



UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE
FACULDADE DE DIREITO

DÉBORA VIANA BARROS

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA COMO
GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA**

Marabá-PA
2018

Débora Viana Barros

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA COMO
GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará (UNIFESSPA), como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de abrangência: Direito Processual Penal.

Orientador: Prof.º Me. Marco Alexandre da Costa Rosário.

Marabá-PA
2018

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Biblioteca Josineide da Silva Tavares da UNIFESSPA. Marabá, PA

Barros, Débora Viana

A inconstitucionalidade da prisão preventiva como garantia da ordem pública e econômica / Débora Viana Barros ; orientador, Marco Alexandre da Costa Rosário. — 2018.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Campus Universitário de Marabá, Instituto de Estudos em Direito e Sociedade, Faculdade de Direito, Curso de Bacharelado em Direito, Marabá, 2018.

1. Prisão preventiva - Brasil. 2. Processo penal - Brasil. 3. Presunção de inocência. 4. Dignidade (Direito). I. Rosário, Marco Alexandre da Costa, orient. II. Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará. III. Título.

CDDir: 4. ed.: 341.4326

Elaboração: Miriam Alves de Oliveira
Bibliotecária-Documentalista CRB2/583

Monografia apresentada como requisito necessário para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Débora Viana Barros

Monografia apresentada em ____/____/____

Orientador: Prof.º Me. Marco Alexandre da Costa Rosário

1ª Examinadora: Prof.ª Ma. Olinda Magno Pinheiro

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, pois foi Ele que nos deu o dom da vida e a possibilidade de estar aqui hoje. Foi Deus quem ouviu as minhas orações e abriu as portas para que eu pudesse realizar esse sonho: cursar a faculdade de Direito.

Agradeço, também, à minha família que esteve em contínua oração por mim e me deu toda condição de realizar esse sonho.

Não poderia deixar de agradecer aos amigos, tanto os que tenho comigo desde a infância, quanto aqueles que conquistei durante o curso. A estes últimos, que sofreram junto comigo nas provas, nos trabalhos, na preparação para a prova da Ordem dos Advogados do Brasil e também no árduo, porém gratificante, mister de elaborar a presente monografia jurídica, digo: amigos, vocês são maravilhosos, esta vitória é de todos nós!

*“Ao Todo-Poderoso não podemos alcançar;
grande é em poder; porém a ninguém oprime em
juízo e grandeza de justiça”.*

(Jó 37:23)

RESUMO

A presente pesquisa tem o objetivo de analisar o instituto da prisão preventiva, em especial quanto a fundamentação “para a garantia da ordem pública e econômica. Com base em posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, conclui-se que esta medida cautelar, se aplicada “para garantia da ordem pública ou econômica”, é inconstitucional, uma vez que além de fugir do principal objetivo de uma medida cautelar, que é assegurar o bom andamento do processo, viola importantes princípios, como o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio do devido processo legal e o princípio da presunção de inocência.

PALAVRAS-CHAVE: prisão preventiva, garantia da ordem pública e econômica, inconstitucionalidade, princípios constitucionais.

ABSTRACT

The present research has the objective of analyzing the institute of preventive detention, especially as regards the grounds "for the guarantee of public and economic order. Based on doctrinal and jurisprudential positions, it is concluded that this precautionary measure, if applied "to guarantee public or economic order," is unconstitutional, since in addition to evading the main objective of a precautionary measure, which is to aspire to good process, violates important principles such as the principle of the dignity of the human person, the principle of due process of law and the principle of the presumption of innocence.

WORDS KEY: preventive custody, guarantee of the public and economic order, constitutional unconstitutionality, principles.

Sumário

| | |
|--|----|
| 1. INTRODUÇÃO | 8 |
| 2. PRINCÍPIOS..... | 10 |
| 2.1. Princípio do devido processo legal | 12 |
| 2.2. Princípio da dignidade da pessoa humana | 14 |
| 2.3. Princípio da presunção de inocência..... | 15 |
| 3. ANÁLISE JURÍDICA DAS PRISÕES CAUTELARES NO ORDENAMENTO PROCESSUAL PENAL | 18 |
| 3.1. Requisitos para a decretação da medida cautelar..... | 21 |
| 3.2 Modalidades de prisão cautelar..... | 22 |
| 2.2.1 Prisão em Flagrante..... | 22 |
| 2.2.2. Prisão Temporária | 24 |
| 4. CONFIGURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA | 28 |
| 4.1. Dos requisitos para a decretação de prisão preventiva | 32 |
| 4.1.1. Garantia da ordem pública | 33 |
| 4.1.2. Garantia da ordem econômica | 34 |
| 4.1.3. Conveniência da instrução criminal..... | 36 |
| 4.1.4. Garantia de aplicação da lei penal | 36 |
| 4.2. Da Revogação | 37 |
| 5. ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA COMO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA OU ECONÔMICA. | 39 |
| 6. CONCLUSÃO | 53 |
| 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 56 |

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa analisar sucintamente as prisões cautelares, com foco na prisão preventiva, e em especial, o conceito e constitucionalidade do requisito “garantia da ordem pública”.

O objetivo é investigar este instituto com base nos elementos normativos que o norteiam, e a sua aplicabilidade prática no mundo jurídico, através das interpretações doutrinárias e posicionamentos jurisprudenciais.

A reflexão enfatizará o requisito garantia da ordem pública, por entender que este requer uma investigação mais detalhada, na busca de melhor definição de seu conceito.

O estudo será alicerçado em direitos fundamentais, considerando como regra a liberdade, correlacionado com a garantia de dignidade da pessoa humana, na certeza de que a sua privação só se dará em caráter excepcional, devidamente justificado nos limites legais, e em observância às premissas constitucionais, em especial, a de que ninguém será submetido ao encarceramento precoce antes da sentença condenatória transitada em julgado, considerando o princípio da presunção de inocência, que é direito fundamental de qualquer cidadão.

Será demonstrado que o requisito de garantia da ordem pública e econômica é insuficiente para fundamentar a decisão que decreta prisão preventiva, uma vez que esse pressuposto não possui natureza objetiva, sendo inaceitável que se cerceie a liberdade do indivíduo, direito fundamental assegurado pela Constituição, com base em análise subjetiva.

A presente monografia é composta pela introdução, três capítulos e respectivas divisões, bem como conclusão e referências bibliográficas.

O primeiro capítulo expõe os princípios fundamentais considerados essenciais para o assunto aqui abordado, quais sejam: princípio do devido processo legal, princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da presunção da inocência.

Já o segundo capítulo faz uma análise das prisões provisórias no vigente ordenamento jurídico, dispondo sobre os requisitos para a decretação de medida cautelar, e expõe as modalidades prisão em flagrante e prisão temporária.

O terceiro capítulo aborda a configuração da prisão preventiva, iniciando com as noções gerais, passando por uma análise mais aprofundada sobre os requisitos para sua decretação e, por fim, discorrendo acerca da revogação de tal medida.

No quarto capítulo é questionada a constitucionalidade da aplicação de prisão preventiva como garantia da ordem pública ou econômica, que é o objetivo da presente monografia.

Nas considerações finais é exposta a conclusão que resultou desta pesquisa quanto à (in)constitucionalidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública ou econômica.

Por fim, nas referências bibliográficas, há a relação de todo o material utilizado como fundamentação desta pesquisa.

2. PRINCÍPIOS

Em primeiro lugar, importa destacar que o processo penal deve estar fundamentado na Constituição Federal, de modo que seja dotado de um sistema de garantias mínimas.

Nas palavras de Aury Lopes Jr.,

“o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático é sua *instrumentalidade constitucional*, ou seja, o processo enquanto instrumento a serviço da máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas. Ou ainda, pensamos o processo penal desde seu inegável sofrimento, a partir de uma lógica de redução de danos.

Todo poder tende a ser autoritário e precisa de limites, controle. Então, as garantias processuais constitucionais são verdadeiros *escudos protetores* contra o (ab)uso do poder estatal.”¹

Previstos na Constituição Federal,

“os direitos fundamentais constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade. Esta concepção das funções dos direitos fundamentais – em que pese o reconhecimento de diversas outras no âmbito de sua dimensão subjetiva e objetiva – continua ocupando um lugar de destaque, transcorridos mais de duzentos anos de história dos direitos fundamentais. Como oportunamente averba Konrad Hesse, mesmo uma ordem constitucional democrática necessita de direitos de defesa, na medida em que também a democracia não deixa de ser exercício de poder dos homens sobre homens, encontrando-se exposta às tentações do abuso de poder, bem como pelo fato de que mesmo num Estado de Direito os poderes públicos correm o risco de praticar injustiças. Acima de tudo, os direitos fundamentais – na condição de direitos de defesa – objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e outorgando-lhe um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal.”²

¹ LOPES Jr., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 50.

² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 142

Observa-se, ainda, que

“esta “função defensiva” dos direitos fundamentais não implica, na verdade, a exclusão total do Estado, mas, sim, a formalização e limitação de sua intervenção, no sentido de uma vinculação da ingerência por parte dos poderes públicos a determinadas condições e pressupostos de natureza material e procedimental, de tal sorte que a intervenção no âmbito de liberdade pessoal não é vedada de per si, mas, sim, de modo que apenas a ingerência em desconformidade com a Constituição caracteriza uma efetiva agressão.”³

Além de estabelecer direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal é permeada de princípios, “cuja meta é assegurar a coerência na aplicação das normas de diversas áreas do Direito”⁴, uma vez que são “normas com elevado grau de generalidade, passível de envolver várias situações e resolver diversos problemas”⁵. Ademais,

“os princípios protegem os direitos fundamentais e servem de estrutura para as garantias fundamentais. Ilustrando, o princípio da presunção de inocência não afronta o direito à segurança, nem privilegia de modo absoluto o direito à liberdade. Em harmonia, assegura constituir o direito à liberdade a regra no Estado Democrático de Direito, justamente porque o estado natural do ser humano é *nascere livre*, assim devendo permanecer durante toda a sua existência. De outro lado, havendo culpa e sendo necessária a prisão, para garantia da segurança, cede o estado de inocência, após o devido processo legal, podendo-se impor a perda temporária da liberdade. Nota-se, pois, a coordenação dos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, somente para citar o básico, até que se possa impor a pena justa, dentro de critérios e princípios de humanidade, proporcionalidade, individualização e responsabilidade pessoal.”⁶

Assim, dentre os diversos princípios constitucionais norteadores do processo penal, aqui terão destaque o princípio do devido processo legal, o

³ Ibidem

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios constitucionais penais e processuais penais / Guilherme de Souza Nucci. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. cit. p. 25.

