

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO

LEANDRO CARNOT PINTO TAVARES

**A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA COMO GARANTIA DA  
CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DA ABRANGÊNCIA DO  
CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA**

Juiz de Fora  
2014

LEANDRO CARNOT PINTO TAVARES

**A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA COMO GARANTIA DA  
CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DA ABRANGÊNCIA DO  
CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Cristiano Álvares Valladares Lago.

Juiz de Fora  
2014

LEANDRO CARNOT PINTO TAVARES

**A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA COMO GARANTIA DA  
CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DA ABRANGÊNCIA DO  
CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA**

Monografia de conclusão de curso apresentada à  
Faculdade de Direito da Universidade Federal de  
Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do  
título de Bacharel em Direito, sob a orientação do  
Professor Cristiano Álvares Valladares Lago.

---

Professor Mestre Cristiano Álvares Valladares Lago  
(Orientador)  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Professor Doutor Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Professor Doutor Luiz Antônio Barroso Rodrigues  
Universidade Federal de Juiz de Fora

Juiz de Fora  
2014

## **AGRADECIMENTOS**

Gostaria de agradecer aos meus pais, meu irmão e toda minha família pelo incentivo e apoio constantes. Aos amigos, sou grato pela estima que sempre tiveram por mim. À Priscila, agradeço não só por me encorajar na busca desta conquista, mas também por sua contribuição efetiva me auxiliando no conteúdo e na escrita deste documento. Também, agradeço ao meu orientador, Professor Cristiano Álvares Valladares Lago, pela ilustre colaboração e por me dar os subsídios necessários para elaboração deste trabalho. E, sobretudo, agradeço à Deus pelas oportunidades que tive e pelas pessoas maravilhosas que me ajudaram à alcançar este sonho.

## RESUMO

A liberdade é um direito fundamental do cidadão e deve ser garantido em sua plenitude. Entretanto, a lei e Constituição Federal admitem a possibilidade de restringi-la, se em nome de um bem maior. Porém, ponderar sobre qual direito fundamental seria mais valioso que a liberdade não é tarefa fácil. Essa ponderação se mostra ainda mais inglória quando tratamos da prisão cautelar, mais especificamente da prisão preventiva, que vem prevista como forma de garantir a efetividade da tutela jurisdicional. Por isso, a lei prevê hipóteses extremamente excepcionais para a decretação da prisão preventiva, tentando deixar claro em quais situações tal medida é cabível. Contudo, o legislador falhou em sua tarefa ao utilizar o termo jurídico indeterminado “garantia da ordem pública” como fundamento para uma medida tão rígida. Diante disso, a jurisprudência vem utilizando esta ferramenta processual de forma infundada, muitas vezes até arbitrária, se distanciando do fim para o qual foi criada. Uma destas formas é a decretação da prisão preventiva como garantia da credibilidade da justiça, fundamento tido até por tribunais superiores como desdobramento razoável para a hipótese legal da prisão como garantia da ordem pública. Destarte, o presente trabalho tem por finalidade analisar a proporcionalidade e a constitucionalidade de tal fundamento, apoiando-se em doutrinadores renomados e analisando o sistema jurídico como um todo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Prisão preventiva; ordem pública; garantia da credibilidade da justiça; repercussão social; clamor público.

## ABSTRACT

The liberty is a citizen's fundamental right and should be guaranteed to its plenitude. However, the law and the Federal Constitution admit the possibility of restricting it, whether in the name of the greater good. Nonetheless, to ponder which fundamental right would be more valuable than the liberty is not an easy work. This reflection seems even more inglorious when we deal with the precautionary arrest, more specifically the preventive arrest, which is provided in order to ensure the effectiveness of the jurisdictional tutelage. Therefore, the law provides extremely exceptional circumstances for adjudication of preventive arrest, in order to make it clear in which situations it is appropriate. Yet, the legislator failed in his task by using the legal term "guarantee of public order" as the foundation for such a rigid measure. Hence, the jurisprudence has been utilizing this procedural tool in an unfounded way, often even arbitrary, shunning the purpose for which it was created. One of these ways is the preventive prison adjudication as guarantee of justice credibility, a foundation considered even for superior courts as a reasonable unrolling for the legal hypotheses of the prison as guarantee of public order. Thus, this study aims to analyze the proportionality and the constitutionality of such foundation, by relying in renowned scholars and analyzing the legal system as a whole.

**KEYWORDS:** Preventive arrest; public order; guarantee of justice credibility; social repercussions; public clamor.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penas
DJe	Diário da Justiça eletrônico
HC	<i>Habeas Corpus</i>
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

Introdução .....	9
Capítulo 1 – Prisão Preventiva .....	11
1.1 – Evolução Histórica .....	11
1.2 – Natureza Jurídica – Medida Cautelar .....	15
1.3 – Definição .....	20
1.4 – Princípios Relacionados .....	21
1.5 – Condições de Admissibilidade .....	24
1.6 – Requisitos .....	27
1.7 – Pressupostos .....	29
Capítulo 2 – Debate sobre o pressuposto da “garantia da ordem pública” .....	33
Capítulo 3 – Da prisão preventiva para garantia da credibilidade da justiça ...	40
Conclusão .....	48
Referência Bibliográficas .....	51

## INTRODUÇÃO

Os últimos dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça dão conta de que, em média, 42% dos encarcerados no Brasil são presos provisórios. Em números absolutos, a quantidade de presos sem condenação definitiva chega perto de 200 mil encarcerados em nosso país, conforme o último levantamento realizado pelo Conselho.

Isso mostra que a medida da prisão provisória vem sendo utilizada de forma indiscriminada pelos magistrados brasileiros. Embora tenha respaldo legal, a prisão processual não pode servir como forma de punição antecipada do réu, sob pena de ferir diversos princípios constitucionais.

Em se tratando da Prisão Preventiva, se vê necessária, no atual contexto, a discussão acerca da banalização da utilização deste instituto, fundamentada na larga abrangência de suas hipóteses de aplicação.

Como veremos, a prisão preventiva é uma medida cautelar, que tem por objetivo, acima de tudo, garantir a efetividade e a eficácia do processo penal. Sua aplicação deveria se restringir aos casos em que a medida se faz justa e absolutamente necessária, quando se verificar que nenhuma outra medida seria capaz de atingir este fim.

A generalidade e abstração do conceito de “ordem pública” para o processo penal vêm originando densos debates quanto à decretação da prisão preventiva como forma de garanti-la. Em nome desse fundamento, temos verificado prisões arbitrárias e infundadas, ao se considerar a utilização dessa medida excepcional como forma de manipular a opinião pública a respeito da credibilidade do poder judiciário.

E é por isso que se faz relevante o presente estudo, para que seja analisado o conceito de “ordem pública” como pressuposto de aplicação da prisão preventiva, explorando os fundamentos aludidos pela jurisprudência para tanto, e verificando a possibilidade de utilização deste como forma de responder os anseios da sociedade.

Para tanto, o método de pesquisa utilizado será o dedutivo, em que serão analisados, primeiramente, os aspectos gerais sobre o tema, para, ao desenvolver do trabalho, ser especificada e discutida a possibilidade de aplicação da prisão cautelar como forma de manutenção da credibilidade da justiça, aludindo os princípios constitucionais da legalidade, presunção de inocência e devido processo legal, bem como a proporcionalidade desta medida.

De início, serão tratados os aspectos gerais sobre o instituto da prisão preventiva. Evolução histórica, sua natureza jurídica de medida cautelar, definições doutrinárias, hipóteses de aplicação, bem como seus pressupostos e requisitos legais. Será uma abordagem mais abrangente, contudo, já serão tecidas as primeiras considerações críticas a respeito do instituto.

Em seguida, será realizado um debate sobre o requisito da “garantia da ordem pública”, em que adentraremos na discussão a respeito da aplicação da prisão preventiva como garantia da ordem pública. Como se pode perceber, trata-se de uma hipótese bastante controversa na doutrina por se tratar de um conceito jurídico indefinido, geral e abrangente, podendo vir a gerar insegurança ao destinatário da norma, ao não se visualizar concretamente sua hipótese de incidência, o que será bastante debatido nesta parte do trabalho.

Posteriormente, trataremos especificamente da decretação da prisão preventiva como garantia da credibilidade da justiça, uma vez que esta é uma das acepções utilizadas e admitidas pela jurisprudência como desdobramento da garantia da ordem pública. Serão tratados o papel da mídia na manipulação do clamor público, a relevância da repercussão social do crime, o papel do julgador mediante o contexto social, para, ao final, argumentar se esta é uma hipótese plausível, razoável e legal de aplicação da prisão preventiva.

Ao final, o trabalho será concluído com o posicionamento acerca da ilegalidade da aplicação do instituto da prisão preventiva como garantia da credibilidade da justiça, mediante a consideração de todos os aspectos suscitados.

# CAPÍTULO 1

## PRISÃO PREVENTIVA

### 1.1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA:

A prisão preventiva está positivada no ordenamento jurídico pátrio no Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – o Código de Processo Penal, pelos artigos 311 ao 316. Trata-se de um procedimento de natureza cautelar de inúmeras controvérsias a respeito de seus fundamentos e requisitos, tendo passado por diversas mudanças ao longo dos tempos.

