

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

LARA DUQUE RAMOS CAPOBIANGO

O DESVIRTUAMENTO DA NATUREZA CAUTELAR DA PRISÃO PREVENTIVA

**CURITIBA
2015**

LARA DUQUE RAMOS CAPOBIANGO

O DESVIRTUAMENTO DA NATUREZA CAUTELAR DA PRISÃO PREVENTIVA

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Daniel Ribeiro Surdi de Avelar

**CURITIBA
2015**

TERMO DE APROVAÇÃO

LARA DUQUE RAMOS CAPOBIANGO

O DESVIRTUAMENTO DA NATUREZA CAUTELAR DA PRISÃO PREVENTIVA

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2015.

Dedico este trabalho aos meus queridos pais por terem sido as peças fundamentais para a minha formação como pessoa e profissional.

AGRADECIMENTOS

Aos meus queridos pais, Rafael e Berenice, e irmão, Daniel, pelo apoio e carinho oferecidos em todo o momento de minha vida, especialmente neste.

Ao meu querido marido Daniel, pelo amor com que sonha comigo os mesmos sonhos, me ajudando a tornar esta obra uma realidade.

Aos meus grandes amigos, pelo apoio incondicional em todos os momentos da minha vida.

Aos professores e profissionais em geral que, ao longo de minha formação acadêmica, muito me auxiliaram e inspiraram.

Agradeço, em especial, ao Professor e Orientador Daniel Ribeiro Surdi de Avelar, pois me deu a honra de sua valiosa orientação, auxiliando-me com o comprometimento necessário para o aprimoramento da qualidade deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem a intenção de abordar aspectos relativos às prisões cautelares, trazendo um breve histórico e uma visão principiológica desse instituto, além de todas as espécies existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Passará, então, a tratar de forma específica da prisão preventiva, modalidade de prisão cautelar, fazendo uma análise dos requisitos e hipóteses autorizadores de sua decretação. Pretende, ainda, discorrer de forma crítica acerca da banalização do instituto em estudo, mostrando a realidade carcerária de nosso país através de dados que revelam o número elevado de prisões preventivas no Brasil. Ademais, será tratado, como ponto central da crítica, os casos em que a prisão cautelar é decretada com evidente desvirtuamento de sua função, servindo a finalidades diversas e ilegítimas, sempre amparadas no vago e impreciso fundamento da garantia da ordem pública. Finaliza-se este trabalho abordando os efeitos danosos da má utilização da prisão preventiva pelo Judiciário brasileiro, enfatizando a sua característica atentatória a direitos fundamentais, além da necessidade de sua utilização somente em casos excepcionais, em razão de seu caráter instrumental, e com devido amparo na lei. Para tanto, a abordagem foi procedida de pesquisa doutrinária, bem como do exame da legislação pertinente e da investigação jurisprudencial aplicável ao estudo.

Palavras-chave: processo penal; prisões cautelares; prisão preventiva; instrumentalidade; banalização; garantia da ordem pública; clamor público; sistema carcerário; efeitos perversos.

SUMÁRIO

| | | |
|----------|--|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 9 |
| 2 | ASPECTOS GERAIS DAS PRISÕES CAUTELARES | 11 |
| 2.1 | ORIGEM E PANORAMA HISTÓRICO DAS PRISÕES CAUTELARES | 11 |
| 2.2 | PRINCÍPIOS REITORES DAS PRISÕES CAUTELARES | 14 |
| 2.2.1 | Princípio da Jurisdicionalidade | 15 |
| 2.2.2 | Princípio da Motivação | 16 |
| 2.2.3 | Princípio da Provisoriedade | 17 |
| 2.2.4 | Princípio da Excepcionalidade | 18 |
| 2.2.5 | Princípio da Proporcionalidade | 20 |
| 2.2.6 | Princípio da Presunção de Inocência | 20 |
| 2.3 | A PRISÃO CAUTELAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N.º 12.403/2011 – LIMITES AO ENCARCERAMENTO PROVISÓRIO | 23 |
| 2.4 | ESPÉCIES DE PRISÃO CAUTELAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO | 27 |
| 2.4.1 | Prisão em Flagrante Delito | 27 |
| 2.4.2 | Prisão Preventiva | 31 |
| 2.4.3 | Prisão Temporária | 32 |
| 3 | A PRISÃO PREVENTIVA: O MODELO PROCESSUAL BRASILEIRO | 34 |
| 3.1 | CONCEITUAÇÃO, PREMISSAS BÁSICAS E HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE | 34 |
| 3.2 | PRESSUPOSTOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA - <i>FUMUS COMISSI DELICTI</i> | 35 |
| 3.3 | FUNDAMENTOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – <i>PERICULUM LIBERTATIS</i> | 37 |
| 3.3.1 | Garantia da Ordem Pública | 37 |
| 3.3.2 | Garantia da Ordem Econômica | 41 |
| 3.3.3 | Conveniência da Instrução Criminal | 42 |
| 3.3.4 | Garantia da Aplicação da Lei Penal | 43 |
| 4 | DA BANALIZAÇÃO DO INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA – SUA ADOÇÃO PARA FINS ILEGÍTIMOS DE DEFESA SOCIAL | 45 |
| 4.1 | O CARÁTER ESSENCIALMENTE INSTRUMENTAL DA PRISÃO PREVENTIVA | 45 |