⁵ Ibidem

⁶ Ibidem

princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade.

Sobre os dois primeiros, aduz Nucci⁷:

“Olhares especiais devem voltar-se ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio do devido processo legal. Afinal, respeitada a dignidade da pessoa humana, seja do ângulo do acusado, seja do prisma da vítima do crime, além de assegurada a fiel aplicação do devido processo legal, para a consideração de inocência ou culpa, está-se cumprindo, na parte penal e processual penal, o objetivo do Estado de Direito e, com ênfase, *democrático*.”

Dito isto, passa-se a analisar, embora de modo sucinto, cada um dos três princípios supramencionados.

2.1. Princípio do devido processo legal

Conforme o artigo 5º, LIV, da Carta Magna brasileira, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, o que quer dizer que um processo deve obedecer a todas as formalidades para ele previstas em lei.

Este princípio se apresenta sob dois aspectos:

“o lado substantivo (material), de Direito Penal, e o lado procedimental (processual), de Processo Penal. No primeiro, como já demonstrado, encaixa-se o princípio da legalidade, basicamente, além dos demais princípios penais. Quanto ao prisma processual, cria-se um espectro de garantias fundamentais para que o Estado apure e constate a culpa de alguém, em relação à prática de crime, passível de aplicação de sanção. Eis por que o devido processo legal coroa os princípios processuais, chamando a si todos os elementos estruturais do processo penal democrático, valendo dizer, a ampla defesa, o contraditório, o juiz natural e imparcial, a publicidade, dentre outros, como forma de assegurar a justa aplicação da força estatal na repressão aos delitos existentes.”⁸

⁷ Ibidem, p. 29.

⁸ Ibidem, p. 55.

Ademais, “a tramitação regular e legal de um processo é a garantia dada ao cidadão de que seus direitos serão respeitados, não sendo admissível nenhuma restrição aos mesmos que não prevista em lei.”⁹

Para o Superior Tribunal Federal, o devido processo legal em âmbito penal deve atender às seguintes garantias mínimas:

“(a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis "ex post facto"; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a autoincriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de "participação ativa" nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes.”¹⁰

Além disso,

“A ação e o processo penal somente respeitam o devido processo legal, caso todos os princípios norteadores do Direito Penal e do Processo Penal sejam, fielmente, respeitados durante a persecução penal, garantidos e afirmados os direitos do acusado para produzir sua defesa, bem como fazendo atuar um Judiciário imparcial e independente. A comunhão entre os princípios penais (legalidade, anterioridade, retroatividade benéfica, proporcionalidade etc.) e os processuais penais (contraditório, ampla defesa, juiz natural e imparcial, publicidade etc.) torna efetivo e concreto o devido processo legal.”¹¹

⁹ RANGEL, Paulo. Direito processual penal / Paulo Rangel. - 23. ed. - São Paulo: Atlas, 2015. p. 4.

¹⁰ HC 94.016, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-2008 Segunda Turma, *DJE* de 27-2-2009. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14718206/habeas-corporus-hc-94016-sp>> Acesso em 12 de dez. 2017.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios constitucionais penais e processuais penais / Guilherme de Souza Nucci. - 4. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2015. p. 56.

2.2. Princípio da dignidade da pessoa humana

Segundo o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana¹².

Embora o conceito de dignidade humana seja polissêmico e aberto, em permanente processo de desenvolvimento e construção¹³, pode-se afirmar que

“consiste na *qualidade* intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. Consiste em atributo que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando qualquer outra condição referente à nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo etc.”¹⁴

Trata-se de um “princípio regente, cuja missão é a preservação do ser humano, desde o nascimento até a morte, conferindo-lhe autoestima e garantindo-lhe o mínimo existencial”¹⁵. Nele se baseiam os demais direitos humanos, dando a eles conteúdo ético. “Ainda, a dignidade humana dá unidade axiológica a um sistema jurídico, fornecendo um substrato material para que os direitos possam florescer.”¹⁶

Ao Estado é imposto dois deveres a fim de proteger a dignidade humana:

“O *dever de respeito* que consiste na imposição de limites à ação estatal, ou seja, é a dignidade um *limite* para a ação dos poderes públicos. Há também o *dever de garantia*, que consiste no conjunto de ações de promoção da dignidade humana por meio do fornecimento de condições materiais ideais para seu florescimento.”¹⁷

¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em 12 de dez. 2017.

¹³ RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos / André de Carvalho Ramos. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2016. p. 86.

¹⁴ *Ibidem*

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios constitucionais penais e processuais penais / Guilherme de Souza Nucci. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. cit. p. 29.

¹⁶ RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos / André de Carvalho Ramos. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2016. p. 86.

¹⁷ *Ibidem*, p. 87.

Importa destacar que

“Para que o ser humano tenha a sua dignidade preservada torna-se essencial o fiel respeito aos direitos e garantias individuais. Por isso, esse princípio é a base e a meta do Estado Democrático de Direito, não podendo ser contrariado, nem alijado de qualquer cenário, em particular, do contexto penal e processual penal.”

Ou seja, no curso do processo penal, é indispensável a observância deste princípio, uma vez que

“o processo penal é constituído para servir de base ao justo procedimento de apuração da existência da infração penal e de quem seja seu autor, legitimando, ao final, garantida a ampla defesa, o contraditório e outros relevantes princípios, a devida punição. Porém, alguns aspectos sobressaem, no cenário processual penal, de modo a dar relevo especial à dignidade da pessoa humana, durante o desenvolvimento do devido processo legal.”¹⁸

2.3. Princípio da presunção de inocência

Como explica Aury Lopes Jr.,

“A presunção de inocência remonta ao Direito romano (escritos de Trajano), mas foi seriamente atacada e até invertida na inquisição da Idade Média. Basta recordar que na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpa e semicondenação a uma pena leve. Era na verdade uma presunção de culpabilidade.”¹⁹

No Brasil, o princípio da presunção de inocência está previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, que diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.²⁰

Enfatiza-se que

“O estado natural do ser humano, seguindo-se fielmente o princípio da dignidade da pessoa humana, base do Estado Democrático de Direito, é a inocência. Inocente se nasce, permanecendo-se nesse estágio por toda a vida, a menos que haja o cometimento de uma infração penal e,

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios constitucionais penais e processuais penais / Guilherme de Souza Nucci. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 30

¹⁹ LOPES Jr., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 78.

²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em 12 dez. 2017.

seguindo-se os parâmetros do devido processo legal, consiga o Estado provocar a ocorrência de uma definitiva condenação criminal.”²¹

É necessário destacar que a regra é a inocência, e a culpa, exceção, sendo ônus do Estado comprovar a culpa do agente. Assim, o estado de inocência deixa de existir somente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, e apenas em relação àquele determinado delito, uma vez que

“O sentenciado pela prática de inúmeras infrações penais, que deve cumprir várias penas, pode ser considerado culpado para todos esses casos, em decorrência de sentenças condenatórias com trânsito em julgado. Porém, nada lhe retira o estado natural de inocência, quando, porventura, for acusado da prática de outros delitos.”²²

Importa salientar, ainda, que

“o princípio da inocência, ou *estado* ou *situação jurídica* de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de *tratamento*, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo *probatório*, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada.

[...] o princípio exerce função relevantíssima, ao exigir que toda privação da liberdade antes do trânsito em julgado deva ostentar natureza cautelar, com a imposição de *ordem judicial* devidamente motivada. Em outras palavras, o estado de inocência (e não a *presunção*) proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal. Veremos que também a imposição de medidas cautelares diversas da prisão (arts. 319 e 320, CPP) reclamará juízo de necessidade de medida (art. 282, I, CPP).”²³

Este princípio gera para o Estado o dever de assegurar que o réu seja tratado como se inocente fosse. Esse dever atua tanto interna, quanto externamente no processo:

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios constitucionais penais e processuais penais / Guilherme de Souza Nucci. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense, 2015. p. 294.

²² *Ibidem*

²³ PACHELLI, Eugênio. Curso de processo penal / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 39.

“Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – inicialmente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?). Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.”²⁴

²⁴ LOPES Jr., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 79.

3. ANÁLISE JURÍDICA DAS PRISÕES CAUTELARES NO ORDENAMENTO PROCESSUAL PENAL

Prisão nada mais é do que “a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere.”²⁵

Nucci afirma que a partir deste conceito não há como distinguir a prisão provisória, que ocorre durante a instrução processual, da prisão resultado de uma sentença condenatória transitada em julgado. E

“Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, formas de cumprimento e regimes de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.”²⁶

Segundo artigo 5º, LXI, da Constituição Federal, “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”.²⁷ Assim,

“A regra, pois, é que a prisão, no Brasil, deve basear-se em decisão de magistrado competente, devidamente motivada e reduzida a escrito, ou necessita decorrer de flagrante delito, neste caso cabendo a qualquer do povo a sua concretização.”²⁸

Portanto, a privação da liberdade, salvo as exceções contidas no art. 5º, LXI, da Constituição Federal, deve se legalmente justificada e decretada pela autoridade competente:

“É impositivo constitucional que toda prisão seja fielmente fiscalizada por juiz de direito. Estipula o art. 5º, LXV, que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”. No mesmo sentido,

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal / Guilherme de Souza Nucci. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 342

²⁶ Ibidem

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 12 dez. 2017.

