Nota-se que o fundamento em tela desvirtua o instituto da prisão preventiva, transformando-a em prisão pena, que pressupõe devido processo legal e formação de culpa, violando o princípio do estado de inocência.

Conclui-se a partir do presente trabalho, a extrema necessidade de excluir a “garantia da ordem pública” do rol dos fundamentos ensejadores da prisão preventiva. Restou comprovado que a prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública carece de cautelaridade. Desta forma, verifica-se a inconstitucionalidade *in abstracto* do fundamento em tela, não em razão de sua simples indeterminabilidade, mas sim pela ausência de tutela ao procedimento penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

BARRETO, Plínio. AZEVEDO, Noé. PRADO, Gyges. COSTA DA, Philomeno. **Prisão Preventiva: sua origem, sua finalidade**. Vol. CXXX. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1941

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão Cautelar**. São Paulo: Malheiros, 2005

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Senado, 1941

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3688/1941**. Brasília, DF. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm. Acesso em: 24.10.2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988

CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas Cautelares Pessoais: Prisão e Liberdade Provisória – De acordo com a reforma do Código de Processo Penal Lei 12.403, de 04.05.2011**. 2ª Edição revista e Atualizada. Curitiba: Juruá Editora, 2011

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009

CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones dobre el Processo Penal**. 4 Tomos. Trad. Santiado Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1950

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal à luz da Constituição**. 1ª Edição. São Paulo: EDITRO, 1999

CRUVINEL NETO, Pedro Nunes. **A influencia midiática nas sentenças criminais: a relevância atenção na dosagem da pena**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12649 Acesso em: 05 de nov 2013

CUNHA JÚNIOR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Ed. 2º. Salvador: JusPodivm, 2008

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – 7ª Edição**. Salvador: JusPodivm, 2012

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

_____. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: ano 46, nº 183, Julho/Setembro, 2009

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **No Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 3ª Edição. Curitiba: Positivo, 2004

FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão Temporária**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos Del Processo Penal**. Bracelona, Bosch, 1935

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

JARDIM, Afrânio Silva. **Visão Sistemática da Prisão Provisória no Código de processo Penal**. In Revista de Direito nº 22. Rio de Janeiro: PGJ-RJ, 1985

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre. ed. Livraria do Advogado, 2013

LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, Ed. 6. 2012

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional - Vol II**. Edição 7ª. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

_____. **Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. Ed. 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

_____. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal - Vol I**. Campinas: Bookseller, 1997

MASLE, Julian Lopez. **Derecho Procesal Penal Chileno**. Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2003

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Ed. 4. São Paulo: Saraiva, 2009

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais**. São Paulo: Método, 2011

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2005

_____. **Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Comentários à Lei nº 12.403/2011**. Brasília, 2011

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos Princípios – O Princípio Constitucional da Razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

PACHECO, Denilson Feitoza. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da Prisão Provisória. *In*: FERNANDES, Og (Coord.). **Medidas Cautelares no Processo Penal: Prisões e suas alternativas**. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

RANGEAL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 2013

_____. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

RIBEIRO, Marcelle. **Índices de homicídios e estupros crescem, apesar de maior investimento**. Disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/brasil/indices-de-homicidios-estupros-crescem-apesar-de-maior-investimento-10679288.html>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

ROSA, Inocêncio Borges da. **Comentários ao Código de Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982

_____. **Processo Penal Brasileiro – Vol. II**. Rio Grande do Sul: Globo, 1942

ROXIN, Claus. **Derecho Processual Penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor publico como fundamento da prisão preventiva. **Revistas de Estudos Criminais**, n. 10. Sapucaia do Sul: Notadez, 2003

SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico. Vol. III, 12ª Edição**. Rio de Janeiro: Forense, 1997

SOUZA DE OLIVEIRA, Fábio Corrêa. **Por uma teoria dos princípios – O Princípio Constitucional da Razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

SOUZA. Luciano Anderson de. A Prisão Preventiva pela Gravidade do Delito: o caso Matsunaga. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 101, v. 925, 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n. 137206**. Impetrante: Roberto Podval e OUTROS. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Alexandre Alves Nardoni e Anna Carolina Trotta Peixoto Jatobá. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DJ 1 de fev de 2010. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=7488127&num_registro=200901000793&data=20100201&tipo=5&formato=HTML>. Acesso em: 01 de Nov de 2013

_____. **Habeas Corpus n. 244825**. Impetrante: Felix Valois Coelho Junior. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Relatora: Min. Regina Helena Costa. Brasília. DJ 28 de out 2013. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=pris%E3o+preventiva+e+periculosidade+&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1> Acesso em: 02 de nov 2013

_____. **Habeas Corpus n. 3169**. Impetrante: Clóvis de Araújo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, DJ em 15 de abr 1995. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199400409575&dt_publicacao=15-05-1995&cod_tipo_documento=>. Acesso em 05 de nov 2013