| | | |
|----------|--|-----------|
| 4.2 | PANORAMA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO – ÍNDICES QUE DEMONSTRAM O NÚMERO ELEVADO DE PRISÕES CAUTELARES NO BRASIL..... | 46 |
| 4.3 | O CLAMOR PÚBLICO COMO DESDOBRAMENTO DO FUNDAMENTO DA GARANTIA DE ORDEM PÚBLICA..... | 50 |
| 4.4 | OS EFEITOS PERVERSOS DA MÁ UTILIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO | 55 |
| 5 | CONCLUSÃO | 61 |
| 6 | REFERÊNCIAS | 64 |

1 INTRODUÇÃO

A prisão passou, ao longo dos tempos, por diversos avanços e talvez seja o tema mais importante do processo penal, já que se trata de uma restrição a um dos direitos fundamentais mais valiosos, a liberdade.

A prisão pena (relacionada ao cumprimento de sentença penal condenatória transitada em julgado) surgiu no século XVI e, antes disso, a função da prisão era exclusivamente cautelar, sendo utilizada para conter o acusado até a sentença e execução da pena, que, na época, era basicamente corporal, tais como morte e lesões corporais infamantes.

É de se ver que a prisão cautelar, portanto, existe desde os primórdios da humanidade, em que pese os diferentes objetivos que já a circundaram.

Atualmente, no Brasil, considera-se a prisão cautelar como forma de privação da liberdade de indivíduo antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Tal forma de restrição da liberdade é medida cautelar de natureza pessoal que se destina a garantir a efetividade da administração da justiça, na busca de se obter segurança para garantir a utilidade da persecução penal.

A prisão cautelar, também chamada de prisão processual, possui caráter excepcional e instrumental, principalmente considerando que no Brasil o direito à liberdade é um direito fundamental. Assim, a decretação depende da presença das condições gerais para a adoção das medidas cautelares penais, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Além dos pressupostos básicos, para que a intervenção na esfera da liberdade do indivíduo seja legítima, é absolutamente necessário o respeito aos direitos fundamentais, bem como a observância dos princípios da jurisdicionalidade, da motivação, da provisoriedade, da excepcionalidade, da proporcionalidade e da presunção de inocência, princípios estes basilares para o estudo do instituto das prisões cautelares.

A doutrina classifica em três as espécies de prisão cautelar: prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão provisória. Ao longo deste trabalho, será estudado o instituto da prisão preventiva, que é a medida cautelar de natureza pessoal mais drástica existente no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste ponto, salienta-se que ocorreu uma significativa mudança no trato das prisões com o advento da Lei n.º 12.403/2011. Foi inserida uma série de medidas

cautelares alternativas à prisão, tornando a prisão preventiva medida extrema, sendo admissível somente quando nenhuma das outras medidas cautelares (menos gravosas em termos de restrição de liberdade) se mostrar adequada e suficiente à situação.

Diante do caráter excepcional, o presente trabalho se debruçará nas hipóteses que autorizam a sua decretação, assim como nos pressupostos e fundamentos que justificam a sua aplicabilidade, em especial atenção ao fundamento da garantia da ordem pública, que por sua imprecisão acaba se tornando o fundamento mais utilizado para a decretação injusta da prisão preventiva.

Vê-se que a realidade prisional brasileira revela o alto índice de presos preventivos, sendo que grande parte dessas prisões são ilegítimas e desvirtuadas do caráter cautelar, funcionando apenas como um mecanismo de antecipação dos efeitos de futura sentença penal condenatória.

O objetivo deste estudo é fazer uma análise da real finalidade processual da prisão preventiva, assim como apresentar uma visão crítica acerca de sua aplicabilidade pelo Judiciário brasileiro.

É possível verificar que a medida restritiva cautelar vem sendo comumente utilizada de modo a se revestir de antecipação de pena que eventualmente será aplicada e forma de entregar à sociedade a satisfação punitiva que anseia quando da ocorrência de um crime.

Ao final, o trabalho buscará apresentar os danos efetivos da aplicabilidade indiscriminada desta modalidade de prisão cautelar, tais como o “contágio” criminal, a dessocialização e a estigmatização do preso preventivo.

2 ASPECTOS GERAIS DAS PRISÕES CAUTELARES

2.1 ORIGEM E PANORAMA HISTÓRICO DAS PRISÕES CAUTELARES

A prisão cautelar priva, antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, o indivíduo de um direito relevante e fundamental, que é o direito à liberdade. Dessa forma, já é levado ao cárcere, enquanto ainda não se emitiu um juízo de cognição profundo sobre a sua culpabilidade.