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal / Guilherme de Souza Nucci. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 342

dispõe o art. 310, I, do CPP. Além disso, não se pode olvidar que, mesmo a prisão decretada por magistrado, fica sob o crivo de autoridade judiciária superior, através da utilização dos instrumentos cabíveis, entre eles o *habeas corpus*: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5.º, LXVIII, CF).”²⁹

A própria lei processual penal prevê, ainda, a possibilidade da prisão do agente mesmo antes de decisão condenatória transitada em julgado, desde que demonstrado que sua liberdade pode de alguma forma prejudicar o devido andamento processual. Trata-se de prisão sem pena, medida excepcional, que também é chamada de prisão cautelar ou provisória.

Dito isto, faz-se necessário analisar as prisões provisórias elencadas no vigente ordenamento jurídico, ressaltando que, nestes casos, não há que se falar em antecipação da pena, haja vista o princípio da não-culpabilidade que recai sobre o agente, de modo que o encarceramento precoce é tratado como prisão provisória com a finalidade cautelar de garantia da instrução criminal.

Entende Pacceli o seguinte:

“A Constituição da República, portanto, promoveu: a) instituição de um princípio afirmativo da situação de inocência de todo aquele que estiver submetido à persecução penal; b) a garantia de que toda a prisão seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente.

Em consequência, toda e qualquer prisão deverá se pautar na *necessidade* ou na *indispensabilidade* da providência, a ser aferida em decisão fundamentada do juiz ou do tribunal, segundo determinada e relevante finalidade.

E essa *finalidade* haverá que ser encontrada também no âmbito constitucional, na medida em que somente por essa via se poderia afastar as duas determinações constitucionais a que acabamos de nos referir.

Nesse passo, surge a necessidade de *preservação da efetividade* do processo como fundamentação válida e suficiente para justificar a segregação excepcional de quem ainda se deva considerar inocente.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal / Guilherme de Souza Nucci. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 343.

Com efeito, nenhuma atividade regular do exercício do Poder Público pode ser descuidada ou ter subestimada a sua utilidade, sobretudo quando se tratar de funções típicas do Estado, que vem a ser precisamente a atuação do Poder Judiciário. Quaisquer condutas que tendam, a impedir ou a embaraçar a sua atuação devem ser cortadas. Obviamente, não se está aqui a defender uma *funcionalização* desmedida do processo penal, de tal modo que a preocupação com a sua efetividade supere quaisquer garantias individuais. Em absoluto. A realização cotidiana da Justiça Criminal somente será legítima se observadas todas as garantias individuais, pressuposto, aliás do *devido processo legal*. O que estamos a afirmar é que, *quando houver risco, concreto e efetivo, ao regular andamento do processo*, por ato imputável ao acusado, o Estado poderá adotar medidas tendentes a superar tais obstáculos, ainda que com o recurso à sua inerente *coercibilidade*.³⁰

Portanto, a prisão provisória tem legitimidade prevista constitucionalmente, atendendo as prerrogativas do princípio do devido processo legal. De modo que pode-se chamar prisão provisória legal, por ser respaldada no princípio da constitucionalidade.

Neste norte, toda a prisão provisória, ou seja, decretada antes da condenação, será considerada medida cautelar, com o objetivo de instrumentalizar os meios e os fins do processo.

As medidas cautelares são meios de respeito à persecução penal. A prisão provisória visa a garantir o sucesso da instrução penal existente. É a segurança encontrada pelo ordenamento jurídico, para que as determinações penais sejam cumpridas de forma mais justa, assegurando-se o bom funcionamento da instrução processual.

³⁰ PACHELLI, Eugênio. Curso de processo penal / Eugênio Pachelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 234.

3.1. Requisitos para a decretação da medida cautelar

Para que uma medida cautelar seja aplicada, é necessário a existência de dois requisitos. Inicialmente o conhecido como *periculum in mora*, considerando a demora do processo um risco à eficácia do provimento judicial final.

De outra parte, é indispensável o requisito do *fumus comissi delicto*, posto que, a aplicação da medida cautelar é justificável quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Assim,

“toda e qualquer prisão deverá se pautar na *necessidade* ou na *indispensabilidade* da providência, a ser aferida em decisão fundamentada do juiz ou do tribunal, segundo determinada e relevante finalidade.

E essa *finalidade* haverá que ser encontrada também no âmbito constitucional, na medida em que somente por essa via se poderia afastar as duas determinações constitucionais a que acabamos de nos referir.

Nesse passo, surge a necessidade de *preservação da efetividade* do processo como fundamentação válida e suficiente para justificar a segregação excepcional de quem ainda se deva considerar inocente.”³¹

Desse modo, somente

“quando houver risco, concreto e efetivo, ao regular andamento do processo, por ato imputável ao acusado, o Estado poderá adotar medidas tendentes a superar tais obstáculos, ainda que com o recurso à sua inerente *coercibilidade*.”³²

Importante ressaltar que medida cautelar possui caráter provisório, enquanto durarem requisitos que ensejaram sua decretação e considerando-se que, ao final, por mais que seja identificado o *fumus comissi delicto*, decida-se pela absolvição ou, até mesmo, pelo reconhecimento da prescrição. Certamente, há

³¹ Ibidem

³² Ibidem

necessidade de o caráter provisório respeitar as prerrogativas do princípio do devido processo legal.

3.2 Modalidades de prisão cautelar

A legitimidade da prisão cautelar depende da observância de princípios constitucionais, como o princípio do devido processo legal e o princípio da presunção de inocência, e

“deve ser sempre entendida como um fenômeno excepcional, somente admitido ante requisitos rigorosamente comprovados e, assim, capazes de excepcionar a regra constitucional da presunção de inocência. A segregação de alguém no cárcere tem legitimidade, de ordinário, apenas diante de condenação penal transitada em julgado; quaisquer outras formas de aprisionamento constituem licenças perigosíssimas de que se serve o Poder Público no interesse da coletividade. Basta um milímetro aquém desse rigor para que a prisão seja ilegal.”³³

Dito isto, passa-se a discorrer sobre cada uma das modalidades de prisão cautelar previstas na atual legislação pátria.

2.2.1 Prisão em Flagrante

Dentre as modalidades de prisões provisórias, está a prisão em flagrante, caracterizada pela “imediatez entre o fato ou evento e sua captação ou conhecimento pelo homem”³⁴, de modo que seja impossível, ou improvável, negar-se a correlação.

Tal modalidade de prisão encontra-se prevista no art. 302 do Código de Processo Penal³⁵, com o seguinte conteúdo:

Art. 302 - Considera-se em flagrante delito quem:
I - está cometendo a infração penal;

³³SILVA, Marco Aurélio Leite. **Prisão temporária, uma aberração**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11159/prisoas-cautelares-aspectos-teleologicos>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

³⁴ PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, cit. p. 250.

³⁵ BRASIL. *Código de Processo Penal*, Decreto-Lei nº3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 17 dez. 2017.

- II - acaba de cometê-la;
- III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
- IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Como visto acima, é prevista, também, pela Constituição Federal, no artigo 5º, LXI.

Sua natureza jurídica é de

“medida cautelar de segregação provisória do autor da infração penal. Assim, exige-se apenas a aparência da tipicidade, não se exigindo nenhuma valoração sobre a ilicitude e a culpabilidade, outros dois requisitos para a configuração do crime. É a tipicidade o *fumus boni juris* (fumaça do bom direito).”³⁶

Em relação ao *periculum in mora*,

é ele presumido quando se tratar de infração penal em pleno desenvolvimento, pois lesadas estão sendo a ordem pública e as leis. Cabe ao juiz, no entanto, após a consolidação do auto de prisão em flagrante, decidir, efetivamente, se o *periculum* existe, permitindo, ou não, que o indiciado fique em liberdade.³⁷

A prisão em flagrante é a única realizada sem a autorização judicial e possui “caráter administrativo, já que seria incompreensível e ilógico que qualquer pessoa – autoridade policial ou não – visse um crime desenvolvendo-se à sua frente e não pudesse deter o autor de imediato.”³⁸ Destarte,

“Essa certeza visual da prática do crime gera a obrigação para os órgãos públicos, e a faculdade para os particulares, de evitar a continuidade da ação delitiva, podendo, para tanto, deter o autor.

E por que é dada essa permissão?

Exatamente porque existe a visibilidade do delito, o *fumus commissi delicti* é patente e inequívoco e, principalmente, porque essa detenção deverá ser submetida ao crivo judicial no prazo máximo de 24h, como determina o art. 306 do CPP.”³⁹

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal / Guilherme de Souza Nucci. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 350.

³⁷ *Ibidem*

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal / Guilherme de Souza Nucci. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 350.

³⁹ LOPES Jr., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 489.

Em suma, entende-se ser a prisão em flagrante uma medida cautelar, decretada diante da prova da materialidade do delito e da evidência de sua autoria, cuja

“precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24h, onde cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não.”⁴⁰

Ressalte-se, ainda, que

“o juiz, em até 24h após a efetiva prisão, deverá receber o auto de prisão em flagrante e decidir entre o relaxamento; conversão em prisão preventiva (desde que exista pedido, pois o art. 311 veda a decretação de ofício na fase pré-processual); decretação de outra medida cautelar alternativa à prisão preventiva; ou concessão da liberdade provisória com ou sem fiança.

Não é mais permitido manter -se alguém preso, além das 24h, sem uma decisão judicial fundamentada, decretando a prisão preventiva. E mais: essa prisão preventiva – luz do art. 311 – somente poderá ser decretada se houver um pedido (do Ministério Público ou autoridade policial).”⁴¹

2.2.2. Prisão Temporária

Outra modalidade de medida cautelar, é a prisão temporária, cuja a previsão legal está na Lei n.º 7.960/89⁴², que preceitua o seguinte:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

- I** - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II** - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III** - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
 - a)** homicídio doloso (Art. 121, caput, e seu § 2º);
 - b)** sequestro ou cárcere privado (Art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - c)** roubo (Art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - d)** extorsão (Art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - e)** extorsão mediante sequestro (Art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

⁴⁰ Ibidem

⁴¹ Ibidem

⁴² BRASIL. Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm> Acesso em: 17 dez. 2017.