O instituto tem seus primeiros relatos já na Antiguidade, no Direito Romano, em que a tônica da sanção principal era a aplicação de penas cruéis vinculadas à ideia de castigo e sofrimento. Entretanto, utilizava-se da prisão como forma de manutenção do acusado sob os olhos do Estado até que fosse proferida a sentença definitiva. Assim também se procedia durante a Idade Média, em que a única forma de prisão utilizada possuía caráter cautelar, visando manter o acusado sob custódia para efetivar a aplicação da pena a ser proferida em posterior sentença.

Observa-se, portanto, que a ideia de prisão preventiva surgiu como ferramenta para garantir a aplicação da sanção principal, vez que não se falava em cárcere como pena principal. A prisão sanção começa a ser utilizada apenas na Idade Moderna, a partir do fim do século XVII. Ressalte-se que a noção de prisão naqueles tempos era algo muito mais brando do que as penas principais, que iam da mutilação à morte, passando por escravidão e exílio. A partir do momento em que se utiliza do cárcere como sanção principal, passa a se ponderar a razoabilidade de se utilizar da prisão como ferramenta para se garantir a aplicação da pena definitiva.

Foi no período Iluminista, no século XIX, que se passou a questionar as penas desumanas, que passaram a serem reprimidas pela sociedade, devido à nova mentalidade proposta por este movimento. Surgiram, nessa época, diversos pensadores que, através de suas obras, marcariam para sempre a história da humanização das penas, dentro dos quais citamos Cesare Beccaria (“Dos Delitos e

das Penas”, 1764), John Howard (“O Estado das Prisões na Inglaterra e País de Gales”) e Jeremias Bentham (“Tratado das Penas e das Recompensas”, 1791).

A partir dessa virada de pensamento, consolidou-se a prisão como forma de pena principal, o que ocasionaria, posteriormente, na discussão sobre a prisão como instrumento processual.

Seguindo a evolução pela qual passou o Direito, há de se ter como marco relevante, após a Segunda Guerra Mundial, o advento da era neoconstitucionalista, pela qual se chega aos ditames do Estado Democrático de Direito em que se entende ser os princípios os reguladores da justiça dentro de sua estrutura, sendo esta baseada na legitimação de poder pelo povo, através do qual se constitui, democraticamente, a ordem jurídica a reger a sociedade.

Sob o prisma do Estado Democrático de Direito, Vergottini<sup>1</sup> assinala que o Estado:

“Segundo a doutrina dominante, é caracterizado como um ente independente, tendo como elementos, necessariamente, a população, fixada num determinado território, onde a há uma estrutura governamental que é regida pelas normas emanadas do próprio povo, buscando assim a sua estrutura organizativa”.

Deste movimento surge a Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, que consagra a ordem jurídica vigente até os dias atuais, pautada pelos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, a prisão, seja ela medida cautelar ou sanção principal, é tratada como exceção dentro do sistema jurídico, vez que culmina no cerceamento de um direito fundamental da pessoa humana – a liberdade.

Portanto, dentro da óptica do Estado Democrático de Direito, para se restringir qualquer direito do cidadão, principalmente em se tratando de um direito

---

<sup>1</sup>apud SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado. 2 ed. Ver. Atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

fundamental, devem-se observar os princípios norteadores da ordem jurídica e social vigente.

Especialmente no que tange o tema principal do presente trabalho, destaca-se como o principal limitador da prisão preventiva o Princípio da Presunção de Inocência, consagrado na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LVII, que diz que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Nesse contexto, a partir dessa nova era constitucional no Brasil, como tentativa de adequar o Código de Processo Penal, sancionado em 1941, aos novos ditames do ordenamento jurídico pátrio, surge a Lei nº 12.403/2011, que altera vários dispositivos do CPP referentes à prisão processual e cria as medidas cautelares alternativas à prisão, com o intuito de compatibilizar o processo penal com os princípios consagrados pela Constituição Federal de 1988.

Porém, antes do surgimento dessa lei, que está em vigor, as prisões cautelares passaram por significativas mudanças ao longo da história do Direito Processual Penal brasileiro.

Em paralelo à evolução histórica mundial das prisões processuais, relatada acima, internamente, no Brasil o processo penal teve suas peculiaridades, que culminaram em uma evolução própria.

O primeiro Código de Processo Penal do Brasil foi o Código Criminal do Império, publicado em 1832. Apesar de o contexto sugerir o modelo inquisitivo, neste primeiro código processual brasileiro já havia a separação das funções de julgar e acusar em personagens distintos, caracterizando a marca do sistema acusatório. Porém, o juiz ainda acumulava a função de investigação criminal, o que dava a ele grandes poderes perante o acusado, inclusive o de utilizar a prisão preventiva quando lhe conviesse.

No Brasil República, se verificou uma continuação no abrandamento do modelo inquisitivo. A Constituição da República, promulgada em 1934, extinguiu o pluralismo processual dos Estados, o que culminou no Código de Processo Penal de

1941, que vige até hoje. Naquele contexto, as prisões passaram a ser decorrência da pronúncia ou da sentença condenatória. Havia uma antecipação do juízo de culpabilidade, uma vez que o sistema de prisões não se preocupava com a cautelaridade da prisão antes do trânsito em julgado final da sentença.

Entretanto, no que diz respeito às prisões, este não é o último marco de nossa história. Ao longo dos mais de 70 anos de vigência do atual Código de Processo Penal, o sistema de prisões vem se transformando paulatinamente. Uma alteração importante se deu com alteração do artigo 310 do Código, que, antes, tratava a prisão cautelar quase como automática no caso de flagrante delito, poucas eram as possibilidades de liberdade provisória. Porém, a lei 6.416/1977 atribuiu nova redação ao referido artigo ampliando a possibilidade de liberdade provisória sem fiança. Outra importante mudança foi a extinção das prisões decorrentes da pronúncia e da sentença, pelas leis 11.689/2008 e 11.719/2008.

Essa transformação do sistema de prisões ganha relevante capítulo com a citada lei 12.403/2011, que tenta adequar o Código de Processo Penal, vigente desde 1941, aos atuais ditames neoconstitucionais. No que tange o tema em estudo, a lei propôs as medidas cautelares propriamente ditas, como meio de se assegurar a efetividade do processo, passando a tratar a prisão preventiva, nas palavras de Luiz Flávio Gomes<sup>2</sup>, como a “*extrema ratio da ultima ratio*”.

Entretanto, a lei não foi suficiente para o fim a que se destinou, e ainda deixou brechas para a aplicação da prisão processual em desconformidade com os princípios constitucionais, como veremos neste trabalho.

Portanto, como já dito anteriormente e será pormenorizado adiante, a prisão preventiva é uma medida cautelar que visa assegurar o melhor desenvolvimento de um processo principal que poderá vir a condenar o acusado ou não. Diante disso, se propõe uma densa discussão acerca das razões, requisitos e pressupostos para sua decretação, afim de que esta ferramenta não seja utilizada de forma arbitrária e injusta.

---

<sup>2</sup>GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Coord.). *Prisão e Medidas Cautelares*. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 25.

Destarte, chega-se a atual conjuntura de considerações a respeito da prisão preventiva dentro da estrutura jurídica em vigor, sobre as quais serão tecidas o presente trabalho. É sobre esta contextualização que devemos ponderar a respeito do que será tratado a seguir.

## **1.2 – NATUREZA JURÍDICA – MEDIDA CAUTELAR:**

O instituto da prisão preventiva, atual objeto de estudo, possui natureza jurídica de medida cautelar. Embora exista muita discussão a respeito disso, conforme será tratado mais a frente, é importante expor se construir uma base teórica sobre as medidas cautelares em geral, para que, posteriormente, se tenha respaldo para uma abordagem mais desenvolvida sobre a prisão preventiva.

Para que se aprofunde nas discussões quanto às hipóteses e requisitos para a aplicação da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro atual, faz-se necessário, anteriormente, delimitarmos doutrinariamente os fins a que se destina o processo, fazendo a distinção entre os processos de conhecimento, de execução e cautelar, para que cheguemos à melhor caracterização deste, vez que é no qual se encaixa o objeto de discussão do presente trabalho.

Pois bem, no contexto do Estado Democrático de Direito, o processo surge como um instrumento de efetivação justa e razoável dos direitos garantidos ao indivíduo. É a ferramenta na qual o Estado, através da jurisdição, atua seguindo métodos preestabelecidos legalmente para garantir a justiça dirimindo lides e efetivando os direitos individuais.

Sobre o tema, Cintra, Grinover e Dinamarco<sup>3</sup>. sugerem que "o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à justiça, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em acesso à ordem jurídica justa".

---

<sup>3</sup> CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*. 17ª edição. Malheiros Editores, p. 33.

Entende-se, assim, o processo como instrumento de tutela efetiva de direitos. Para tanto, dependendo da natureza da pretensão a ser inferida em juízo, a tutela jurisdicional distinguirá o processo em três, caracterizando-os de acordo com aquilo que visam tutelar: o processo de conhecimento, o processo de execução e o processo cautelar. A principal diferença de tratamento dada aos três tipos de processo reside na profundidade da cognição acerca da matéria sobre a qual se pretende a prestação jurisdicional, de acordo com a gravidade e urgência da situação proposta na lide.

Kazuo Watanabe<sup>4</sup>, em sua obra “Da cognição no processo civil”, classifica a cognição em dois planos: plano horizontal quanto à extensão da cognição (plena ou limitada) e vertical quanto à profundidade da cognição (exauriente ou sumária).