A privação de liberdade de locomoção de um indivíduo somente poderia ser possível por força de uma prisão penal, ou seja, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Entretanto, entre o momento da prática do crime e a obtenção do provimento jurisdicional definitivo, há sempre o risco de que certas situações comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado. Daí o caráter imperioso da adoção de medidas cautelares, a fim de se atenuar esse risco.¹

Desse modo, em situações excepcionais, a prisão cautelar é fundamental para a própria eficiência do processo penal e para a proteção de bens jurídicos protegidos pela Constituição da República Federativa do Brasil.²

É sabido que a prisão como forma de pena é relativamente recente, tendo o seu início no final do século XVI, momento em que a pena corporal chega a seu fim. Nasce, nessa época, os chamados sistemas penitenciários.

A prisão cautelar, por sua vez, tem sua origem nos primórdios da humanidade e, a princípio, se destinava a reter o condenado com o fim de garantir eventual aplicação da pena.

Nesse período histórico, as penas decorrentes da condenação comumente recaíam sobre a pessoa do condenado, como pena de morte, penas corporais e infamantes.

Na Antiguidade, conforme ensina Rogerio Schietti Machado Cruz, o caráter de excepcionalidade poderia ser verificado na sua substituição por garantia pecuniária:

(...) era freqüentemente substituída por outras medidas, como a garantia fidejussória, admitida, entre os homens livres, para os que houvessem con-

¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015. p. 850.

² MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011. p. 85.

fessado o crime. Era considerado, para a decretação da custódia, o grau de probabilidade de uma condenação, pois o segregamento do réu antes da sentença tinha o objetivo de garantir eventual aplicação de pena (PISAPIA, 1979, p. 244). Não tinha, porém, qualquer caráter afliitivo ou punitivo, como o comprova a célebre máxima de ULPIANO: *carcer ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*.³

Já na Idade Média, período em que prevaleceu o sistema inquisitorial, a prisão passou a ser empregada com maior freqüência e sem os critérios de excepcionalidade e substituição anteriores. A prisão passou a ter, de fato, o caráter afliitivo, como meio de tortura e obtenção de confissões forjadas⁴.

Podemos então acompanhar as palavras de Luigi Ferrajoli:

(...) enquanto em Roma, após experiências alternadas, chegou se a proibir por completo a prisão preventiva, na Idade Média, como desenvolvimento do procedimento inquisitório, ela se tornou o pressuposto ordinário da instrução, baseada essencialmente na disponibilidade do corpo do acusado como meio de obter a confissão *per tormenta*.⁵

A prisão continua sendo meio de assegurar a aplicação da pena e, ainda nessa época, as penas eram as de caráter subjetivo, ou seja, aplicadas diretamente sobre o corpo do culpado.

Apenas no Século XVI, com o surgimento do Estado moderno, a prisão preventiva reassume o caráter de excepcionalidade e cautelaridade. Neste período, a prisão também passou a ser aplicada como pena, adquirindo seus contornos atuais.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt⁶, a prisão agora se torna necessária, em virtude do crescimento do número de pessoas que praticam crimes, crescimento esse decorrente da pauperização de grande parte da população, que encontra no crime a única forma de garantir o mínimo de subsistência. Assim, “a pena de morte não era uma solução adequada, já que não se podia aplicar a tanta gente”.

Passando-se à análise histórica das prisões no Brasil, o grande marco foi o advento do Código de Processo Penal de 1941.

³ CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. **Prisão Cautelar - Dramas, Princípios e Alternativas - Com a Lei 12.403/11**. 2ª edição, São Paulo: Lumen Juris, 2011. p. 7.

⁴ FARIAS, Michelle Cristina. **Evolução histórica da prisão preventiva e prisão em flagrante no Brasil**. Disponível em: < <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3294>> Acesso em: 03 agosto 2015.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. Tradução Coletiva. São Paulo: RT, 2002. p. 443.

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão - causas e alternativas**. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 50.

Anteriormente, durante o período da colonização, o Brasil ficou submetido às Ordenações Afonsinas, seguindo-se as Manuelinas em 1514 e, por fim, as Filipinas de 1603, ordenações oriundas de Portugal. Ao magistrado, era permitido decretar a prisão preventiva do cidadão nos casos mais graves e se houvesse necessidade para a segurança da instrução ou eventual execução da pena.

Com a proclamação da independência em 1822, e inspirados pelas idéias revolucionárias advindas da França, a liberdade consolidou-se como fundamento basilar de garantia dos direitos do cidadão contra possíveis arbitrariedades do Estado. Neste ponto, importante destacar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁷, que em seu artigo 9º estabelece “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Decorrente da declaração de independência, houve em 1824 a promulgação da Constituição do Império⁸, que trazia a previsão da aplicação da prisão antes da sentença. Assim dispunha:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

VIII. **Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei**; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as.

IX. Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto.

X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar.

O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não comprehende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessárias á disciplina, e recrutamento do Exercito; nem os casos, que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo. (grifo é nosso)

⁷ **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. França, 1789.

⁸ BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brazil**. Rio de Janeiro: outorgada em 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em: 04 agosto 2015.