- f) estupro (Art. 213, caput, e sua combinação com o Art. 223, caput, e parágrafo único);
- g) atentado violento ao pudor (Art. 214, caput, e sua combinação com o Art. 223, caput, e parágrafo único);
- h) rapto violento (Art. 219, e sua combinação com o Art. 223, caput, e parágrafo único);
- i) epidemia com resultado de morte (Art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (Art. 270, caput, combinado com Art. 285);
- l) quadrilha ou bando (Art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;
- n) tráfico de drogas (Art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976)
- o) crimes contra o sistema financeiro

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

§ 1º Na hipótese de representação da autoridade policial, o Juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 2º O despacho que decretar a prisão temporária deverá ser fundamentado e prolatado dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contadas a partir do recebimento da representação ou do requerimento.

§ 3º O Juiz poderá, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público e do Advogado, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito.

§ 4º Decretada a prisão temporária, expedir-se-á mandado de prisão, em duas vias, uma das quais será entregue ao indiciado e servirá como nota de culpa.

§ 5º A prisão somente poderá ser executada depois da expedição de mandado judicial.

§ 6º Efetuada a prisão, a autoridade policial informará o preso dos direitos previstos no Art. 5º da Constituição Federal.

§ 7º Decorrido o prazo de cinco dias de detenção, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva.

Da leitura destes artigos, observa-se que a prisão temporária só poderá ser decretada no curso de inquérito policial, ou seja, sua finalidade é a de acautelar as investigações do inquérito policial, e, além disso, que é dotada de provisoriedade, já que a própria lei determina o prazo de sua duração, que poderá ser prorrogado apenas uma única vez. Assim, findo o prazo, se não houver decretação de prisão preventiva em desfavor do agente, ele deverá ser posto imediatamente em liberdade.

Desde que seja indispensável à investigação do inquérito policial o encarceramento temporário do acusado, em caso de sua identidade ser duvidosa ou existirem justificadas razões da participação do agente nos crimes mencionados acima no art. 1º, inc. III, a prisão preventiva será decretada pelo juiz mediante representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público:

“E porque se destina à proteção das investigações policiais, cujo destinatário é o Ministério Público, o legislador lembrou-se de que a nossa ordem constitucional de 1988 impõe um modelo processual de feições acusatórias, na qual não se reserva ao magistrado o papel de acusador e muito menos de investigador. Assim, corretamente, não contemplou a possibilidade de decretação *ex officio* da prisão temporária, somente permitindo-a “*em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público*” (art. 2º).”⁴³

Importa ressaltar que a decisão que decreta a prisão temporária, assim como todas as decisões emanadas do Poder Judiciário, deve obedecer ao princípio da motivação das decisões judiciais, conforme o artigo 93, IX, da Constituição Federal⁴⁴. Destarte,

“o despacho de decretar a prisão temporária deve, efetivamente, mostrar a existência do *periculum in mora* (*periculum libertatis*) e do *fumus boni iuris* (*fumus commissi delicti*), sob pena de ser atacado via *habeas corpus*, por manifesta ilegalidade. Não deve o juiz, simplesmente, dizer que a prisão do indiciado é imprescindível à investigação do inquérito policial, pois estaria copiando a letra da lei, sem fundamentar sua decisão.”⁴⁵

A doutrina pátria entende que para que a prisão preventiva seja decretada, deve-se cumular, obrigatoriamente, os incisos I e III ou II e III,

⁴³ PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 258.

⁴⁴ IX - 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.

⁴⁵ RANGEL, Paulo. Direito processual penal / Paulo Rangel. - 23. ed. - São Paulo: Atlas, 2015. p. 918.

“sem os quais não teremos os pressupostos de toda e qualquer medida cautelar: *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (*fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*). Do contrário, bastaria apenas uma das hipóteses elencadas no art. 1º para que se pudesse decretar a prisão, e não foi isso que quis o legislador.”⁴⁶

Por fim, há, também, a modalidade prisão provisória, a qual é objeto de estudo detalhado desta pesquisa, cuja análise minuciosa se dará no próximo capítulo deste trabalho.

Diante de tudo que já foi exposto, percebe-se que as prisões cautelares têm por finalidade garantir a instrução processual e a prova, vedando a sua aplicabilidade sob justificativas de fins penais, independentemente de quais sejam estes.

No mais, para desenvolver melhor o estudo do tema em tela, é imperioso evidenciar que o “procedimento da prisão provisória” (embasando-se no objetivo a ela inerente) não pode ser justificado como antecipação meramente satisfatória do poder punitivo do Estado, pois, se assim fosse, infringiria, de forma desarrazoada e desproporcional, um importante princípio constitucional, o direito à liberdade.

⁴⁶ Ibidem, p. 849

4. CONFIGURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Prevista no artigo 311 do Código de Processo Penal⁴⁷, a prisão preventiva é cabível em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, devendo ser decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Nos termos do artigo 312 do CPP⁴⁸, 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. Além disso, conforme o parágrafo único do referido artigo, a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

O artigo 313⁴⁹ lista os casos em que se admite prisão preventiva:

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

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

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

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

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

⁴⁷ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 18 dez. 2017.

⁴⁸ Ibidem

⁴⁹ Ibidem

Na instrução do inquérito policial, quando decretada da prisão preventiva, existe um prazo de 10 (dez) dias, no âmbito da justiça comum, para finalização do inquérito policial. No que diz respeito a justiça federal, o prazo é de 15 (quinze) dias. Todavia se o Ministério Público pedir novas diligências por falta de indícios de autoria, de posse do inquérito policial já concluído, não caberá a prisão preventiva.

É indispensável destacar que a prisão preventiva é uma espécie de prisão provisória, cuja natureza é fundamentalmente cautelar, quando for extremamente necessária, tendo em vista não ter esta como objetivo a punição antecipada, uma vez que a finalidade da prisão preventiva é assegurar o bom andamento do processo.

Além disso, nos termos do artigo 282, §6º, do Código de processo Penal, “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”, portanto, a natureza desta medida cautelar é subsidiária.

Assim entende o Superior Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS" - CONDENAÇÃO PENAL RECORRÍVEL - SUBSISTÊNCIA, MESMO ASSIM, DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE NÃO- -CULPABILIDADE (CF, ART. 5º, LVII)- RÉUS QUE PERMANECERAM SOLTOS DURANTE O PROCESSO - RECONHECIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, Nº 2) - ACÓRDÃO QUE ORDENA A PRISÃO DOS CONDENADOS, SEM QUALQUER MOTIVAÇÃO JUSTIFICADORA DA CONCRETA NECESSIDADE DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR DOS ORA PACIENTES - AUSÊNCIA DE EFICÁCIA SUSPENSIVA DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS (RE E RESP) NÃO OBSTA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - DECREtabilidade DA PRISÃO CAUTELAR - POSSIBILIDADE, 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 - SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO VERIFICADA NA ESPÉCIE - CONSTRANGIMENTO ILEGAL

CARACTERIZADO - PEDIDO DEFERIDO. A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência do crime e presença de indícios suficientes de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. - A questão da decretabilidade 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. A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. - A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. RECURSOS EXCEPCIONAIS (RE E RESP)- AUSÊNCIA DE EFICÁCIA SUSPENSIVA - CIRCUNSTÂNCIA QUE, SÓ POR SI, NÃO OBSTA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE . - A denegação, ao sentenciado, do direito de recorrer em liberdade depende, para legitimar-se, da ocorrência concreta de qualquer das hipóteses referidas no art. 312 do CPP, a significar, portanto, que, inexistindo fundamento autorizador da privação meramente processual da liberdade do réu, esse ato de constrição reputar-se-á ilegal, porque destituído, em referido contexto, da necessária cautelaridade. Precedentes . - A prisão processual, de ordem meramente cautelar, ainda que fundada em decisão condenatória recorrível (cuja prolação não descaracteriza a presunção constitucional de não-culpabilidade), tem, como pressuposto legitimador, a existência de situação de real necessidade, apta a ensejar, ao Estado, quando efetivamente ocorrente, a adoção - sempre excepcional - dessa medida constritiva de caráter pessoal. Precedentes. - Se o réu responder ao processo em liberdade, a prisão contra ele decretada - embora fundada em condenação penal recorrível (o que lhe atribui índole eminentemente cautelar) - somente se justificará, se, motivada por fato posterior, este se ajustar, concretamente, a qualquer das hipóteses referidas no art. 312 do CPP. Situação inócua no caso em exame. (STF - HC: 96059 RJ, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 10/02/2009, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-064

DIVULG 02-04-2009 PUBLIC 03-04-2009 EMENT VOL-02355-03
PP-00628)⁵⁰

A prisão preventiva só pode ser decretada para atender a sua finalidade cautelar se presentes o *fumus comissi delicto* e o *periculum libertatis*.

O *fumus comissi delicto* é um requisito da prisão preventiva, que “não significa juízo de certeza, mas de probabilidade razoável”⁵¹, ou seja, “a aparência do delito deve estar presente em toda e qualquer prisão provisória (ou cautelar), como verdadeiro pressuposto da decretação da medida acautelatória.”⁵²

Já o *periculum libertatis*, fundamento indispensável para decretação da prisão preventiva, “é o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.”⁵³

Por não existir um prazo determinado para a duração da medida cautelar, é de suma importância que se respeite a razoabilidade da sua aplicação. Assim, a prisão preventiva deverá respeitar o prazo fundamentalmente necessário à sua aplicabilidade, considerando a sua necessária revogação quando não existirem mais os motivos que a determinaram:

“Inexiste, em lei, um prazo determinado para sua duração, como ocorre, ao contrário, com a prisão temporária. A regra é que perdure, até quando seja necessário, durante a instrução, não podendo, é lógico, ultrapassar eventual decisão absolutória – que faz cessar os motivos determinantes de sua decretação – bem como o trânsito em julgado de decisão condenatória, pois, a partir desse ponto, está-se diante de prisão-pena.”⁵⁴

⁵⁰ Disponível em < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3607563/habeas-corpus-hc-96059-rj/inteiro-teor-101494711?ref=juris-tabs>> Acesso em: 20 dez. 2017.