Nos processos de urgência, no qual se destaca o processo cautelar, é permitido um juízo limitado e sumário quanto à matéria uma vez que há o risco de perecimento do objeto do processo durante seu curso. Daí já o primeiro requisito para a tutela cautelar, a urgência.

Já nos processos de conhecimento e execução, busca-se a cognição plena e exauriente, visto que não há urgência quanto à tutela jurisdicional perquirida, não existe o risco de perecimento do objeto do processo.

José Carlos Barbosa Moreira<sup>5</sup> diferencia com precisão as três formas de processo:

“... o processo de conhecimento, tendente à formulação da norma jurídica que deve reger determinada situação, e o processo de execução, por meio do qual se atua, praticamente, essa norma jurídica concreta, têm um denominador comum: visam um e outro à tomada de providências capazes de, conforme o caso, preservar ou reintegrar em termos definitivos a ordem jurídica e o direito subjetivo ameaçado ou lesado. Por isso se diz que constituem modalidades de tutela jurisdicional imediata ou satisfativa.

---

<sup>4</sup> WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª Ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 111.

<sup>5</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, p.369.

A ambos se contrapõe, em tal perspectiva, o processo cautelar, cuja finalidade consiste apenas em assegurar, na medida do possível, eficácia prática de providências, quer cognitivas, quer executivas. Tem ele, assim, função meramente instrumental em relação às duas outras espécies de processo, e por seu intermédio exerce o Estado uma tutela jurisdicional mediata."

Ressalte-se por oportuno, que as observações aqui descritas fazem parte de uma teoria geral do processo, no qual se engloba o processo como um todo, sem distinção entre o processo civil e o penal, embora o enfoque maior sempre seja sobre o primeiro. Entretanto, todas as anotações guardam relevante e fundamental pertinência com a matéria processual penal aqui tratada.

Antes de se passar para características da medida cautelar de fato, cumpre observar mais uma discussão. Quanto à existência de um direito subjetivo próprio nos processos cautelares, divergem os instrumentalistas e os estruturalistas. A corrente amplamente majoritária da doutrina, encabeçada por Perio Calamandrei, defende a instrumentalidade das medidas cautelares; sustenta que não há de se falar em direito subjetivo material à segurança nas medidas cautelares, vez que esta se destina basicamente a garantir a efetividade de um processo principal; a lide cautelar não é autônoma, como veremos a seguir. Por outro lado, a corrente minoritária, defendida por Ovídio Batista<sup>6</sup>, admite que a função cautelar possui uma carga de efeito teleológico próprio em relação às outras funções processuais; em crítica direta à teoria dominante, o referido autor assevera que:

“esse desprezo pela estrutura ou pela ontologia das medidas cautelares é a marca fundamental da doutrina de Calamandrei, que, ao usar a tutela cautelar, como um 'tertium genus', não o define pela qualidade última de seus efeitos, mas simplesmente por sua instrumentalidade”.

---

<sup>6</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo cautelar. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 89.

Sobre o embate doutrinário, Maria Ignez Lanzellotti Baldez Kato<sup>7</sup> bem resume toda discussão a respeito do tema:

“A doutrina tradicional apoiada em Calamandrei sustenta que a tutela cautelar não possui finalidade em si mesma, já que vinculada instrumentalmente a garantir a eficácia dos processos de cognição e de execução. Já o que se percebe com o desenvolvimento do tema por Ovídio Batista e outros, é que a tutela cautelar possui autonomia própria, constituindo uma espécie de providência independente da tutela de conhecimento e da tutela de execução, contrapondo-se a elas por sua própria substância e não somente em razão de sua funcionalidade. Na realidade, o referido autor admite na tutela cautelar um direito material à segurança. A outra corrente, por sua vez, admite como objeto da lide cautelar a existência ou não do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, fato esse que talvez melhor corresponda à realidade procedimental da cautelar”.

Utiliza-se como base, portanto, para o presente estudo, a teoria instrumentalista por ser a melhor aceita pela doutrina pátria, vez que se verifica a mais adequada ao presente contexto jurídico-social. Entretanto, fez-se necessário trazer à tona a referida discussão a fim de demonstrar, o que será feito posteriormente, que a jurisprudência tem se valido da teoria estruturalista para legitimar decisões discutíveis.

Passa-se, agora, a analisar meticulosamente, dentro das limitações temáticas deste estudo, as definições e características da medida cautelar, sob a óptica do direito processual penal.

É possível caracterizar, basicamente, o processo cautelar, dentro da proposta da teoria instrumentalista, a qual será utilizada para tanto, através de três elementos: a instrumentalidade, a acessoriedade e a provisoriedade.

Fala-se em instrumentalidade porque o processo cautelar não se satisfaz em si mesmo, ele se propõe a assegurar o resultado prático de outro processo, seja de

---

<sup>7</sup> KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. A (des)razão da prisão provisória. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 53.

execução ou de conhecimento. O processo cautelar é instrumental, portanto, visto que serve e tutela outro processo.

Daí decorre também a característica da acessoriedade, pois, embora goze de autonomia procedimental, a cautelar sempre depende da existência, ou da probabilidade de existência de um processo principal. Aqui nos valem de um artigo do Código de Processo Civil para confirmar e efetivar tal afirmativa, o art. 796, que diz que “O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”.

O caráter provisório do processo cautelar se verifica uma vez que, por definição, a medida cautelar visa garantir a prestação jurisdicional definitiva (instrumentalidade) quando esta estiver ameaçada, levando sempre em consideração os pressupostos da urgência e da verossimilhança das alegações. Sua eficácia, portanto, se limita até quando perdurar o estado de urgência ou até que se proceda a tutela definitiva.

Ademais, faz-se necessária para a efetivação de uma medida cautelar dentro do processo, a cumulação de dois pressupostos essenciais: o *fumus boni iuris*, que se caracteriza pela verossimilhança entre o fato alegado e o fato previsto abstratamente, em face da possibilidade e da probabilidade de se garantir o objeto perquirido pela tutela jurisdicional; e o *periculum in mora*, que se verifica na probabilidade de perecimento ou deteriorização do bem jurídico tutelado no processo principal por uma situação de risco efetivo, que possa resultar em frustração ao fim da lide originária, de onde revela a característica da urgência, conforme já relatada anteriormente.

A respeito do tema, são importantes as lições do professor José Carlos Barbosa Moreira<sup>8</sup>, afirmando que em razão:

“da possibilidade de ocorrerem situações em que a ordem jurídica se vê posta em perigo iminente, de tal sorte que o emprego das outras

---

<sup>8</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Novo Processo Civil Brasileiro, 19ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 301.

formas de atividade jurisdicional provavelmente não se revelaria eficaz, seja para impedir a consumação da ofensa, seja mesmo para repará-la de modo satisfatório.”

Estas são, portanto, características e pressupostos gerais de aplicação da medida cautelar, utilizadas tanto no processo civil, quanto no processo penal. Entretanto, a seguir, serão destacadas as peculiaridades da prisão preventiva como medida cautelar, seus requisitos e hipóteses de aplicação individualizadas, buscando chegar ao tema central a ser abordado.

### **1.3 – DEFINIÇÃO:**

Adentra-se, agora, em um estudo mais aprofundado e direcionado do instituto da prisão preventiva. Primeiramente, cabe conceituar e verificar quais os princípios jurídicos embasam sua aplicação.

Nas palavras de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar<sup>9</sup>, a prisão preventiva:

“É a prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, leia-se, durante o inquérito policial e na fase processual. Até antes do trânsito em julgado da sentença admite-se a decretação prisional, por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente (art. 5º, inciso LXI da CF), desde que presentes os elementos que simbolizem a necessidade do cárcere, pois a preventiva, por ser medida de natureza cautelar, só se sustenta se presentes o lastro probatório mínimo a indicar a ocorrência da infração, os eventuais envolvidos, além de algum motivo legal que fundamente a necessidade do encarceramento.”

Corroborando no mesmo sentido, leciona Vilmar Pacheco<sup>10</sup>, de forma mais sintética:

---

<sup>9</sup>ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 7ª ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 579.

“Entre os artigos 311 e 316 do Código de Processo Penal, o legislador dispõe sobre a prisão preventiva que, da mesma natureza jurídica das prisões em flagrante e temporária, é processual, provisória e acautelatória, exigindo, para a privação da liberdade do agente, além do decreto fundamentado pelo juiz, os requisitos fundamentais do *fumus delicti comissi e periculum libertatis*.”

Conclui-se, então, que a prisão preventiva é, antes de mais nada, uma medida cautelar que funciona como ferramenta para a efetivação da tutela jurisdicional processual penal, tendo por fim último garantir seu melhor desenvolvimento, evitando interferências e garantindo o cumprimento do posterior *decisium*. Para tanto, uma vez que o referido instituto restringe um direito fundamental tão importante ao ser humano – a liberdade, ele vem cercado de pressupostos e requisitos a serem ponderados antes de sua aplicação, e que impedem que tal ferramenta seja usada de forma arbitrária e injusta.

#### **1.4 – PRINCÍPIOS RELACIONADOS:**

Faz-se mister ressaltar que as prisões são constitucionalmente permitidas, face o artigo 5º, inciso LXI que preceitua “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Entretanto, deve-se, acima de tudo, ter em mente que a prisão, a qualquer tempo, é uma medida de exceção, que visa, primeiramente, punir o cidadão que transgredir as regras impostas pela sociedade por meio das leis. Trata-se do poder conferido constitucionalmente ao Estado de privar o cidadão de sua liberdade em nome da paz social. Tem-se, portanto, uma ponderação entre direitos, que deve ser feita com enorme cautela.