_____. **Habeas Corpus n. 83542**. Paciente: Anderson Leite Xavier. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Sepulveda Pertence. Julgado em: 09.03.2004.<

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000095840&base=baseAcordaos>>. Acesso em 24.10.2013

_____. **Recurso em Habeas Corpus n. 20.566/BA**. Recorrente: Rivanio Pires Rocha Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em:

12/06/2007.<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200602685216&dt_publicacao=25/06/2007>. Acesso em: 23/10/2013

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental de Habeas Corpus n. 109209**. Agravante: Carlos Henrique Pereira. Advogado: Saulo Moreira Grossi. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DJ 18 de out 2013. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28pris%E3o+preventiva+e+gravidade+do+delito%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ahvn532>>. Acesso em 03 nov 2013

_____. **Habeas Corpus n. 102460**. Impetrante: Thais Pires de Camargo Rego Monteiro. Coator: Superior Tribunal De Justiça. Paciente: Ana Carolina Jamal de Lima Fernandes. Brasília, DJ 10 fev de 2011. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000169567&base=baseAcordaos>> Acesso em: 01/11/2013

_____. **Habeas Corpus n. 103986**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 08/02/2011, DJe-037 DIVULG 23-02-2011 PUBLIC 24-02-2011 EMENT VOL-02470-01 PP-00128 RT v. 100, n. 907, 2011

_____. **Habeas Corpus n. 108004**, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 04/12/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULG 14-12-2012 PUBLIC 17-12-2012

_____. **Habeas Corpus n. 112250**. MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-058 DIVULG 20-03-2012 PUBLIC 21-03-2012)

_____. **Habeas Corpus n. 115201/MA**. Paciente: Neilson Silva Fontinele. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Luiz Fux. Julgado em: 23/09/2013.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000215428&base=baseAcordaos>>. Acesso em 23.10.2013

_____. **Habeas Corpus n. 115873**, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 21/05/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-104 DIVULG 03-06-2013 PUBLIC 04-06-2013

_____. **Habeas Corpus n. 80717**. Impetrante: Alberto Zacharias Toron. Paciente: Nicolau dos Santos Neto. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ellen Grecie. Brasília, DJ 05/03/2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000096190&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 01/11/2013

_____. **Habeas Corpus n. 92751**. Impetrante: José Zorzeto Tortoza. Paciente: Agostinho Maria dos Santos Nogueira e outros. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ 22 de out 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000194559&base=baseAcordaos>>. Acesso em 06 de nov 2013

_____. **Habeas Corpus n. 93883**. Paciente: Rafael Ribeiro de Oliveira e René José Renner. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 26.08.2008.< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000001126&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 24.10.2013

_____. **Habeas Corpus n. 95009**. Impetrante: Nélio Roberto Silva e outros. Paciente: Daniel Valente Dantas e Veronica Valente Dantas. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DJ 19 de dez 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+95009%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+95009%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cwahxjh>>. Acesso em: 05 de nov 2013

_____. **Habeas Corpus n.107148/SP**. Paciente: Rafael Brustelo de Andrade. Impet: Juscinara Virgens dos Santos. Coator: Relator do HC 191667 do

Superior tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 03/09/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28prazo+pris%E3o+preventiva%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c7qspha>>. Acesso em: 23/10/2013

_____. **Habeas Corpus nº. 111224**. Paciente: Alex Jose da Cruz. Impetrante: Djalma Fregnani Junior. Caotor: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília. DJ 25 jun 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000189543&base=baseAcordaos>> Acesso em: 01 de nov 2013

_____. **Recurso em Habeas Corpus n. 113310**, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 19/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 15-04-2013 PUBLIC 16-04-2013

_____. **Recurso Ordinário de Habeas Corpus n. 83179**. Recorrente: Ministério Público Federal, João Campos da Silva e José Barbosa dos Santos. Recorrido: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em: 01.07.2003.<
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000096720&base=baseAcordaos>> Acesso em 24/10/2013

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: JusPodivm, 2013

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1999

_____. **Considerações sobre a Prisão Preventiva**. N. 19. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público, 2004

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. **Pedido de Prisão Preventiva n. 0390733-67.2013.8.05.0001**. Autor: Autoridade Policial da 7ª Delegacia Territorial. Réu: Katia Vargas Leal Pereira. Juiz de Direito: Moaracir Pitta Lima Filho. Julgado em 15 de out. 2013. Disponível em: <
<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=010007YB90000&processo.foro=1&dadosConsulta.localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NMPARTE&dadosConsulta.tipoNuProcesso=UNIFICADO&dadosConsulta.valorConsulta=katia+vargas+leal+pereira&vlCaptcha=jaqku&paginaConsulta=1>> Acesso em: 03 de nov. 2013

VARGAS, José Cirílio de. **Processo Penal e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992