⁵¹ LOPES Jr., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 514.

⁵² PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 262

⁵³ LOPES Jr., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 517.

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal / Guilherme de Souza Nucci. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 362.

Por fim, em atenção ao artigo 312, do Código de Processo Penal, para decretar a prisão provisória, o magistrado deve observar, ainda, dois pressupostos: a prova da existência do crime e o indício suficiente de autoria.

4.1. Dos requisitos para a decretação de prisão preventiva

Segundo os ensinamentos de Nucci⁵⁵, são necessários, no mínimo, três requisitos para decretação de prisão preventiva:

“prova da existência do crime (materialidade) + indício suficiente de autoria + uma das situações descritas no art. 312 do CPP, a saber: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) conveniência da instrução criminal; d) garantia de aplicação da lei penal.”

No que diz respeito à prova da existência do crime, é preciso ter certeza de que realmente ocorreu um ilícito, haja vista que não se pode “determinar o recolhimento cautelar de uma pessoa, presumidamente inocente, quando há séria dúvida quanto à própria existência de evento típico.”⁵⁶

Assim, não se pode decretar a prisão preventiva sem a certeza da ocorrência do crime, simplesmente por mera suspeita, considerando o risco encarcerar uma pessoa inocente.

Já o indício suficiente de autoria,

“é a suspeita fundada de que o indiciado ou réu é o autor da infração penal. Não é exigida prova plena da culpa, pois isso é inviável num juízo meramente cautelar, feito, como regra, muito antes do julgamento de mérito.

Cuida-se de assegurar que a pessoa mandada ao cárcere, prematuramente, sem a condenação definitiva, apresente boas razões para ser considerada como agente do delito.”⁵⁷

⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal / Guilherme de Souza Nucci. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p 364.

⁵⁶ Ibidem

⁵⁷ Ibidem

Referido pressuposto visa a garantir que existam indícios suficientes que comprovam a autoria, ou seja, há comprovação de ser o acusado o autor do delito, tratando-se, assim, de prova indireta que convença o juiz acerca da prática do crime e da necessidade da aplicação da medida cautelar.

Como dito acima, para a decretação da prisão preventiva, no caso concreto devem estar presentes prova da existência do crime, indício suficiente de autoria e um dos quatro fundamentos elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal, que serão analisados separadamente a seguir.

4.1.1. Garantia da ordem pública

Objeto principal da presente pesquisa, a garantia da ordem pública, dentre os fundamentos para decretação de prisão preventiva, é o mais abrangente e indefinido.

Em primeiro lugar, importa ressaltar que o principal objetivo da prisão preventiva é o bom andamento a instrução processual, sendo a proteção do meio social meramente acessória a este.

Não obstante, ao considerar o requisito garantia da ordem pública como “a paz e a tranquilidade social, que devem existir no seio da comunidade, com todas as pessoas vivendo em perfeita harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do modus vivendi em sociedade”⁵⁸, sua finalidade seria a proteção da sociedade que foi abalada pela prática de um delito, assegurado a essa estabilidade social, esquecendo, assim, o cunho maior que é o processo:

“Com efeito, a tutela da ordem pública e da ordem econômica não implica a proteção do processo no curso do qual teria sido decretada, ainda que fundada em fatos que sem o seu (do processo) conteúdo e objeto.

[...] Percebe-se de imediato que a prisão para a garantia de ordem pública não se destina a proteger o processo penal, enquanto

⁵⁸ RANGEL, Paulo. Direito processual penal / Paulo Rangel. - 23. ed. - São Paulo: Atlas, 2015. p. 810.

instrumento de aplicação da lei penal. Dirige-se, ao contrário, à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que crimes que causasse intranquilidade social.

A expressão *garantia da ordem pública*, todavia é de difícil definição. Pode prestar-se a justificar um perigoso controle da vida social, no ponto em que se arrima na noção de ordem, e pública, sem qualquer referência ao que seja efetivamente a *desordem*.⁵⁹

Por tal motivo, parte da doutrina assevera que, ao decretar a prisão preventiva como garantia da ordem pública, a prisão preventiva se distancia da sua finalidade processual como medida cautelar, ou seja, a de tutelar o bom andamento processual: “a prisão cautelar é ilegítima quando afastada de seu objeto e finalidade, deixando de ser *cautelar*.”⁶⁰

Cumprido fixar que a repercussão do delito através da divulgação nos meios de comunicação não é justificativa para a aplicação da medida cautelar.

No decorrer desta pesquisa entenderemos mais acerca desse assunto, de grande relevância para o nosso ordenamento jurídico vigente.

4.1.2. Garantia da ordem econômica

A denominada Lei Antitruste, Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, no seu art. 86, acresce dentre as finalidades da prisão preventiva a proteção da “ordem econômica”. Assim, constituiu-se mais uma hipótese vaga de fundamento para a decretação da prisão preventiva, sendo que a garantia da ordem pública já envolvia a garantia da ordem econômica, não sendo relevante o acréscimo de uma referência expressa a esta última.

Este requisito é alvo de crítica pela doutrina pátria:

“Em primeiro lugar, acreditamos que a referência expressa à garantia da ordem econômica seja absolutamente inadequada, não resistindo a qualquer análise mais aprofundada que se faça sobre ela. Aliás,

⁵⁹ PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 263.

⁶⁰ LOPES Jr., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 526.

semelhante modalidade de prisão foi incluída no art. 312 do CPP, pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, a chamada Lei Antitruste, que cuida de ilícitos administrativos e civis, contrários à ordem econômica, revogada já pela Lei nº 12.529/11.

A se lamentar – e muito – que, tanto tempo depois e com a introdução de tantas alterações em matéria de prisão e de medidas cautelares, tenha se mantido a expressão *garantia da ordem pública e econômica*.

Na linha de tal raciocínio, que parece ter sido determinante na inclusão da prisão para garantia da ordem econômica, já havia, no art. 30 da Lei nº 7.492/86, que cuida dos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei do Colarinho-Branco), a previsão de decretação de prisão preventiva em razão da magnitude da lesão causada.

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

Se, no entanto, o fato de o acusado encontrar-se em liberdade puder significar risco à ordem econômica, pela possibilidade de repetição das condutas e, assim, de ampliação dos danos, a questão poderia facilmente se deslocar para a proteção da ordem pública. Mesmo aqui, o sequestro e a indisponibilidade de bens e valores dos responsáveis ainda nos pareceriam medidas mais eficientes, ao menos sob tal perspectiva (da proteção da ordem econômica).⁶¹

A garantia da ordem econômica reforça a amplitude também da ordem pública, considerando que ambos os pressupostos estão correlacionados pela finalidade, os tornando, assim, repetitivos.

Em suma, esse requisito visa a responder a sociedade diante de abalos econômicos e financeiros cometidos por um determinado agente, seriam no Brasil conhecidos crimes de colarinho branco, a prisão preventiva por tal requisito seria a forma de demonstrar a repercussão acerca do crime contra a ordem econômica com intuito de garantir a segurança social.

⁶¹ PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 263-264

Tais fundamentos que justificam a prisão preventiva por garantia da ordem econômica são amplos e subjetivos, tendo em vista que estes não visam a assegurar o andamento da instrução processual, e sim atender à vontade social.

4.1.3. Conveniência da instrução criminal

Este requisito tem o objetivo de “impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de provas”⁶². Desta feita, a prisão preventiva decretada por conveniência da instrução criminal visa assegurar

“a livre produção probatória, impedindo que o agente comprometa de qualquer maneira a busca da verdade. Assim, havendo indícios de intimidação ou aliciamento de testemunhas ou peritos, de supressão ou alteração de provas ou documentos, ou de qualquer tentativa de turbar a apuração dos fatos e o andamento da persecução criminal, será legítima a adoção da prisão preventiva com base na conveniência da instrução criminal.”

Portanto, quando uma ação do acusado, ou de alguma outra pessoa que age em seu nome, perturba o devido andamento processual, fica

“Evidente aqui o *periculum in mora*, pois não se chegará à verdade real se o réu permanecer solto até o final do processo. Embora a lei utilize o termo *conveniência*, na verdade, dada a natureza excepcional com que se reveste a prisão preventiva (CPP, art. 282, § 6º), deve-se interpretá-la como *necessidade*, e não mera conveniência.”⁶³

4.1.4. Garantia de aplicação da lei penal

A prisão preventiva para garantia de aplicação da lei penal tem como objetivo “assegurar a finalidade útil do processo penal, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal.”⁶⁴

Assim,

⁶² LIMA, Renato Brasileiro de. Código de Processo Penal comentado / Renato Brasileiro de Lima - 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017. p. 886.

⁶³ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal / Fernando Capez. – 23. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016. p. 369

⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal / Guilherme de Souza Nucci. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p 366.

“A possibilidade de fuga, quando evidenciada em elementos concretos, autoriza e recomenda a decretação da prisão preventiva; já a mera suspeita, desacompanhada de elementos seguros de convicção, não dá ensejo à segregação excepcional.”⁶⁵

No mesmo sentido:

“sob pena de evidente violação ao princípio da presunção de inocência, não se pode presumir a fuga do agente simplesmente em virtude de sua condição socioeconômica favorável. Meras ilações ou conjecturas desprovidas de base empírica concreta não autorizam a decretação da prisão do agente com base nesse pressuposto. O juiz só está autorizado a decretar a prisão preventiva com base em elementos concretos constantes dos autos que confirmem, de maneira insofismável, que o agente pretende se subtrair à ação da justiça. Além disso, diante da regra probatória que deriva do princípio da presunção de não culpabilidade, não é do réu o ônus de assegurar que não pretende fugir, mas sim da acusação e do juízo o de demonstrar, à vista dos fatos concretos, ainda que indiciários - e não de vagas suposições - haver motivos para temer a fuga às consequências da condenação eventual.”⁶⁶

Por fim, após serem expostos os requisitos que servem de fundamento para a decretação da prisão preventiva, destaca-se que

“qualquer que seja o fundamento da prisão, é imprescindível a existência de prova razoável do alegado *periculum libertatis*, ou seja, não bastam presunções ou ilações para a decretação da prisão preventiva. O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida.