---

<sup>10</sup>THUMS, Gilberto, PACHECO, Vilmar. Nova lei de drogas: crimes investigação e processo. 3ª Ed. Verbo Jurídico. Porto Alegre. 2010.

Para que essa ponderação se efetive da forma mais justa possível, visando a utilização da prisão preventiva como ferramenta processual, deve-se aplicá-la em consonância com os princípios que regem nossa Constituição Federal e o Direito como um todo. Dentre os quais, destaca-se alguns que, de certa forma, limitam a aplicação desse instrumento processual.

O Princípio da Presunção de Inocência está consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º, inciso LVII, citado acima. É ele o principal limitador da prisão preventiva. Segundo ele, o estado de inocência e a liberdade são a regra, e o cárcere é a exceção. Alguns autores têm uma visão mais radical sobre a adequação da prisão preventiva ao referido princípio, dentre os quais destacamos Luigi Ferrajoli<sup>11</sup>, que sugere até mesmo a abolição da prisão processual, sustentando, assim, que o decreto de prisão antes do trânsito em julgado “é ilegítimo e inadmissível”.

Entretanto, é pacífico o entendimento de que a consagração do princípio da inocência não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões cautelares, que continuam sendo reconhecidas pela jurisprudência de todos os Tribunais. Em contraposição à posição do jurista italiano, destaca-se a tese defendida por Germano Marques da Silva<sup>12</sup>, que assinala:

“Também no que respeita ao modo da execução das medidas ele deve ser o mais compatível possível com a presunção de inocência, sendo as limitações à liberdade as estritamente necessárias à satisfação das suas finalidades processuais. Não se entende, por

---

<sup>11</sup>Por todos, leciona Ferrajoli: “Si no se quiere reducir la presunción de inocencia a puro oropel inútil, debe aceptarse esta provocación de Manzini, demostrando que no sólo el abuso, sino ya antes el uso de este instituto [prisão cautelar] es radicalmente ilegítimo y además idóneo para provocar, como enseña la experiencia, el desvanecimiento de todas las demás garantías penales e procesales” Mais, conclui o autor que “(...) la admisión en principio de la prisión ante iudicium, sea cual fuere el fin que se le asocie, choca de raíz con el principio de jurisdiccionalidad, que no consiste en poder ser detenidos únicamente por orden de un juez, sino en poder serlo sólo sobre la base de un juicio. Por outra parte, todo arresto sin juicio ofende el sentimiento común de la justicia, al ser percibido como un acto de fuerza y de arbitrio. No existe, en efecto, ninguna resolución judicial y tal vez ningún acto de poder público que suscite tanto miedo e inseguridad y socave tanto la confianza en el derecho como el encarcelamiento de un ciudadano sin processo (...)” FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: teoría del Garantismo Penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000, pp. 555 - 559.

<sup>12</sup>SILVA, Germano Marques. Curso de Processo Penal. 2. ed., São Paulo: Editorial Verbo, 1999, v. 2, p. 236.

isso, que a prisão preventiva possa ser equiparada na sua execução à pena de prisão, como geralmente sucede entre nós.”

Destarte, verifica-se mais razoável a aplicação velada do instituto, tendo sempre o referido princípio como limitação e garantia fundamental do direito a liberdade. Nesse sentido, melhor definem Távora e Alencar<sup>13</sup>: “A preventiva é medida de exceção, devendo ser interpretada restritivamente, para compatibilizá-la com o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII da CF), afinal, o estigma do encarceramento cautelar é por demais deletério à figura do infrator”.

Outro que limita a utilização da prisão preventiva de forma a evitar arbitrariedades é o Princípio da Legalidade, que tem sua aplicação unânime perante a lei penal e processual penal, segundo o qual “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, conforme se encontra consagrado na Carta Magna. A prisão preventiva, como já relatado, é autorizada constitucionalmente pelo art. 5º, inciso LXI da CF, e legalmente pelo art. 311 do CPP. Todavia, a aplicação do que está previsto na lei deve ser feita de maneira restritiva, para que não se restrinja um direito fundamental de forma arbitrária e inesperada. Também é unânime entre doutrina e jurisprudência que a interpretação da lei penal e processual penal deve ser restritiva, como já constatamos dos ensinamentos de Távora e Alencar, descritos acima.

Sobre o tema, voltamos a citar Kato<sup>14</sup>, que propõe fundamental reflexão quanto ao tema:

“Questão que se torna indispensável nesta reflexão relaciona-se ao princípio da legalidade, que, na cautelar, deve se limitar à existência legal da constrição provisória da liberdade de forma taxativa quanto aos seus requisitos. É certo quanto à valoração da existência dos pressupostos legais que a decretação da medida é ato judicial discricionário, não autoritário, e, em relação à valoração sobre conceitos amplos e genéricos referente aos requisitos impostos na

---

<sup>13</sup> ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 7ª ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 579.

<sup>14</sup> KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. *A (des)razão da prisão provisória*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 116.

lei, devem eles estar conceituados taxativamente na lei, em respeito ao princípio da legalidade. Portanto, afirmamos mais uma vez a admissibilidade do poder geral de cautela do juiz tão-somente sobre a valoração da existência dos pressupostos e dos requisitos legais, o que, por conseguinte, afasta qualquer tipo de prisão automatizada ou arbitrária”.

Assim, o referido princípio vincula que devemos nos ater estritamente aos preceitos da lei para uma aplicação justa e constitucional da ferramenta em questão. A utilização, pela lei, de termos com conceito abrangente deve ser interpretada da maneira mais limitada possível, de forma a não dar margem a situações de insegurança ao destinatário da lei. Uma vez amplificados os conceitos que ensejam as hipóteses de aplicação da prisão preventiva, o cidadão não terá a possibilidade de prever qual ato se encaixa ou não naquela norma, gerando instabilidade e insegurança quanto ao ordenamento. Esta é a tese que será melhor discutida e sustentada posteriormente.

O Princípio do Devido Processo Legal, da mesma maneira, restringe a aplicação da prisão preventiva. Ele vem insculpido no art. 5º, LIV, da Carta Magna Federal, segundo o qual “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Aparentemente, trata-se de um princípio que veda a aplicação da prisão preventiva. Porém, admite-se a utilização do referido instituto em nome da paz social, e sempre excepcionalmente, observados os requisitos e pressupostos estipulados em lei, apesar das controvérsias e polêmicas a respeito do tema. Destarte, o referido princípio é mais um que atenta para a aplicação velada da prisão processual.

### **1.5 – CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE:**

Pois bem, expostas as limitações impostas pelos respectivos princípios constitucionais, passa-se às limitações impostas na própria lei que regulamenta a aplicação da prisão preventiva – o Código de Processo Penal.

Primeiramente, destacam-se as condições de admissibilidade da prisão preventiva. Trata-se das infrações que comportam a medida cautelar em questão. É uma restrição objetiva imposta pelo legislador para que a prisão processual seja aplicada apenas nos casos em que a medida seja razoável, sem dar margem a interpretações e ponderações. São elencadas no art. 313 do CPP, com redação determinada pela Lei nº 12.403/2011, *verbis*:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

O inciso primeiro dispõe que a prisão preventiva só tem cabimento na persecução penal para a apuração de crime doloso, cuja pena seja superior a quatro anos de reclusão ou detenção. Dessa maneira, os crimes culposos e as contravenções penais não estão abarcados pela norma, não sendo, portanto passível a utilização da prisão preventiva para suas respectivas apurações.

Como fundamentação para tal regra, explicam Távora e Alencar<sup>15</sup>: “A preventiva se reserva a abarcar os crimes dolosos mais graves (pena superior a quatro anos), independentemente de ser apenado com reclusão ou detenção. Esta é a regra.”

---

<sup>15</sup> ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 7ª ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 584.

Entretanto, a lei permite a decretação da medida cautelar em crimes dolosos de menor expressão em seus incisos segundo e terceiro, bem como em seu parágrafo único.

De acordo com o inciso segundo, caberá a prisão preventiva para a apuração de crime doloso com pena máxima inferior a quatro anos caso o acusado já tenha sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, respeitando o período depurador da reincidência (art. 64, I, Código Penal). Diante disso, o réu condenado, anteriormente, por sentença transitada em julgado por crime doloso, que venha a praticar outro crime doloso, em até cinco anos do cumprimento ou extinção da pena aplicada para aquele crime, poderá ter sua prisão preventiva decretada para melhor apuração do fato, mesmo que o crime pelo qual esteja sendo acusado comine pena máxima inferior a 4 anos de reclusão ou detenção. Esta é uma regra que se preocupa com a periculosidade do agente, e não, especificamente, com o crime praticado.

Ademais, a hipótese trazida pelo inciso terceiro permite a aplicação da prisão preventiva caso de crime que envolva violência doméstica e familiar, com a finalidade de garantir a execução de medida protetiva de urgência, anteriormente decretada. Trata-se de uma forma de dar maior efetividade às medidas protetivas disciplinadas na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006). Estas são outras espécies de medidas cautelares, que visam a proteção integral da mulher contra o agressor, impondo a este uma série de obrigações como a proibição de aproximação da ofendida, o afastamento do lar, o implemento de alimentos provisórios ou provisionais, etc. Diante do descumprimento de alguma destas medidas, poderá, portanto, ser decretada a prisão preventiva do agressor, desde que esta seja imprescindível para a realização daquela, ou seja, se por qualquer motivo a liberdade do agressor representar uma séria ameaça ao seu cumprimento. Ressalte-se que o inciso amplia a proteção aos hipossuficientes no seio familiar, não ficando restrita a figura da mulher.