A situação da prisão cautelar ficou mais agravada em 1941, com a elaboração do Código de Processo Penal no regime autoritarista de Getúlio Vargas.

Saliente-se que a prisão preventiva teve sua admissibilidade ampliada, prevista nas mais diversas causas, incluído aqui “o interesse da ordem pública, ou da instrução criminal, ou da efetiva aplicação da lei penal”.

A grande novidade do diploma processual de 1941 foi a criação do instituto da prisão preventiva obrigatória, onde se dispensava qualquer outro requisito bastando apenas a prova de indícios contra o acusado.

Tal legislação passou por intensas transformações, inclusive durante o regime militar em 1964, e continua em plena vigência até os dias de hoje.

No ordenamento jurídico atual, como será exposto ao longo deste trabalho, as prisões cautelares possuem como característica basilar a excepcionalidade, sendo medida de restrição de liberdade que deve estar amparada nos requisitos constitucionais e legais. Existem institutos capazes de manter a liberdade do indivíduo diante das arbitrariedades das autoridades e de assegurar, a quem está preso cautelarmente, tratamento com respeito à dignidade da pessoa humana e o mínimo de garantias constitucionais.

2.2 PRINCÍPIOS REITORES DAS PRISÕES CAUTELARES

A base principiológica é de suma importância na compreensão de todos os institutos jurídicos e no tema em estudo tem fundamental relevância ao estabelecer limites em relação às medidas de coerção pessoal.

Insta salientar que a palavra princípio significa começo, origem, fonte. Em termos gerais, seria uma proposição que orienta uma atividade e lhe serviria de norma a um efetivo juízo prático.

No âmbito jurídico, os princípios, sejam explícitos no ordenamento ou implícitos, subsidiam o sistema legal e servem como paradigma na elaboração de normas. Ademais, os operadores do direito buscam nos princípios as diretrizes e os rumos de interpretação.

Na temática estudada, leciona Aury Lopes Jr.⁹: “é a eficácia desses princípios que gera condições de coexistência das prisões cautelares com a presunção de inocência”.

2.2.1 Princípio da Jurisdicionalidade

A prisão cautelar é medida estritamente jurisdicional, podendo ser decretada somente por juiz competente.

Este princípio, também denominado Princípio da Reserva Jurisdicional, está consagrado no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁰, segundo o qual “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”.

Dessa forma, com exceção da prisão em flagrante e os casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, as demais espécies de prisão só podem ser decretadas por juízes.

Assim também dispõe o artigo 283 do Código de Processo Penal:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.¹¹

Se não bastasse isso, mesmo nas hipóteses em que se admite restrição da liberdade sem prévia decisão judicial, o crivo do judiciário ocorre *a posteriori*, para controle de sua legalidade.

Nesse sentido, explica Miguel Tedesco Wedy:

Mesmo a prisão em flagrante – que para alguns possui caráter pré-cautelar – decorrente do dever da autoridade ou da faculdade de qualquer um do

9 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10ª edição rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 812.

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 10 agosto 2015.

¹¹ BRASIL. Decreto n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 10 agosto 2015.

povo, deverá prestar obediência ao princípio da jurisdicionalidade. Sim, pois a prisão em flagrante haverá de ser homologada pelo juiz, caso esteja de acordo com a lei.¹²

A jurisdicionalidade é a necessidade de que a restrição de bens e direitos assegurados na Constituição Federal e nas Convenções Internacionais somente possa ser feita por determinação judicial, a fim de evitar excessos ou abuso de poder.¹³

Portanto, a ordem de segregação cautelar deve ser emanada por autoridade judicial competente e, além disso, deverá ser escrita e fundamentada, isto é, justificada, para que não incorra em inconstitucionalidade.

2.2.2 Princípio da Motivação

Trata-se de uma leitura sistemática da Constituição da República, conjugando o disposto no artigo 5º, inciso LXI (“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”), com o disposto no artigo 93, inciso 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”)¹⁴.

Assim, ficou consignado que para todas as decisões do Poder Judiciário, seja qual for a instância de jurisdição ou a matéria da decisão, devem ser motivadas, fundamentadas, arrazoadas, baseadas, alicerçadas, explicadas, sob pena de nulidade. Em outras palavras, a decisão deve expor os motivos e circunstâncias concretas que embasaram o convencimento do magistrado a proferi-la de determinada maneira.

¹² WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 65.

¹³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª edição rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 739.

¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 12 agosto 2015.

Nesse sentido, ainda temos o artigo 315 do Código de Processo Penal, que dispõe: “a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.”¹⁵.

É certo, portanto, que para a decretação de toda e qualquer prisão cautelar deve haver fundamentação, explicação ou justificação racional por parte do juiz que determinar a restrição.