Toda decisão determinando a prisão do sujeito passivo deve estar calcada em um fundado temor, jamais fruto de ilações ou criações fantasmagóricas de fuga (ou de qualquer dos outros perigos). Deve -se apresentar um fato claro, determinado, que justifique o *periculum libertatis*.”⁶⁷

4.2. Da Revogação

A prisão preventiva ocorre antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, de modo que tal medida é imposta a quem é presumidamente inocente.

⁶⁵ MARCÃO, Renato. Código de processo penal comentado / Renato Marcão. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 538.

⁶⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. Código de Processo Penal comentado / Renato Brasileiro de Lima - 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017. p. 887.

⁶⁷ LOPES Jr., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 519

Por conseguinte, não existindo mais os requisitos que a justifiquem, a prisão preventiva deverá ser revogada e o agente posto em liberdade à luz dos seus direitos constitucionais. É o que estabelece o artigo 316 do Código de Processo Penal: “O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.”⁶⁸ Neste sentido:

“os pressupostos que autorizam a decretação da prisão preventiva devem estar presentes não apenas no momento da sua decretação, como também durante toda a continuidade de sua imposição no curso do processo. Diz-se, por isso, que a decisão que decreta ou denega a prisão preventiva é baseada na cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, mantida a situação fática e jurídica que motivou a decretação da prisão cautelar, esta deve ser mantida; alterados os pressupostos que serviram de base à decisão, pode o juiz proferir nova decisão em substituição à anterior, na medida em que tal decisão não faz preclusão *pro judicato*.”⁶⁹

Frisa-se o fato de que

“A expressão poderá, mencionada no dispositivo legal, não pode ser vista como mera faculdade do juiz, pois, tratando-se de norma concessiva de um direito, qual seja, o direito de liberdade, surge, uma vez presentes os requisitos legais, o direito subjetivo do réu de permanecer em liberdade. Verificando o juiz que o motivo que autorizou a prisão preventiva desapareceu, ou seja, o *periculum in mora* (*periculum libertatis*) (não obstante existir o *fumus boni iuris* -*fumus comissi delicti*), deverá revogar o decreto de prisão.”⁷⁰

Caberá recurso em sentido estrito contra decisão que revogar a prisão preventiva, nos termos do artigo 581, V, do Código de Processo Penal.

⁶⁸BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm> Acesso em: 27 dez. 2017.

⁶⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal comentado* / Renato Brasileiro de Lima - 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017. p. 903.

⁷⁰ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal* / Paulo Rangel. - 23. ed. - São Paulo: Atlas, 2015. p. 831.

5. ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA COMO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA OU ECONÔMICA.

Como já exposto, o ordenamento jurídico pátrio admite prisão antes de transitar em julgado sentença condenatória, como uma medida cautelar, desde que as justificativas que a fundamentem não se choquem com direitos fundamentais, respeitados os princípios consagrados pela Constituição Federal.

Entretanto, pergunta-se: qual a finalidade de uma medida cautelar? É a de garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de conhecimento, ressaltando que seu objetivo não é “fazer justiça”.⁷¹

Nos termos da Constituição Federal de 1988, artigo 5º, incisos LIV, LVII, LXV, LXVI, LXVIII:

“LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;
LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;
LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;
LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;”⁷²

Neste diapasão, o legislador não deve produzir ou aceitar violações ao ordenamento constitucional vigente, aprovando normas que inflijam a garantias fundamentais inerentes à pessoa humana.

⁷¹ LOPES Jr., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 526

⁷² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 2 jan. 2018.

É nesse contexto que parte da doutrina pátria critica a redação do artigo 312 do Código de Processo Penal, por ser a expressão “garantia da ordem pública” vaga e indeterminada:

“Por esse motivo, por ocasião da elaboração do Projeto de Lei n. 4.208/01, que deu origem à Lei n. 12.403/11, foi proposta pela Comissão uma nova redação ao art. 312, *caput*, do CPP, nos seguintes termos: “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 proibidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa*” (nosso grifo). Tal redação definia de maneira mais precisa a natureza da prisão preventiva nessa hipótese, pois, além de deixar claro que a expressão “ordem pública” não significava clamor social provocado pelo delito, nem tampouco repercussão do crime na mídia, permitia a decretação do cárcere quando houvesse risco de reiteração delituosa em crimes de especial gravidade. Não obstante o teor da proposta, o Congresso Nacional optou por não alterar a redação do art. 312, *caput*, do CPP, mantendo a possibilidade de decretação da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública e da ordem econômica.”⁷³

A liberdade é garantia constitucional de cada cidadão, de modo que a restrição a esta só pode ser admitida em casos excepcionais. Não pode o Estado punir precocemente alguém sem o devido processo legal. Neste sentido, entende o Superior Tribunal Federal:

PENAL. PROCESSUAL. SONEGAÇÃO FISCAL. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. "HABEAS CORPUS".
1. A LIBERDADE E A REGRA NO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO; A RESTRIÇÃO À LIBERDADE E À EXCEÇÃO, QUE DEVE SER EXCEPCIONALÍSSIMA, ALIÁS. NINGUÉM É CULPADO DE NADA ENQUANTO NÃO TRANSITAR EM JULGADO A SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA; OU SEJA, AINDA QUE CONDENADO POR SENTENÇA JUDICIAL, O ACUSADO CONTINUARÁ PRESUMIDAMENTE INOCENTE ATÉ QUE SE ENCERREM TODAS AS POSSIBILIDADES PARA O EXERCÍCIO DO SEU DIREITO À AMPLA DEFESA. 2.

⁷³ LIMA, Renato Brasileiro de. Código de Processo Penal comentado / Renato Brasileiro de Lima - 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017. p. 877-878.

ASSIM, SEM O TRÂNSITO EM JULGADO, QUALQUER RESTRIÇÃO À LIBERDADE TERÁ FINALIDADE MERAMENTE CAUTELAR. A LEI DEFINE AS HIPÓTESES PARA ESSA EXCEÇÃO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NEGA VALIDADE AO QUE O JUIZ DECIDIR SEM FUNDAMENTAÇÃO. 3. O PRESSUPOSTO DE TODA DECISÃO É A MOTIVAÇÃO; LOGO NÃO PODE HAVER FUNDAMENTAÇÃO SEM MOTIVAÇÃO. AMBAS SO PODERÃO SERVIR GERANDO NA DECISÃO A EFICÁCIA PRETENDIDA PELO JUIZ SE AMALGAMADAS COM SUFICIENTES RAZÕES. 4. PRISÃO PREVENTIVA SEM FUNDAMENTAÇÃO; ORDEM DE "HABEAS CORPUS" CONCEDIDA. (STJ - HC: 3871 RS 1995/0045012-7, Relator: Ministro EDSON VIDIGAL, Data de Julgamento: 02/10/1995, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 13.11.1995 p. 38684 LEXSTJ vol. 80 p. 327 RT vol. 725 p. 521)⁷⁴

A prisão preventiva para garantia da ordem pública ou econômica, quando decretada, viola um direito fundamental, porquanto cerceará a liberdade de um indivíduo sem sentença condenatória transitada em julgado, utilizando como fundamento um requisito que não tem uma definição exata, que

“por ser um conceito vago, indeterminado, presta -se a qualquer *senhor*, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante, como mostraremos no próximo item, destinado à crítica. Não sem razão, por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer... Nessa linha, é recorrente a definição de risco para ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua “tranquilidade”. Alguns, fazendo uma confusão de conceitos ainda mais grosseira, invocam a “gravidade” ou “brutalidade” do delito como fundamento da prisão preventiva. Também há quem recorra à “credibilidade das instituições” como fundamento legitimante da segregação, no sentido de que se não houver a prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade. A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a “crença” no aparelho estatal repressor.”⁷⁵

⁷⁴ Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/563859/habeas-corpus-hc-3871>> Acesso: em 02 jan. 2018.

⁷⁵ LOPES Jr., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. cit, p. 517.

O Brasil é um Estado Democrático de Direito em que a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada, a fim de que princípios basilares não venham a ser violados.

Vale ressaltar que o encarceramento precoce sem o cumprimento do devido processo legal, nada mais é do que uma punição dupla ao réu, sob justificativa de que com tal medida, estará sendo preservada a segurança pública, o que, na realidade, violará um direito constitucional do cidadão.

Destarte, o Estado deve cumprir a rigor os balizamentos constitucionais, considerando a integralidade de ser um Estado Constitucional Democrático de Direito, assim a estrita subordinação e obediência a Carta Magna.

Nesse contexto, os princípios constitucionais devem ser entendidos como ideias, alicerces, estruturas basilares que são norte de interpretação e integralização do ordenamento jurídico.

No que concerne ao respeito às garantias constitucionais, é necessário o respeito ao princípio da proporcionalidade, a fim de se correlacionarem os direitos fundamentais com os paradigmas da adequação, determinando que as medidas restritivas e impositivas estejam aptas a atingir as finalidades constitucionais pretendidas.

A Carta Magna assegura a proteção ao indiciado dentro do processo penal, considerando presumidamente inocente o acusado até a sentença condenatória transitada em julgado, o que implica dizer que cabe ao magistrado analisar no caso concreto se o princípio da presunção da inocência não está sendo violado com a decretação da prisão preventiva, para que esta não seja uma punição antecipada.