Ademais, como situação excepcional, traz o parágrafo único do artigo, a hipótese de dúvida quanto à identidade civil do acusado, ou quando este não fornecer informações suficientes para esclarecê-la, como outra situação em que se

faz possível a aplicação da prisão preventiva. Trata-se da hipótese em que o acusado se recusa a prestar informações sobre sua identidade, de modo a gerar riscos à aplicação da lei penal ou à instrução. Como garantia, permite-se a prisão preventiva do suspeito, até que forneça elementos suficientes para tanto, momento em que deve ser colocado, imediatamente, em liberdade.

Além destas condições previstas no artigo 313 do CPP, o artigo 314 traz situações em que não serão admitidas a prisão preventiva:

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

De acordo com o artigo, não caberá a prisão preventiva se o juiz verificar que o agente praticou o fato típico em situação de estado de necessidade (art. 23, I, CP), legítima defesa (art. 23, II, CP) ou estrito cumprimento do dever legal (art. 23, III, CP). Ou seja, caso o acusado esteja acobertado por uma excludente de ilicitude, este não poderá ter sua prisão preventiva decretada.

Destarte, concluímos que a decretação da prisão preventiva só é possível em caso de apuração de crime doloso, dentre as hipóteses relatadas acima, observadas as situações de excludente de ilicitude, em que não poderá se proceder à prisão, e, excepcionalmente, quando houver dúvida em relação à identidade do suspeito, como traz o parágrafo único do referido artigo.

## **1.6 – REQUISITOS:**

Superadas as condições objetivas de admissibilidade da prisão preventiva, passa-se ao estudo dos requisitos para sua decretação. Já citados de forma superficial anteriormente, o fim do artigo 312 do Código de Processo Penal revela

duas condições imprescindíveis para a decretação desta medida cautelar. Verifica-se:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

O legislador deixou claro que para a decretação da prisão preventiva, fazem necessários demonstrar, cumulativamente, prova da existência do crime e indício suficiente da autoria. Estes caracterizam o *fumus boni juris* da medida cautelar, que no processo penal denomina-se *fumus commissi delicti*. Como ensina Fernando Capez<sup>16</sup>:

Na verdade, o que a doutrina tradicional chama de pressupostos, nada mais é do que um dos requisitos da tutela cautelar. Com efeito, esses pressupostos constituem o *fumus boni juris* para a decretação da custódia. O juiz somente poderá decretar a prisão preventiva se estiver demonstrada a probabilidade de que o réu tenha sido autor de um fato típico e ilícito.

Quanto à existência do crime, trata-se da comprovação incontestável da materialidade do delito. Para tanto, são necessárias provas concretas, que devem ser cercadas de máxima confiabilidade, a fim de que se tenha um juízo exauriente e certo acerca da constatação incontroversa do fato criminoso a ser apurado.

Quanto à autoria, são necessários apenas indícios, como o próprio legislador definiu, que liguem o acusado à prática do crime. Dessa maneira, não se exige prova plena de que o agente é, de fato, o autor da infração penal. Como destaca Julio Fabbrini Mirabete<sup>17</sup>, “a suficiência dos indícios da autoria é confiada ao

---

<sup>16</sup>CAPEZ, Fernando: Curso de Processo Penal, 13ª edição. São Paulo: Saraiva; 2006. p. 264.

<sup>17</sup>MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 18ª edição. São Paulo: Atlas; 2006. p.390

prudente arbítrio do magistrado, não exigindo regras gerais ou padrões que a definam”.

Portanto, os requisitos legalmente constituídos materializam o *fumus boni juris* para a decretação da medida cautelar, adaptado a *fumus commissi delicti* no caso da prisão preventiva, assegurando justa causa à tutela, garantindo-lhe segurança com a constatação probatória da infração e do infrator.

Entretanto, como vimos nos comentários sobre as medidas cautelares, não basta a configuração do *fumus boni juris* para satisfazer os requisitos de aplicação da tutela cautelar. Cumulativamente, há de se comprovar o *periculum in mora* para que se configure a necessidade da medida. Assim como no primeiro caso, o processo penal utiliza de uma nomenclatura peculiar para este requisito, que aqui se denomina *periculum libertatis*.

### **1.7 – PRESSUPOSTOS:**

As hipóteses de decretação da prisão preventiva são tidas como os pressupostos de aplicação e vêm positivadas no mesmo artigo 312 do CPP, em sua primeira parte, e expõem as razões para a deflagração da prisão preventiva. Trata-se dos fundamentos que revelam o fator de risco a justificar a efetividade da medida. Como toda medida cautelar, deve se mostrar evidente o caráter de urgência da tutela, de forma que a manutenção do *status quo* represente perigo à sociedade, merecendo uma atuação do Estado para garantir a paz social. Entretanto, como já dito, a prisão processual deve ser tida como medida de exceção, só sendo razoável em casos de extrema necessidade. Para isso, o legislador determinou seus requisitos, que foram anteriormente descritos, a serem conjugados cumulativamente, configurando o *fumus commissi delicti*, e os pressupostos, objeto da presente ponderação, dentre os quais basta a presença de um para que se configure o *periculum libertatis*, com o intuito de se definir estritamente na lei quando será possível a decretação da prisão processual.

Porém, não será tarefa fácil definir o conceito de todos os pressupostos. Isso porque os verbetes trazidos na lei possuem significado, por vezes, abrangente e de difícil elucidação, dando margem a interpretações das mais variadas, o que foge, como ressaltado em capítulo anterior, aos preceitos do processo penal.

Com intenção de elucidar eventuais dúvidas dos operadores do Direito, o Supremo Tribunal Federal disponibiliza um “*Glossário Jurídico*” em seu site oficial, de onde se extraí o seguinte sobre o conceito de Prisão Preventiva:

“A prisão preventiva é um instrumento processual que pode ser utilizado pelo juiz durante um inquérito policial ou já na ação penal, devendo, em ambos os casos, estarem preenchidos os requisitos legais para sua decretação. O artigo 312 do Código de Processo Penal aponta os requisitos que podem fundamentar a prisão preventiva, sendo eles: a) garantia da ordem pública e da ordem econômica (impedir que o réu continue praticando crimes); b) conveniência da instrução criminal (evitar que o réu atrapalhe o andamento do processo, ameaçando testemunhas ou destruindo provas); c) assegurar a aplicação da lei penal (impossibilitar a fuga do réu, garantindo que a pena imposta pela sentença seja cumprida).<sup>18</sup>”.

Verifica-se a intenção do STF de interpretar tais pressupostos da maneira mais restritiva possível, como se espera desta seara do direito, e como será proposto por este estudo. Para tanto, será analisado a seguir cada hipótese prevista na lei, com o intuito de, finalmente, definir em quais situações se faz possível a decretação da prisão preventiva.

Determina o artigo que a prisão preventiva poderá ser decretada por conveniência da instrução criminal. Quanto a este fundamento não existem maiores problemas, uma vez que doutrina e jurisprudência concordam que este dispositivo tutela a livre produção probatória, de forma que a prisão, fundamentada nessa hipótese, seria a única a medida capaz de impedir que o suspeito comprometa de alguma forma as investigações quanto ao fato, seja destruindo provas, ameaçando testemunhas ou de qualquer outra forma. Privilegia-se, com esta situação, o devido

---

<sup>18</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=P&id=441>. Acesso em 08/01/2014

processo legal, de forma a garantir uma investigação com maiores chances de se chegar à verdade.

Outrossim, permite-se a prisão preventiva para a garantia da aplicação da lei penal. Mais uma vez, doutrina e jurisprudência convergem ao considerar que tal fundamento visa coibir eventual fuga ou desaparecimento do acusado, com o intuito de que seja cumprida a eventual sanção penal a ser aplicada. Não obstante, é relevante que haja demonstração fundamentada pelo julgador quanto à possibilidade de fuga. Trata-se de uma forma de garantir a finalidade útil do processo penal, impedindo injustiças ao efetivar que o autor de um crime seja punido pelo seu ato.

Ademais, a lei traz a possibilidade da decretação da prisão preventiva como garantia da ordem econômica. Esta hipótese foi acrescentada ao CPP pela Lei Antitruste (Lei nº 8.884/1994), com o intuito de evitar que um acusado continue causando prejuízos à ordem econômica. A medida se configuraria necessária caso houvesse ameaça de que o sujeito continuaria delinquindo, vindo a abalar a ordem econômica. Desta forma, tal hipótese visa coibir abusos, especificamente, quanto à ordem econômica.

Outra possibilidade vem prevista do parágrafo único do artigo em questão. Trata-se da possibilidade de decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares. O artigo 282 do CPP prevê a possibilidade do juiz, observando a necessidade para a aplicação da lei penal e adequação da medida à gravidade do crime, aplicar medidas cautelares diversas da prisão preventiva, já que esta deve ser tida como a *ultima ratio* como ferramenta processual. Entretanto, caso o acusado venha a descumprir a medida a ele imposta, o juiz poderá decretar sua prisão preventiva, se esta medida se mostrar razoável e efetiva para o cumprimento do fim a que se destina.