Nessa esteira, Miguel Tedesco Wedy assevera que:

É pela motivação que se aprecia se o juiz julgou com conhecimento de causa, se sua convicção é legítima e não arbitrária, tendo em vista que interessa à sociedade e, em particular, às partes saber se a foi ou não acertada. E, somente com a exigência da motivação, permitir-se-ia à sociedade e às partes, a fiscalização da atividade intelectual do magistrado no caso decidido.¹⁶

Destarte, importante julgado do Supremo Tribunal Federal:

A prisão preventiva, pela excepcionalidade que a caracteriza, pressupõe decisão judicial devidamente fundamentada, amparada em elementos concretos que justifiquem a sua necessidade, não bastando apenas aludir-se a qualquer das previsões do art. 312 do Código de Processo Penal¹⁷

Ademais, vale frisar que não basta a mera repetição de termos legais. É necessário ir além, adequando a norma jurídica ao caso concreto, sendo a decisão baseada em dados palpáveis, retirados do mundo fenomênico, indicando concretamente a existência do *periculum libertatis* e do *fumus comicci delicti*, a fim de que a prisão preventiva possa ser decretada legalmente.

2.2.3 Princípio da Provisoriedade

Este princípio, por sua vez, orienta que as prisões cautelares (ou medidas cautelares em geral) têm caráter provisório, visto que possuem vigência temporária, por um período de tempo determinado.

¹⁵ BRASIL. Decreto n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 12 agosto 2015.

¹⁶ WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 82.

¹⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus. 99043/PE. Relator Ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma. Data do Julgamento: 24.08.2010. DJ de 09.09.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 12 agosto 2015.

Nessa linha de raciocínio, assevera Aury Lopes Jr.:

(...) a provisoriedade está relacionada ao fator tempo, de modo que toda prisão cautelar deve(ria) ser temporária, de breve duração. Manifesta-se, assim, na curta duração que deve ter a prisão cautelar, até porque é apenas tutela de uma situação fática (provisionalidade) e não pode assumir contornos de pena antecipada.¹⁸

É importante salientar que as prisões cautelares não são um fim em si mesmas, destinando-se a assegurar o processo judicial, enquanto e tão somente se houver um perigo para os bens jurídicos tutelados. Desse modo, as medidas cautelares como um todo não devem durar eternamente, mas apenas enquanto forem necessárias e, ainda assim, dentro de um prazo razoável.¹⁹

O grande problema do sistema processual penal reside na indeterminação acerca da duração da prisão cautelar, pois não existe disposição legislativa que trate do assunto. Com exceção da prisão temporária, que possui prazo de duração previsto em lei, a prisão preventiva é indeterminada, ficando a critério do julgador estabelecer o seu tempo de acordo com sua necessidade.

Um dos maiores críticos desta situação é o ilustre Aury Lopes Jr., que, em seu livro, destaca:

(...) não existe nada em termos de limite temporal das prisões cautelares, impondo-se uma urgente discussão em torno da matéria, para que normativamente sejam estabelecidos prazos máximos de duração para as prisões cautelares, a partir dos quais a segregação seja absolutamente ilegal.²⁰

2.2.4 Princípio da Excepcionalidade

O caráter excepcional das prisões cautelares também é um princípio constitucional, já que a nossa Lei Maior afirma que 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 (artigo 5º, inciso LXI). Da mesma forma, o inciso LXVI do mesmo artigo assegura

¹⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10ª edição rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 616.

¹⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011. p. 74.

²⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10ª edição rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 616.

que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança.

Portanto, o nosso regime jurídico constitucional tem como regra a liberdade e a sua restrição é medida de exceção, devendo as prisões cautelares serem impostas apenas em casos extremos, quando as demais medidas cautelares se mostrarem insuficientes ou inadequadas.

Verificam-se, no processo penal, dois interesses em jogo, aparentemente opostos: de um lado o direito à liberdade individual e, de outro, o interesse do Estado em manter a pureza da instrução criminal, em face de seu direito-dever de punir. Sob essa ótica, o princípio da excepcionalidade é imprescindível, como uma maneira de impor que a decretação da prisão cautelar seja a *ultima ratio*.²¹

A excepcionalidade deve ser conjugada com os demais princípios reitores das prisões cautelares, em especial o princípio da presunção de inocência (artigo 5º, LVII, CF), já que toda medida restritiva de liberdade, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, deve ser imposta somente quando há necessidade processual que a justifique, não podendo ser antecipação de finalidades próprias da pena.

Nesse sentido pondera Rogério Machado Schietti: “A consequência lógica da presunção de não-culpabilidade, no que diz com as prisões cautelares, é a de que não se pode ter a restrição à liberdade humana como regra, mas sim como exceção.”²²

Com o advento da Lei n.º 12.403/2011, o caráter excepcional das prisões cautelares tornou-se ainda mais nítido, tendo em vista que o Código de Processo Penal passou a prever que a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (artigo 282, §6º), estando estas dispostas no artigo 319 do diploma processual.

Dessa forma, somente após o esgotamento de todas as alternativas cautelares que sejam menos trágicas ao réu, será cabível a decretação de detenção cautelar.

²¹ DUTRA, Bianca Moreira. **Principiologia das Prisões Cautelares**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32468/principiologia-das-prisoas-cautelares>> Acesso em: 30 julho 2015.

²² CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006. p. 75, *apud* MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares**. São Paulo: Método, 2011. p. 46.

2.2.5 Princípio da Proporcionalidade

Como toda medida restritiva de direitos fundamentais, as medidas cautelares deverão se submeter ao princípio da proporcionalidade. Assim, qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada, necessária e proporcional.

A proporcionalidade constitui requisito essencial para delimitar a atividade legislativa e para orientar o juiz na aplicação de qualquer medida coactiva.²³

Com bem destaca Aury Lopes Jr.: “Definido como o princípio dos princípios, a proporcionalidade é o principal sustentáculo das prisões cautelares”²⁴.

O princípio da proporcionalidade deve ser um importante alicerce na busca de um equilíbrio entre bens jurídicos em análise quando da decretação de uma medida cautelar, norteando a conduta do juiz frente ao caso concreto.

O juízo de proporcionalidade deve se orientar por três perspectivas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A medida cautelar deve, portanto, ser apropriada aos fins propostos (observando o disposto no artigo 282, inciso II, do CPP²⁵), necessária (levando em conta que a prisão é a *ultima ratio* do sistema) e a sua decretação deve ponderar valores em conflito, atentando-se o juiz para a relação existente entre eventual sanção cominada ao crime em tese praticado e àquela imposta em sede de medida cautelar.

Neste último ponto, importante lição de Paulo Rangel:

A medida cautelar a ser adotada deve ser proporcional a eventual resultado favorável ao pedido do autor, não sendo admissível que a restrição à liberdade, durante o curso do processo, seja mais severa que a sanção que será aplicada caso o pedido seja julgado procedente.²⁶

2.2.6 Princípio da Presunção de Inocência

O princípio da presunção de inocência surge, pela primeira vez no Brasil, em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, feita pela ONU

²³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Medidas Cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 25.

²⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10ª edição rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 822.

²⁵ “Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: [...] II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.”

²⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª edição rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 740.

(Organização das Nações Unidas). Nela foi garantido o direito de locomoção do homem e consagrado um respeito maior com o ser humano.

Em que pese a utilização do princípio há bastante tempo, somente em 1988, com a Constituição da República Federativa do Brasil, é que ele foi formalizado em nosso ordenamento jurídico.

Em seu artigo 5º, inciso LVII, dentro do rol dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória²⁷.

Tal disposição constitucional é verdadeira cláusula pétrea, fazendo parte do núcleo imutável de nossa Lei Maior.

Por este princípio, também conhecido com Princípio do Estado de Inocência ou da Não-Culpabilidade, entende-se que a liberdade e o acesso à verdade estão garantidos, assim como a defesa contra o arbítrio punitivo. Proíbe-se, dessa forma, a antecipação dos efeitos da futura sentença penal condenatória transitada em julgado.

Neste ponto, valioso é o ensinamento do célebre jurista Cesare Beccaria:

Um homem não pode ser chamado de réu antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode tolher-lhe a proteção pública senão quando seja decidido que ele violou os pactos com os quais ela foi instituída.²⁸

No Brasil, majoritário é o entendimento de que o princípio da presunção de inocência impõe uma regra de julgamento e também uma regra de tratamento, no sentido de que o acusado deve ser tratado como inocente durante o curso do processo. Inclusive, importante julgado do Supremo Tribunal Federal sobre o tema:

(...) 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.

²⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 20 agosto 2015.

²⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e da Penas**. 1ª edição, São Paulo: Editora Martin Claiet, 2004, p. 38.

Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecurável, 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.**²⁹
(grifo é nosso)

Partindo dessa premissa, a grande questão a ser analisada é a possibilidade de restrição à liberdade do réu durante o processo. Assim, embora todos sejam considerados inocentes até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, pode ocorrer a necessidade de restrições ao direito de liberdade de um indivíduo, como medida cautelar essencial para a garantia de bens jurídicos processuais.

A decretação de prisão cautelar no curso do processo não pressupõe a culpa do réu, mas restringe a sua liberdade parcialmente. Em razão disso, eventual prisão anterior à condenação definitiva deverá estar pautada em decisão judicial que indique quais circunstâncias presentes no caso concreto autorizam e recomendam a excepcional privação da liberdade do réu.

Sob esse viés, Miguel Tedesco Wedy assim destaca:

E aí que está o ponto nevrálgico da questão, pois só se pode admitir a prisão e a violação da garantia constitucional da presunção de inocência em caso extremo, que caracterize sem sombra de dúvida uma situação efetivamente cautelanda, na qual a medida cautelar seja de fato o instrumento do chamado processo.³⁰

Ao contrário do que é sustentado por alguns estudiosos, as prisões cautelares não são eivadas de inconstitucionalidade, visto que o que se busca é justamente a proteção de bens jurídicos constitucionalmente tutelados, como a garantia da segurança da sociedade, a busca da verdade real e a eficiência da persecução penal. Ademais, o princípio da presunção de inocência, embora também constitucional, não pode ser interpretado de maneira absoluta.

²⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 93883/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Data do Julgamento: 26.08.2008. DJ de 26.03.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 04 agosto 2015.

³⁰ WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 81.

Ressalta-se, ainda, que a presunção de inocência não veda toda e qualquer prisão no curso do processo. Ao contrário, a restrição de liberdade pode ser compatível com a presunção de inocência, desde que se trate de prisão com natureza cautelar, fundada em um juízo concreto de sua necessidade, e não em meras presunções abstratas de fuga, periculosidade e outras do mesmo gênero. Aliás, a própria Constituição da República prevê prisões no curso do processo: o artigo 5º, inciso LXI, refere-se à prisão em flagrante delito. Por sua vez, o inciso LXVI, do mesmo artigo, trata da liberdade provisória, que é uma medida substitutiva de uma prisão cautelar. Evidente, pois, que a nossa Lei Maior admite prisões no curso do processo.³¹

Portanto, as prisões cautelares não ofendem o princípio da presunção da inocência, pois existem pressupostos e fundamentos que embasam essas medidas cautelares, sendo elas aplicadas apenas em casos extremos, que são tipificados pela lei.

2.3 A PRISÃO CAUTELAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N.º 12.403/2011 – LIMITES AO ENCARCERAMENTO PROVISÓRIO

Como se vê, no sistema jurídico pátrio, a prisão se divide em: prisão-pena e prisão sem pena (prisão com finalidade acautelatória), que é a chamada prisão processual ou prisão cautelar.

A prisão-pena é aquela decorrente de uma sentença condenatória transitada em julgado. A prisão cautelar, por seu turno, é aquela imposta durante a investigação policial ou no curso do processo judicial, com o objetivo de assegurar a efetividade e utilidade da sentença penal condenatória.

Nas lições de Andrey Borges de Mendonça:

(...) prisão processual, por sua vez, é a privação da liberdade do agente, anterior ao trânsito em julgado, impedindo-o de exercer o seu direito de ir e vir, em razão de ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial ou em razão da prisão em flagrante (...) ³²

³¹ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012, p. 25.

³² MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011. p. 86.

Desse modo, as prisões processuais apresentam-se como sendo de natureza protecionista, se destinando a assegurar o resultado do processo principal de averiguação da existência do delito e a culpa do acusado. Em virtude disso é que essas medidas possuem sempre caráter provisório e instrumental.

Ocorre que uma significativa mudança ocorreu com a Lei n.º 12.403/2011 no trato das prisões. Foi inserida uma série de medidas cautelares alternativas à prisão, tornando a prisão preventiva medida extrema, sendo admissível somente quando nenhuma das outras medidas cautelares (menos gravosas em termos de restrição de liberdade) se mostrar adequada e suficiente à situação³³.

A nova lei entrou em vigor em 4 de julho de 2011, alterando todo o capítulo que trata das medidas cautelares pessoais e efetivando o paradigma de que a prisão deve ser a *ultima ratio*. Além disso, positivou o princípio da homogeneidade, no sentido de que as intervenções cautelares não podem ser mais drásticas do que a condenação final.

Neste ponto, é importante destacar o ensinamento de Andrey Borges de Mendonça, em sua obra “Prisão e outras medidas cautelares pessoais”:

(...) A partir da Lei 12.403/2011, a prisão processual passa a ser verdadeiramente excepcional e subsidiária, relegada para situações extremas. Realmente, a prisão cautelar traz malefícios individuais, especialmente graves quando estamos tratando de alguém considerado inocente. Porém, representa um mal necessário. Nesta senda, consciente do risco de privação de liberdade de alguém ainda não definitivamente condenado, buscou-se reduzir os casos de prisão antes do trânsito em julgado, substituindo-a por medidas menos gravosas para a liberdade e de igual modo satisfatórias aos objetivos visados por ela (...) ³⁴

A citada reforma legislativa procurou valorizar o critério da proporcionalidade na aplicação das medidas cautelares. Vejamos o artigo 282, *caput*, do Código de Processo Penal³⁵:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
I - **necessidade** para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

³³ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012, p. 714.

³⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011. p. 25-26.

³⁵ BRASIL. Decreto n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 10 agosto 2015.

II - **adequação** da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.
(grifo é nosso)

O dispositivo legal mencionado trouxe a necessidade e a adequação como critérios essenciais para a aplicação das medidas cautelares. Primeiramente, a tarefa é verificar a necessidade de alguma medida e, sendo imprescindível sua imposição, em um juízo sucessivo, verificar, entre as medidas possíveis, a mais adequada, considerando as intensidades variadas de restrições a direitos fundamentais.

Dessa forma, “toda a sistemática das medidas cautelares pessoais deverá passar pelo influxo do princípio da proporcionalidade e, como decorrência, pelo binômio necessidade/adequação da medida”³⁶.

No artigo 319 do diploma processual penal foram disciplinadas as medidas cautelares diversas da prisão, conferindo ao magistrado a possibilidade de decretar a prisão cautelar somente em último caso.