O princípio da presunção da inocência é direito fundamental, resguardado pela Constituição, e está preceituada no art. 9º da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

No âmbito internacional de proteção aos direitos humanos, o princípio da presunção da inocência está respaldado, também, no Pacto de São José da Costa Rica, que, em seu art. 8º, I, dispõe: "Toda pessoa acusada de delito tem o direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".⁷⁶

É indiscutível a importância de tal preceito trazido no teor desses tratados, sendo a presunção da inocência prerrogativa inerente aos princípios da dignidade da pessoa humana, devendo estes ser respeitados, uma vez que o § 2º do art. 5º da Constituição Federal assegura a validade dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

A prisão preventiva como garantia da ordem pública ou econômica não possui o pressuposto constitucional de medida cautelar para a decretação da prisão provisória, sendo esta uma justificativa ampla, abstrata e imprecisa que ofende ao princípio da presunção da inocência, o que a torna inconstitucional:

“Grave problema encerra ainda a prisão para garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despidido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha na década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão “bem” sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes.”⁷⁷

Assim, existe a necessidade de se conceituar o que é a ordem pública ou econômica, que tanto vem sendo utilizada para subsidiar decisões que violam princípios constitucionais.

⁷⁶ BRASIL. *Convenção Americana De Direitos Humanos – 1969. (Pacto De San José Da Costa Rica*. San José de Costa Rica, em 22.11.1969. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 5 de jan. de 2018.

⁷⁷ LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal / Aury Lopes Jr.* – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 526-527.

Encontram-se na jurisprudência reiteradas decisões que justificam o cabimento da prisão preventiva para a garantia da ordem pública e econômica sem nenhum tipo de definição, e, por conseguinte sem demonstrar, fundamentadamente, como tais ordens estariam sendo infringidas.

Tentando chegar ao significado de “garantia da ordem pública”, algumas justificativas são trazidas pela jurisprudência, tais como a ‘potencialidade lesiva do crime’, a ‘gravidade do delito’, a ‘preservação da credibilidade na Justiça’, a ‘periculosidade do agente’ ou a ‘reiteração criminosa, o ‘clamor público’.

Todavia, as decisões tomadas embasadas na gravidade do delito, não se justificam, pois não existe como especificar, em tese, se um delito é grave o bastante, considerando que não há um parâmetro para que a gravidade seja estabelecida.

A gravidade do delito está ligada às circunstâncias de aplicação de pena, conforme prevê o art. 59 CP, e não com instituto da prisão preventiva.

O Supremo tribunal vem decidindo:

“HABEAS CORPUS” - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO, NO CLAMOR PÚBLICO, NA SUPOSTA OFENSA À CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES E NA CONJECTURA DE QUE A PRISÃO CAUTELAR SE JUSTIFICA PARA CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL - UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA - AFASTAMENTO, EM CARÁTER EXCEPCIONAL, NO CASO CONCRETO, DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691/STF - "HABEAS CORPUS" CONCEDIDO DE OFÍCIO. A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA CAUTELAR DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se

refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. - A questão da decretabilidade 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. **A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. - A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. A GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. - A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado.** Precedentes. **O CLAMOR PÚBLICO NÃO BASTA PARA JUSTIFICAR A DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. - 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.** Precedentes. **A PRESERVAÇÃO DA CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES NÃO SE QUALIFICA, SÓ POR SI, COMO FUNDAMENTO AUTORIZADOR DA PRISÃO CAUTELAR. - Não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação do ato excepcional da prisão cautelar, a alegação de que a prisão é necessária para resguardar a "credibilidade da Justiça". AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE. - Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão preventiva. O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE**

QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL. - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes conseqüências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.(HC 96095 / SP - SÃO PAULO - Relator(a): Min. CELSO DE MELLO – Julgado em 03 de fevereiro de 2009 - Órgão Julgador: Segunda Turma.)⁷⁸

Quanto à fundamentação de prisão preventiva para garantia da ordem pública com a finalidade de “preservar a credibilidade das instituições”, frisa-se que

“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.”⁷⁹

Já o clamor social e a repercussão do crime são utilizados para pressionar o Judiciário a encarcerar o acusado, esquecendo-se do principal objetivo de uma medida cautelar, uma vez que para a sociedade é mais importante ter uma resposta imediata, independentemente das garantias individuais constitucionalmente asseguradas. Todavia, o magistrado, ao ceder ao clamor social e usá-lo para

⁷⁸ Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2909532/habeas-corpus-hc-96095-sp>> Acesso em: 03 jan. 2018.

⁷⁹ LOPES Jr., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. cit, p. 530.

justificar a aplicação da medida preventiva como garantia da ordem pública ou econômica, pode submeter precocemente ao cárcere um indivíduo que, ao final da instrução processual, poderá ser considerado inocente.

Vale salientar o “poder” que os meios de comunicação possuem dentro do seio da sociedade, cumprindo o seu papel de informar, garantido pela Constituição Federal em seu artigo 5º, o qual, contudo, deve ser exercido com responsabilidade, respeitando os princípios constitucionais.

No entanto, atualmente os veículos de comunicação não se atêm somente ao papel de informar, mas também de expor opiniões próprias e a formar opiniões. Frequentemente, os meios de comunicação fazem juízo de valor diante de um crime, e apontam o “suspeito” como acusado, influenciando, fortemente, a sociedade a formar a mesma opinião.

Nesse contexto, nunca é demais ressaltar: na instrução processual o que importam são as provas, aquilo que indica a autoria; portanto, não é admissível ter como justificativa de decretação preventiva o clamor público, que, por vezes, é instigado pelo que é divulgado pelos meios de comunicação:

“a ordem pública, ao ser confundida com o tal “clamor público”, corre o risco da manipulação pelos meios de comunicação de massas, fazendo com que a dita opinião pública não passe de mera *opinião publicada*, com evidentes prejuízos para todos.”⁸⁰

Posicionamento que vem a ser ratificado pelo entendimento do STF:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. PRISÃO PREVENTIVA FUNDAMENTADA NO CLAMOR PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 1. O decreto construtivo não teceu argumentação idônea à decretação da prisão preventiva do ora Paciente, uma vez que baseou-se tão-somente no clamor público

⁸⁰ LOPES Jr., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 528.

gerado pelo delito e em circunstâncias abstratas, sem apresentar, contudo, motivos extraídos dos autos que demonstrem a efetiva necessidade do cárcere provisório. E, como é sabido, a prisão preventiva somente pode ser decretada se expressamente for justificada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal. 2. A alegada inépcia da denúncia e o propalado cerceamento de defesa não foram suscitados ou, tampouco, debatidos nas instâncias ordinárias, o que inviabiliza apreciar originariamente a matéria, sob pena de supressão de instância. 3. Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, concedida para revogar a prisão preventiva do Paciente. Prejudicado o exame do pedido de reconsideração da decisão que indeferiu a liminar. (STJ - HC: 114630 ES 2008/0192867-2, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 27/11/2008, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 19/12/2008)⁸¹

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE QUADRILHA, PECULATO EFRAUDE À LICITAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETAÇÃO FUNDAMENTADA EM MERAS CONJECTURAS, NA GRAVIDADE DO DELITO E NO CLAMOR PÚBLICO. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR NÃO DEMONSTRADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A prisão preventiva deve ser decretada se expressamente for justificada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal. 2. O clamor público, inerente ao repúdio que a sociedade confere à prática criminosa, não é bastante para fazer presente o periculum libertatis e justificar a prisão provisória. 3. Ordem concedida para revogar a custódia cautelar dos ora Pacientes, confirmando a liminar anteriormente deferida. (STJ - HC: 151773 AL 2009/0210233-7, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 14/06/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/06/2011)⁸²

Relativamente à questão alusiva à imprensa, vale salientar a necessidade de o Judiciário manter-se equidistante, não se deixando envolver pelo que é veiculado, mormente a visão do leigo (...) O fato de o delito provocar grande repercussão nos meios de comunicação não conduz à prisão preventiva do acusado, estando o prestígio do Judiciário não na dependência da punição a ferro e fogo, mas na atuação harmônica com a ordem jurídica, respeitados os princípios jurídicos

⁸¹ Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2353511/habeas-corporus-hc-114630-es-2008-0192867-2>> Acesso em: 02 jan. 2018.

⁸² Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21107279/habeas-corporus-hc-151773-al-2009-0210233-7-stj>> Acesso em: 02 jan. 2018.

basilares da República. (STF, HC nº 83728/RS, rel. Marco Aurélio, DJ 23/04/2004).⁸³

Diante do exposto, percebe-se que a decretação da prisão preventiva como garantia da ordem pública, diante do clamor social viola o direito à liberdade, antecipando a pena e declarando sumariamente a culpabilidade do indivíduo.

Outro argumento utilizado é a periculosidade do agente, sendo este vago, ilegítimo para a decretação da prisão preventiva.

Atualmente a periculosidade do agente é avaliada nos maus antecedentes e na reincidência; entretanto, tais quesitos são inaptos a determinarem a periculosidade de uma pessoa.

Determinar que uma pessoa que já cometeu um delito cometerá novamente é tentar prever o futuro, através de um juízo de valor, o que contraria os princípios da segurança jurídica e da presunção de inocência.

Determinar a periculosidade do agente com base na análise dos maus antecedentes e da reincidência e, com isso, impor a prisão preventiva consiste em verdadeira antecipação de pena, reforçando um padrão de desigualação de tratamento em prejuízo de um determinado grupo “rotulado” de perigoso, esvaziando-se, assim, a finalidade da prisão cautelar, em afronta, inclusive, aos princípios da igualdade e não-discriminação. Ao determinar a periculosidade do agente sem que se tenha se encerrado a instrução processual, violam-se os princípios da presunção da inocência do devido processo legal, e priva-se a liberdade do indivíduo sem fundamentos objetivos, tomando-se por base apenas o juízo de valor do magistrado, e desrespeita-se o contraditório e a ampla defesa,

⁸³ Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14803234/habeas-corpus-hc-83728-rs-stf>> Acesso em: 02 jan. 2018.

uma vez que a análise subjetiva baseada na reincidência e nos maus antecedentes impossibilita a produção de prova em contrário.