Sobre o fundamento da prisão preventiva como garantia da ordem pública será dedicado um capítulo autônomo, por ser o tema central do presente estudo, sobre o qual serão feitos diversos comentários a respeito de sua melhor aplicabilidade, como se verificará a seguir.

## CAPÍTULO 2

### DEBATE SOBRE O PRESSUPOSTO DA “GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA”

Dentre os pressupostos autorizativos da prisão preventiva, de longe a que mais gera discussões é quanto sua aplicação baseada na garantia da ordem pública. Isso porque o legislador utilizou um verbete (“ordem pública”) deveras abrangente e indeterminado, o que fere o princípio da legalidade estrita, um dos pilares do processo penal. Conforme relatos anteriores, para se buscar o melhor significado da expressão em destaque, deve-se utilizar, como em todos os casos no tocante a este ramo do Direito, do método de interpretação restritiva, reduzindo as hipóteses de aplicação do instituto de forma que seja fácil prevê-las, como forma se garantir maior segurança jurídica dentre a sociedade.

A amplitude e generalidade do verbete utilizado na lei é alvo de inúmeras críticas pela doutrina. Antônio Magalhães Gomes Filho<sup>19</sup>, citando José Eduardo Faria e Luis Alberto Warat, dá coró a elas:

“A ideia de ordem pública, longe de representar um conceito que pode ser corretamente delimitado, constitui um recurso retórico do legislador, utilizado com o objetivo de superar a rigidez tipificadora da dogmática jurídica e que implica a ruptura dos padrões de unidade e hierarquia inerentes aos princípios da constitucionalidade, da legalidade, e da certeza jurídica.

Cuida-se, no dizer de Warat, de uma expressão estereotipada, portadora de evidente carga emocional, cujo significado real depende de fungíveis conteúdos axiológicos ou ideológicos; assim, quando o legislador a utiliza está autorizando os juízes a emitirem, em suas sentenças, definições persuasivas que, sob a aparência de definições empíricas, encobrem juízos de valor à ordem pública, relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação da liberdade adotadas como medidas de defesa social.”

---

<sup>19</sup>GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 66-67.

Ainda nesse sentido, sobre essa dificuldade de delimitar a abrangência da expressão ordem pública, Maria Ignez Kato<sup>20</sup> assevera:

“A prisão como garantia da ordem pública rompe com o princípio da legalidade, pelo seu conceito indefinido, subjetivo, vago e amplo. É exatamente nesse conceito de conteúdo ideológico que se verifica a possibilidade do exercício arbitrário das prisões em desrespeito aos direitos fundamentais, tornando legítimas decisões injustas e ilegais.”

Tourinho Filho<sup>21</sup> é categórico em sua crítica:

“‘Comoção social’, ‘perigosidade do réu’, ‘os espalhafatos da mídia’, ‘reiteradas divulgações pelo rádio ou televisão’, tudo, absolutamente tudo, ajusta-se àquela expressão genérica ‘ordem pública’. E a prisão preventiva, nesses casos, não passa de uma execução sumária. O réu é condenado antes de ser julgado, uma vez que tais situações nada têm de cautelar.”

E continua:

“Quando se decreta a prisão preventiva como garantia da ordem pública, o encarceramento provisório não tem o menor caráter cautelar. É um rematado abuso de autoridade e uma indisfarçável ofensa à nossa Lei Magna, mesmo porque a expressão ‘ordem pública’ diz tudo e não diz nada”

---

<sup>20</sup>KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. A (des)razão da prisão provisória. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 117.

<sup>21</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003. v.III. p. 509/510.

Ao se buscar a melhor definição para a expressão, busca-se amparo, novamente, nos renomados doutrinadores, que procuram delimitar o conceito processual penal de ordem pública como forma de evitar arbitrariedades na decretação da prisão cautelar baseada nesse fundamento.

Nas palavras de Tourinho Filho<sup>22</sup>: “Entende-se por ordem pública a paz, a tranquilidade no meio social”

O renomado jurista, Guilherme de Souza Nucci<sup>23</sup>, é a favor de uma aplicação mais subjetiva. Sobre ordem pública, ele assevera:

“Entende-se pela expressão a necessidade de manter a ordem na sociedade, que, em regra, é abalada pela prática de um delito. Se o delito for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte de impunidade e insegurança cabe ao judiciário providenciar o recolhimento do agente.”

Porém, pela sua definição, Nucci mantêm a carga subjetiva do termo, não colaborando para a efetiva delimitação das hipóteses em que seja razoável a aplicação da prisão preventiva como garantia da ordem pública.

Melhor definem Távora e Alencar<sup>24</sup>, que atribuem uma carga mais objetiva ao tema, de forma a facilitar a visualização das hipóteses de aplicação, como se verifica:

“Filiamo-nos, como já destacado, à corrente intermediária, conferindo uma interpretação constitucional à aceção da ordem pública, acreditando que ela está em perigo quando o criminoso simboliza um risco, pela possível prática de novas infrações, caso permaneça em

---

<sup>22</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo penal. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 595.

<sup>23</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2008. p. 608.

<sup>24</sup>ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 7ª ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 582.

liberdade. Destarte, a gravidade da infração ou a repercussão do crime não seriam fundamentos idôneos à decretação prisional. Cabe ao técnico a frieza necessária no enfrentamento dos fatos, e se a infração impressiona por sua gravidade, é fundamental recorrer-se ao equilíbrio, para que a condução do processo possa desaguar na punição adequada, o que só então permitirá a segregação. Caso contrário, estaríamos antecipando a pena, em verdadeira execução provisória, ferindo de morte a presunção de inocência.”

Esta é a definição que melhor se encaixa aos preceitos constitucionais já expostos. Sugere uma interpretação restritiva da expressão, como é conveniente ao processo penal, se pautando nos princípios da legalidade e da presunção de inocência.

A inclusão da garantia da ordem pública, pelo legislador, como fundamento para a decretação da prisão preventiva, por mais que a amplitude da expressão sugira o contrário, deve ser encarada como outra hipótese objetiva de aplicação, seguindo, assim, os preceitos fundamentais do processo penal. Para tanto, a aplicação da hipótese suscitada é a seguinte: se presente o *fumus commissi delicti* e se houver indícios suficientes de que o acusado voltará a delinquir, se em liberdade, a prisão preventiva será meio hábil e razoável para se manter a ordem na sociedade, impedindo que o réu propague a insegurança cometendo novos crimes; além disso, a privação da liberdade do acusado seria uma forma de assegurar a integridade física dos demais cidadãos, e até, em alguns casos, do próprio agente. Essas seriam as hipóteses razoáveis de aplicação da prisão preventiva como garantia da ordem pública.

Entretanto, os Tribunais têm aplicado esse fundamento das mais variadas formas para legitimar a prisão preventiva, conforme será tratado a seguir. Porém, algumas delas se revelam verdadeiras ofensas à Ordem Constitucional, e geram instabilidade ao seio social de forma que não se faz possível prever as situações em que será possível a privação da liberdade como medida processual.

No julgamento do *Habeas Corpus* 100016/DF<sup>25</sup>, o Ministro Relator Cezar Peluso, citou o entendimento do Supremo Tribunal Federal, consolidado em julgamento de *Habeas Corpus* anteriores, quanto à aplicação da prisão preventiva como garantia da ordem pública:

“Com relação ao tema da garantia da ordem pública, faço menção à manifestação já conhecida desta Segunda Turma em meu voto proferido no HC nº 88.537/BA e recentemente sistematizado nos HC's 89.090/GO e 89.525/GO acerca da conformação jurisprudencial do requisito dessa garantia. Nesses julgados, pude asseverar que o referido requisito legal envolve, em linhas gerais e sem qualquer pretensão de exaurir todas as possibilidades normativas de sua aplicação judicial, as seguintes circunstâncias principais: i) a necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do paciente ou de terceiros; ii) o objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar; e iii) associada aos dois elementos anteriores, para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do poder judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal.”

Verifica-se, então, que o STF admite, sem prejuízo de outras interpretações, três principais fundamentos considerados pela Casa razoáveis à aplicação legal da prisão preventiva como garantia da ordem pública.

O primeiro argumento que cita o Douto Ministro como legitimador da aplicação da prisão preventiva como garantia da ordem pública, a necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do agente ou de terceiro é hipótese controversa na doutrina.

---

<sup>25</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento do HC 100016/DF. Relator: PELUSO, CEZAR. Publicado no DJe em 05/08/2009. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21023977/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-100016-df-stf>, acesso em 13/01/2014.

Novamente, mostram-se sensatas as observações de Távora e Alencar<sup>26</sup> sobre tal possibilidade admitida pela Corte Superior:

“Advirta-se, por fim, que a preventiva não poderá ser decretada para preservação da integridade do próprio suspeito, por medo de que seja linchado ou assassinado por familiares da vítima. A toda evidência, a prisão não pode significar fator de preservação da integridade física do criminoso, cabendo ao Estado promover as condições necessárias para assegurá-la.”

Admitir tal hipótese seria uma atitude desproporcional para o fim a que se destina. O Estado tem o dever de garantir a integridade física dos cidadãos, independente da ocasião, sendo que privar o agente de sua liberdade para sua própria liberdade ou a liberdade de terceiros não é razoável. Se restar comprovada fundamentadamente a intenção do acusado de ferir a integridade física de outrem, poderá ser utilizada a prisão preventiva por motivo de impedir a continuidade delitiva do agente, que será tratado a seguir.

Entretanto, como se verifica, a jurisprudência aceita este fundamento, apesar de ser medida completamente desarrazoada.

O segundo fundamento aludido é a forma mais tradicional e, conforme defendido acima, a mais razoável de aplicação da prisão processual. Trata-se da hipótese em que se usa a ferramenta processual para impedir a continuidade delitiva do acusado. É onde mais fácil se compreende o *periculum libertatis* do agente, cabendo dizer ser esta a hipótese por excelência que caracteriza este pressuposto da medida cautelar.

Sugere grande parte da doutrina, ser este o único fundamento razoável da prisão preventiva, pautada na garantia da ordem pública, por se utilizar da interpretação restritiva quanto ao termo ordem pública, dando-lhe sentido objetivo e de fácil visualização.

---

<sup>26</sup>ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 7ª ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 582.

Nesse sentido, admite Capez<sup>27</sup> que “há evidente risco social decorrente da demora em se aguardar o provimento definitivo, porque até o trânsito em julgado da decisão condenatória o sujeito já terá cometido inúmeros crimes.”.

Existe, inclusive, um movimento no sentido de alterar a redação do art. 312 do CPP, excluindo o termo ordem pública do texto, e admitindo apenas este fundamento para a configuração do *periculum libertatis* do agente. É o que propõe a projeto de lei nº 4.208/2001<sup>28</sup>, que trata da reforma do Código de Processo Penal, e tramita perante a Câmara dos Deputados.

Trata-se de uma iniciativa bastante promissora e adequada, que, aparentemente, encerrará as discussões a respeito das prisões arbitrárias com base na garantia da ordem pública, substituindo o controverso termo por sua melhor aplicação, qual seja impedir a continuidade delitiva.

Destarte, levando em consideração a legislação vigente, tem-se este fundamento como aquele que melhor define o *periculum libertatis*, apontando-o como desdobramento mais razoável e aceitável de garantia da ordem pública.

Por sim, a última hipótese de decretação da prisão preventiva como garantia da ordem pública enumerada pelo Supremo Tribunal Federal é a que merece maior atenção, sendo o principal objeto do presente trabalho.

Admite nossa Corte Superior ser ocasião plausível para a decretação da prisão cautelar a garantia da credibilidade da justiça. Entretanto, existem muitas considerações a serem tecidas a respeito de tal hipótese, para as quais serão dedicadas o próximo capítulo.

---

<sup>27</sup> CAPEZ, Fernando: Curso de Processo Penal, 13ª edição. São Paulo: Saraiva; 2006. p. 264.

<sup>28</sup> O projeto de lei 4.280/2001 propôs a seguinte redação para o artigo 312, *caput*, CPP: A prisão preventiva poderá ser aplicada quando verificados a existência de crime e indícios suficientes de autoria e ocorrerem fundadas razões de que o indiciado venha a criar obstáculos a instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa.

## CAPÍTULO 3

### DA PRISÃO PREVENTIVA COMO GARANTIA DA CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA

A aplicação mais controversa da hipótese de decretação da prisão preventiva como garantia da ordem pública é aquela que a usa como forma de garantir a credibilidade da justiça.

Observa-se, novamente, que o STF admitiu esta como fundamentação possível para tal:

“as seguintes circunstâncias principais: (...) iii) associada aos dois elementos anteriores, para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do poder judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal.”

Detrai-se desta parte transcrita do julgado, que a Suprema Corte tem como válida a adoção da medida cautelar como forma de dar visibilidade e transparência à implementação de políticas públicas de persecução criminal.

Diante de tal permissão, os juízes têm aplicado a prisão preventiva como uma forma de resposta à sociedade aos casos de grande repercussão social, se pautando no clamor público.

O clamor público é a indignação da sociedade civil com algum fato social extraordinário que lhe cause revolta, estranheza, repulsa, gerando uma comoção coletiva contra este fato.

Nestes fatos extraordinários, a mídia visualiza uma ótima oportunidade de se ter audiência e passa a repercutir tal acontecimento sem nenhuma responsabilidade

ou compromisso com a verdade, tendo a exclusiva intenção de atrair visibilidade ao seu canal.

Cita-se como exemplo desta aplicação, o caso da menina Isabela de Oliveira Nardoni, que fora morta ao ser atirada pela janela de seu apartamento pelo pai, Alexandre Nardoni, sob auxílio de sua companheira Ana Carolina Jatobá, que vieram, posteriormente, a ser condenados por este crime.

Entretanto, este foi um caso tido como extraordinário pela sociedade, e que gerou enorme repercussão da mídia nacional que difundiu a tese levantada pelas investigações, antes mesmo desta ter terminado. Os meios de comunicação, antes mesmo até da acusação por parte do Ministério Público, já cravavam o pai e a madrasta da menina como os autores deste crime cruel, sem que houvesse maior apuração sobre o caso, tanto que no dia seguinte ao acontecimento toda a mídia já noticiava o fato desta forma.

Diante disso, gerou-se uma enorme inquietação social o que ocasionou no clamor público pela, se possível até, execução do casal que supostamente havia cometido aquele crime.

Nesse contexto, na decisão que recebeu a denúncia do casal, o juiz Mauricio Fossen, do 2º Tribunal do Júri de São Paulo/SP, decretou a prisão preventiva dos dois com fundamento na garantia da ordem pública, valendo-se do argumento da manutenção da credibilidade da justiça, como observa-se:

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

Trata-se, assim, de um caso clássico e simbólico em que se utilizou a referida medida cautelar como forma de conter clamor público, dando-lhe uma resposta através da decretação da prisão processual dos acusados. Tal medida vem sendo adotada com frequência nos tribunais, tanto que foram impetrados diversos *Habeas Corpus* que foram indeferidos em todas as instâncias superiores.

Entretanto, o cárcere não deve ser utilizado como ferramenta de controle da opinião pública. Como fora sustentado acima, a prisão processual é medida de exceção e deve ser utilizada restritivamente como forma de garantir a eficácia do processo penal. A credibilidade da justiça perante a sociedade deve ser garantida com a eficiência e celeridade na resposta aos fatos sociais tidos por ela como desprezíveis. O poder judiciário não pode se ver refém do clamor público, influenciado, principalmente, pela repercussão midiática do acontecimento.

Sobre o tema, Nucci<sup>29</sup> afirma:

“Torna-se questão controversa e de difícil análise o ponto denominado clamor público. Crimes que ganham destaque na mídia podem comover multidões e provocar, de certo modo, abalo à credibilidade da justiça e do sistema penal. Não se pode, naturalmente, considerar, que publicações feitas pela imprensa sirvam de base para a decretação da prisão preventiva.”

Como já frisado, os meios de comunicação, ao noticiarem um fato, não possuem compromisso com a verdade, se vendo na necessidade, muitas vezes, de criar uma situação, distorcer os fatos, para explicar um acontecimento, sob pena de a notícia ser desacreditada pelo grande público. Por isso, os julgadores não podem se valer do argumento do clamor público para se convencerem da eficácia da utilização da prisão preventiva como meio para acalmar os ânimos da sociedade e resgatar a credibilidade da justiça, uma vez que o terror veiculado na imprensa tende a não condizer com a realidade.

Corroborando com essa ideia, Roberto Delmanto Junior<sup>30</sup>:

---

<sup>29</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2008. p. 620.

“difícil é a tarefa do magistrado em distinguir se a revolta da sociedade é decorrência do choque que o crime causou no meio social, por si só, ou se a mencionada vingança do inconsciente popular é consequência da exploração e da distorção dos fatos pela mídia.”

Outra consideração importante a se fazer, é que não se mostra razoável privar alguém de sua liberdade em nome da credibilidade da justiça. Como constatado, quem cria essa suposta situação de descrédito no poder judiciário é a repercussão do fato pela mídia, que aponta um culpado sem melhor apurar o fato. É flagrantemente desproporcional que um cidadão tenha seu direito fundamental à liberdade restringido devido a espetacularização de um fato pelos meios de comunicação. Portanto, a aplicação da prisão preventiva como garantia da credibilidade da justiça é uma ofensa ao princípio constitucional da proporcionalidade.

Sobre os princípios constitucionais, há de se destacar, ademais, que esta hipótese de decretação da prisão preventiva sob tal fundamento é também uma ofensa ao princípio da legalidade, abordado anteriormente como um dos pilares do direito processual penal. Isso porque, a interpretação de perturbação da ordem pública como a indignação social causada pela repercussão negativa de um crime que venha a gerar o sentimento de incredulidade da população no poder judiciário por permitir que o suposto criminoso continue em liberdade, se mostra bastante expansiva do real conceito idealizado pelo legislador, para não dizer criativa. Enquanto o princípio sugere a legalidade estrita no processo penal, vinculando a interpretação restritiva, o aplicador do direito acaba por criar uma hipótese não abarcada pelo texto da lei, em flagrante ilegalidade, ou até inconstitucionalidade, uma vez que viola um princípio constitucional.

Além disso, da mesma forma, o princípio da presunção de inocência, tido como maior limitador do instituto da prisão processual, reduz as hipóteses de aplicação desta ferramenta àquelas estritamente previstas na lei e autorizadas constitucionalmente. Portanto, alargar o conceito legal para abarcar hipóteses

---

<sup>30</sup>DELMANTO JUNIOR, Roberto. As modalidades de prisão provisória e seu prazo de decretação. São Paulo: Renovar, 1998. p.161.

criativas de aplicação do instituto seria, também, uma ofensa ao princípio da presunção de inocência.