Como já dito alhures, as medidas cautelares não visam punir antecipadamente, ou promover a justiça baseada no clamor social. Ao revés, objetivam assegurar o conhecimento acerca do processo, ou seja, são meios que garantem o funcionamento da instrução processual. Sendo assim, são medidas cautelares aquelas que buscam essa finalidade, como prevê a norma constitucional. Neste sentido, aduz o Boletim Informativo nº 241 do Superior Tribunal de Justiça:

HC. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO.

Distanciados de fatos concretos e respaldados em suposições, os argumentos de existência de prova de materialidade, indícios de autoria do crime, comoção social, credibilidade da Justiça e gravidade do delito não são suficientes para justificar a custódia cautelar nem a manutenção na prisão de paciente primário com bons antecedentes e residência fixa. Com esse reiterado entendimento, a Turma concedeu a ordem de *habeas corpus*, o que não impede a decretação de nova prisão preventiva com base em elementos concretos que a justifiquem. (**HC 41.601-MG, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 7/4/2005.**)⁸⁴

Assim, diante do exposto, conclui-se ser inadmissível a decretação da prisão preventiva sob a justificativa de garantia da ordem pública, haja vista o desvio de sua finalidade cautelar, não sendo possível justificá-la com argumentos como "defesa social", "exemplaridade" ou "prevenção".

Por não existirem critérios objetivos para caracterizar ordem pública, os Tribunais têm apresentado variações constantes a respeito do assunto, chegando ao ponto de utilizar o clamor público como justificativa, ou então, maus antecedentes ou a reincidência, genérica ou específica, a crueldade, a violência, a

⁸⁴ Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>> Acesso em: 03 jan. 2018.

torpeza, a perversão, a cupidez, a insensibilidade moral ou a fuga logo após o crime.

Acerca da prisão preventiva como garantia da ordem econômica, algumas considerações são necessárias.

É cediço que o Direito Penal é a *ultima ratio*, portanto, sua aplicação é subsidiária às normas e princípios adotados pelo Direito Econômico.

Esse ramo do direito visa proteger uma ideologia econômica, constitucionalmente prevista, diferente da finalidade do Direito Penal, que é a de proteger bens jurídicos fundamentais a vida social. Isso ratifica a desnecessidade do Direito Penal tutelar um direito que já é suficientemente garantido em outra seara.

O Estado deve proteger a ordem econômica, todavia essa intervenção deve ser feita de maneira coerente ao rol estabelecido pelo Direito Econômico, através de sanções administrativas.

A intervenção administrativa deve preponderar nestes casos, sendo possível a aplicação do Direito Penal quando se reputar estritamente indispensável a solução do problema.

Apesar de a “ordem econômica” ter previsão constitucional, não se justifica a intervenção penal nessa seara, pois, nesta última, o Estado restringe um direito constitucional democrático que deve ser respeitado, o direito à liberdade, ao passo que as infrações econômicas podem ser controladas pelo Estado através de sanções administrativas e civis.

Assim, problemas sociais referentes à ordem econômica podem ser solucionados de outras formas, através de prestações sociais e ações correlatas, e não usando o Direito Penal como maneira de “satisfazer a sociedade”.

Portanto a decretação da prisão preventiva como forma de garantia da ordem pública ou econômica importa em desvio de finalidade, violando preceitos constitucionais que autorizam a própria aplicação das medidas cautelares, na medida em que a prisão preventiva é imposta como medida de segurança, o que viola o texto constitucional acerca da matéria.

6. CONCLUSÃO

Na busca incessante de respostas a algumas práticas aplicadas dentro do ordenamento jurídico foi desenvolvida esta pesquisa, que deu ênfase à medida cautelar prisão preventiva sob a justificativa da “garantia da ordem pública e econômica”.

Entretanto, ao longo do estudo, demonstrou-se a inconstitucionalidade desse instituto, tendo em vista que a liberdade é o bem maior de qualquer pessoa e deve ser garantida até a comprovação da sua culpabilidade diante de um crime.

A Carta Magna vigente no Brasil assegura a proteção a liberdade do indivíduo, considerando o princípio da presunção da inocência, ou seja, todos são presumidamente inocentes, portanto merecem serem tratados como tal, até a sentença condenatória transitada em julgado.

A prisão preventiva como garantia da ordem pública e econômica perde a finalidade de natureza cautelar, sendo uma forma de o Estado mostrar à sociedade que está fazendo o seu papel de protegê-la. Todavia, ao encarcerar precocemente alguém tomando por base um conceito vago e impreciso, estará provocando insegurança jurídica e infringindo garantias fundamentais inerentes ao indivíduo.

O Estado deve ser o garantidor dos direitos, não violador. Ao encarcerar precocemente aquele que é presumidamente inocente, viola os princípios do devido processo legal, da dignidade da pessoa humana e o da presunção de inocência.

Por não se entender o motivo que levou o legislador ao incluir na redação do art. 312 o requisito “garantia da ordem pública e econômica”, conclui-se que sua intenção é de acautelar o meio social diante de uma infração penal. Porém, a liberdade de alguém não pode ser cerceada sem um motivo plausível, cabendo,

assim, ao magistrado observar a inconstitucionalidade que envolve esse requisito, e decidir de forma coerente e em respeito aos princípios constitucionais.

O Superior Tribunal Federal, em reiteradas decisões, já se posicionou acerca da inconstitucionalidade da prisão preventiva como garantia da ordem pública e econômica, por ferir o preceito fundamental da presunção de inocência.

O objetivo da decretação da prisão preventiva é para assegurar o bom andamento processual. Assim, se o envolvido não oferece risco nenhum à instrução processual, e até se prepõe a contribuir quanto ao seu esclarecimento, por que a prisão preventiva deve ser decretada? Por que o crime teve grande repercussão social? E a liberdade de alguém que está sendo tirada não deve ser levada em consideração?

O que importa não é gravidade do delito ou a sua repercussão, mas sim as provas que devem servir de fundamentação para a sentença, e garantir que todos sejam tratados de forma digna e tenham seus direitos protegidos.

Em casos no qual um indivíduo é preso preventivamente durante a instrução processual, como garantia da ordem pública e econômica, e ao final resta comprovada a sua inocência, não há qualquer forma de reparação pelos dias que passou encarcerado, longe dos seus familiares, amigos e do convívio social.

Sabe-se que sociedade é preconceituosa quando se fala em “ex-detento”. E, ainda que seja comprovada a inocência do indivíduo, o seu retorno ao seio da sociedade é prejudicado, principalmente se for pertencente a uma classe social de baixa renda, tudo se torna mais difícil, inclusive para conseguir um emprego e poder sustentar a sua família.

Importa ainda destacar que o fato de uma pessoa ser reincidente, ou seja, já ter cometido um crime e ter cumprido pena, não significa que diante de outro

delito ela será a culpada, pois a este individuo também é inerente a presunção inocência.

Por fim, destaca-se que o que deve mover os operadores do Direito é a certeza de defender os direitos de todos, com igualdade, na busca de um fim maior que é a JUSTIÇA, haja vista que um dos mais nobres dentre os deveres do Estado é de ser sempre justo, tanto na elaboração das leis, quanto na aplicação delas, para fazer honrar o que prevê a Constituição: um “Estado Democrático de Direito”.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Código de Processo Penal*, Decreto-Lei nº3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. *Convenção Americana De Direitos Humanos – 1969. (Pacto De San José Da Costa Rica*. San José de Costa Rica, em 22.11.1969. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjosese.htm>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Boletim informativo nº 241, de 4 a 8 de abril de 2005**. Disponível em <

<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>> Acesso em: 03 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Criminal nº 114630**. Relator: Min. LAURITA VAZ, Brasília, 27 de novembro de 2008. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2353511/habeas-corpus-hc-114630-es-2008-0192867-2>> Acesso em: 02 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Criminal nº 151773**. Relator: Min. Laurita Vaz, Brasília, 14 de junho de 2011. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21107279/habeas-corpus-hc-151773-al-2009-0210233-7-stj>> Acesso em: 02 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Criminal nº 3871**, Relator: Min. Edson Vidigal, Brasília, 02 de outubro de 1995. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/563859/habeas-corpus-hc-3871>> Acesso: em 02 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus Criminal nº 83728**. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, 10 de dezembro de 2003. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14803234/habeas-corpus-hc-83728-rs-stf>> Acesso em: 02 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus Criminal n° 94.016**.
Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, 16 de setembro de 2008. Disponível em
<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14718206/habeas-corpus-hc-94016-sp>> Acesso em 12 de dez. de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus Criminal n° 96059**.
Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, 10 de fevereiro de 2009. Disponível em
<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3607563/habeas-corpus-hc-96059-rj/inteiro-teor-101494711?ref=juris-tabs>> Acesso em 20 dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus Criminal n° 96095**.
Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, 03 de fevereiro de 2009. Disponível em
<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2909532/habeas-corpus-hc-96095-sp>> Acesso em: 03 jan. 2018.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal* / Fernando Capez. – 23. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal comentado* / Renato Brasileiro de Lima - 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017.

LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal* / Aury Lopes Jr. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

MARCÃO, Renato. *Código de processo penal comentado* / Renato Marcão. – São Paulo: Saraiva, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal* / Guilherme de Souza Nucci. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais* / Guilherme de Souza Nucci. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal* / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos* / André de Carvalho Ramos. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2016.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal* / Paulo Rangel. - 23. ed. - São Paulo: Atlas, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional* / Ingo Wolfgang Sarlet. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, Marco Aurélio Leite. **Prisão temporária, uma aberração**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11159/prisoas-cautelares-aspectos-teleologicos>>. Acesso em: 17 de dez. 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. – 9. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Podivm, 2014.