De acordo com o presente estudo, as hipóteses de decretação da prisão preventiva caracterizam o *periculum libertatis* do acusado. Recapitulando, o *periculum libertatis* equivale ao *periculum in mora* da medida cautelar, e consiste em um juízo de probabilidade fundamentado de que o agente possa impedir o melhor andamento do processo se permanecer em liberdade.

Dessa maneira, para que a prisão preventiva seja legal, há de se provar que o descrédito da sociedade no poder judiciário, supostamente causado pela permanência do acusado em liberdade, esteja interferindo no melhor andamento do processo. Nem com o maior esforço hermenêutico, isso seria possível.

O andamento processual, considerado desde a apuração dos fatos em inquérito, passando pela instrução do processo pela produção de provas, até a decisão do juiz, é o que visa proteger a prisão cautelar. O mal estar social causado pela permanência do acusado em liberdade em nada interfere nas investigações policiais, nem na produção de provas. Nessa situação, o processo fluiria da mesma forma seja com o réu preso ou em liberdade.

Esse fundamento para a decretação da prisão preventiva mascara uma situação de antecipação de pena, em que o acusado é condenado por antecipação, sem o transcorrer do devido processo legal.

Antônio Scarance Fernandes<sup>31</sup>, concordando com este ponto de vista, sobre a prisão preventiva como garantia da ordem pública, afirma:

“não é fácil justificar doutrinariamente esta prisão ante a teoria da cautelaridade. Daí a resistência a ela por parte da doutrina, entendendo que a prisão cautelar para garantia da ordem pública configuraria uma verdadeira medida de segurança, com antecipação de pena.”

---

<sup>31</sup>FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. 2ª ed. Rão Paulo: RT.

Outro que sustenta essa óptica é Aury Lopes Junior<sup>32</sup>, que sintetiza os aspectos sobre o tema e, ainda, propõe a inconstitucionalidade da medida da prisão preventiva como garantia da ordem pública:

“consideramos inconstitucional a prisão cautelar fundada na tutela da “ordem pública e da ordem econômica” (...) a prisão como garantia da ordem pública/econômica não serve para a tutela do processo ou do seu objeto, senão que atende a um interesse de “segurança pública”, não cautelar, e, portanto inconstitucional. A “ordem pública” é um conceito vago, indeterminado e despido de sentido. Sua origem é nazi-fascista (Alemanha Nazista, 1935), concebido como uma autorização geral e aberta para perseguir e prender. Atualmente, tem sido usado para sedar a opinião pública, transformando-se em pena antecipada, com clara finalidade de exemplaridade e imediata prevenção geral e especial. (...) É inconstitucional atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarme social, e, por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o Estado enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo.”

A prisão preventiva como forma de conter o clamor popular descaracteriza a cautelaridade própria da medida. Dessa forma, o instituto se aproximaria da teoria estruturalista, abordada anteriormente, a qual se constatou não ser compatível com o ordenamento jurídico pátrio. A teoria, como vimos, propõe a medida cautelar como fim em si mesmo, admitindo a existência de um direito subjetivo próprio em sua tutela. Ao se admitir a decretação da prisão preventiva para manipular a opinião pública a respeito da justiça, estaria se concordando que a prisão processual tem um fim autônomo, desvinculado do processo, descaracterizando a cautelaridade da medida em questão.

Por todo o exposto, chega-se à conclusão de que a interpretação do dispositivo legal “garantia da ordem pública” como a garantia da credibilidade da justiça se mostra demasiadamente ampliativa, chegando a ser até criativa, indo

---

<sup>32</sup>Texto publicado no livro *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, sob o título *Crimes Hediondos e a Prisão em Flagrante como Medida Pré-Cautelar. Uma leitura Garantista*

completamente de encontro ao que previu o legislador quando positivou esta expressão. Desta forma, deve ser considerada ilegal a prisão preventiva pautada neste fundamento.

## CONCLUSÃO

Como vimos, a prisão processual é instrumento utilizado há séculos como forma de manter sob as rédeas do Estado o agente que tenha praticado ato ilícito. Porém, na atual conjuntura, esta medida deve ser ponderada e aplicada somente em último caso, quando não houver solução mais eficaz.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê expressamente as hipóteses consideradas razoáveis para a utilização da prisão preventiva. Sendo esta uma medida cautelar, deve-se ter sempre em mente que seu objetivo principal é garantir a efetividade do processo principal.

Entretanto, nota-se que o instituto tem sido utilizado das formas mais variadas e distintas que se possa imaginar, dando uma abrangência inconstitucional à previsão da lei.

Isso se deve ao fato de o legislador ter incluído em sua previsão o termo jurídico indefinido “ordem pública”, permitindo a aplicação da prisão preventiva como forma de garanti-la.

Porém, é pacífico entre os aplicadores do Direito que a hermenêutica do processo penal deve ser restritiva, sendo vedada a ampliação, criação ou extensão dos conceitos e hipóteses elencadas na legislação processual penal.

Contudo, esta tem sido a prática mais comum entre os julgadores nos dias atuais. Diante disso, criou-se a hipótese absurda de aplicação da prisão preventiva como forma de garantir a credibilidade da justiça, justificando ser esta uma interpretação razoável do que o legislador chamou de “garantia da ordem pública”.

Isso se deve na maioria das vezes à espetacularização promovida pela mídia em face de um crime com contornos trágicos e cruéis. Com o simples objetivo de atrair audiência, os meios de comunicação repercutem o acontecimento criando teorias e apontando o culpado pelo crime antes, até, do início das investigações. Dessa maneira, cria-se um clamor público generalizado pela prestação jurisdicional

contra o suposto criminoso. Nesse contexto, os magistrados entendem que a manutenção do acusado em liberdade pode gerar um descrédito da sociedade na justiça, e acabam por ceder à pressão e decretam a prisão preventiva alegando ser esta uma forma de “garantir a ordem pública”.

Em outros termos, o poder judiciário admite como verdadeira a teoria repercutida pela mídia e executa sumariamente o acusado, em uma manifesta antecipação de tutela.

Ora, a utilização de uma medida cautelar como forma de manipular a opinião pública visando proteger a confiança no sistema judiciário é flagrantemente inconstitucional, uma vez que vai de encontro aos princípios da legalidade, da presunção de inocência e do devido processo legal.

Ademais, mostra-se extremamente desproporcional tolir a liberdade de outrem para satisfazer anseios tão singelos como promover uma melhor visão da opinião pública perante o poder judiciário Brasileiro. Os órgãos da justiça devem corresponder às expectativas da sociedade trabalhando sério em prol de uma tutela justa, sem se importar com o clamor público manipulado pela mídia. A imagem do Judiciário deve ser preservada, garantindo o devido processo legal para que se chegue a um fim justo.

Diante disso, é fundamental que se haja uma definição mais nítida do instituto em questão, e que sua aplicação seja a mais razoável possível, respeitando o nosso ordenamento jurídico, bem como os princípios constitucionais que os compõe, de forma a fazer do Brasil um país efetivamente democrático, extinguindo práticas arbitrárias.

Conforme citado no desenvolvimento do trabalho, já há um movimento no sentido de extinguir das hipóteses de aplicação da prisão preventiva como “garantia da ordem pública”. Em atitude louvável, o Projeto de Lei 4.208/2001 define melhor as hipóteses de aplicação da prisão preventiva dando uma redação mais clara ao artigo 312 do Código de Processo Penal, pormenorizando os conceitos e os tornando de mais fácil aplicação prática, sem dar margem a interpretações criativas, como se verifica:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada quando verificados a existência de crime e indícios suficientes de autoria e ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa.

Portanto, pode-se dizer que a proposta do Projeto de Lei vai ao encontro do objetivo do presente trabalho que foi defender uma aplicação mais objetiva e restrita do instituto da prisão preventiva, de forma a evitar que o cidadão se surpreenda com uma prisão não prevista no ordenamento jurídico, ou que a privação da liberdade seja utilizada arbitrariamente para fins alheios aos objetivos basilares do Estado Democrático de Direito.

Destarte, a solução para o problema levantado neste estudo talvez esteja perto de ser efetivada, caso o projeto seja aprovado, para o que se faz votos, porém que fique a lição clara de que mesmo diante de inconsistências legislativas o ordenamento jurídico não pode suportar arbitrariedades e injustiças, sendo capaz de reprimi-las através de uma interpretação sistemática do mesmo, sendo fundamental o esforço e vontade dos aplicadores do Direito nesse sentido.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 7ª ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 19ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva; 2006.

CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO. **Teoria Geral do Processo**. 17ª edição. Malheiros Editores, p. 33.

DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Código de Processo Penal.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de decretação**. São Paulo: Renovar, 1998.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: RT.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: teoría del Garantismo Penal**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Coord.). **Prisão e Medidas Cautelares**. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1990.

KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. **A (des)razão da prisão provisória**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18ª edição. São Paulo: Atlas; 2006.

SILVA, Germano Marques. **Curso de Processo Penal**. 2. ed., São Paulo: Editorial Verbo, 1999, v. 2.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo cautelar**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. 2 ed. Ver. Atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

THUMS, Gilberto, PACHECO, Vilmar. **Nova lei de drogas: crimes investigação e processo**. 3ª Ed. Verbo Jurídico. Porto Alegre. 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. v.III.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2ª Ed. Campinas: Bookseller, 2000.

**Sites:**

Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=P&id=441>>. Acesso em:  
<8 de janeiro de 2014>.