Assim dispõe o supramencionado artigo:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX - monitoração eletrônica.³⁷

³⁶ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011. p. 27.

³⁷ BRASIL. Decreto n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 10 agosto 2015.

Conforme exposto, a nova sistemática possibilita que, além da liberdade provisória com fiança e a liberdade provisória sem fiança, o magistrado conceda liberdade provisória mediante a fixação de uma ou várias das medidas previstas no artigo 319 do CPP.

Ademais, existe a possibilidade de o juiz aplicar isolada ou cumulativamente as medidas cautelares alternativas à prisão, o que permite uma ampla adaptação ao caso concreto. Tal é a concretização do princípio da adaptabilidade.³⁸

No sentido exposto, importantes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ACESSÓRIO DE ARMA DE FOGO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS E PRIMARIEDADE DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO PARA PRISÃO PREVENTIVA. SUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. [...] 3. A segregação cautelar é medida excepcional, mesmo no tocante aos crimes de tráfico de entorpecente e associação para o tráfico, e o decreto de prisão processual exige a especificação de que a segregação atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. 4. Não havendo elementos hábeis a justificar a custódia do réu, há ilegalidade na decretação de sua prisão preventiva, tendo em vista que a fundamentação baseada genericamente na garantia da ordem pública não encontra amparo na jurisprudência desta Corte. 5. Hipótese em que se mostra devida e suficiente a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, dadas as circunstâncias dos delitos (um deles pertinente a posse ilegal de acessório de arma de fogo), a natureza da droga apreendida (maconha), as condições pessoais do paciente (primário), bem como o fato de não se tratar de tráfico de grande proporção (56,32g). 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício.³⁹
(grifo é nosso)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM FACE DE ACÓRDÃO QUE, AO NEGAR PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO, MANTÉM CUSTÓDIA CAUTELAR QUE PERDUROU DESDE O INÍCIO DA INSTRUÇÃO. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO. 1. Em homenagem ao princípio da presunção de inocência, exige-se fundamentação explícita e concreta para toda a custódia cautelar, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, mesmo após a sentença condenatória mantida em segundo grau e sem trânsito em julgado. 2. Em que pese o Paciente ter permanecido encarcerado durante quase toda a instância ordinária, sua prisão foi mantida pelo acórdão impugnado para garantir a aplicação de lei

³⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011. p. 426.

³⁹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus 297889/GO (2014/0156721-1). Relator Ministro Gurgel de Faria. Quinta Turma. Data do Julgamento: 18.11.2014. DJ de: 27.11.2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>> Acesso em: 12 agosto 2015.

penal, fundamento superado com a apresentação espontânea do réu, ainda na fase instrutória, e para assegurar a instrução criminal, que foi encerrada sem interferências, ocultação ou destruição de provas pelo denunciado. 3. Habeas corpus parcialmente concedido para **revogar a prisão preventiva decretada contra o Paciente, com aplicação de medidas cautelares diversas da prisão previstas nos incisos I, IV e V do art. 319 do Código de Processo Penal**, conforme ressaltado no voto, sem prejuízo de novo decreto prisional por fatos supervenientes.⁴⁰ (grifo é nosso)

Como bem destacou Andrey Borges de Mendonça:

(...) Metaforicamente, pode-se dizer que antes o magistrado somente possuía um remédio para todos os males: a prisão. Hoje, buscou-se conceder-lhe vários “remédios”, para que possa aplicar aquele mais adequado ao mal que busca prevenir. Passam a existir várias medidas cautelares, não apenas privativas de liberdade, mas também restritivas de direitos (art. 319) (...) ⁴¹

2.4 ESPÉCIES DE PRISÃO CAUTELAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No sistema brasileiro existem três modalidades de prisão cautelar: a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária. Estas modalidades de prisões processuais costumam ser chamadas de “prisões provisórias”, em contraposição à prisão que constitui sanção penal na modalidade de pena privativa de liberdade, que é uma prisão “definitiva”, somente imposta após o trânsito em julgado da condenação penal.⁴²

2.4.1 Prisão em Flagrante Delito

Flagrante é aquela situação que está ocorrendo, em estado latente, evidente, visível. Em razão da certeza visual do delito, é autorizada pelo legislador a denominada prisão em flagrante, por qualquer pessoa do povo (flagrante facultativo) ou autoridade policial (flagrante obrigatório). Tal situação é uma exceção à

⁴⁰ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus 250804/PE (2012/0164147-0). Relatora Ministra Laurita Vaz. Quinta Turma. Data de Julgamento: 15.10.2013. DJ de: 04.11.2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa>> Acesso em: 19 setembro 2015.

⁴¹ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011. p. 26.

⁴² BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012, p. 714.

necessidade de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente para restringir o direito constitucional de ir e vir do indivíduo.

Podemos conceituar a prisão em flagrante como um ato administrativo, previsto constitucionalmente (artigo 5º, LXI, da CRFB⁴³), em que se permite a privação da liberdade do agente em virtude do caráter evidente do ilícito praticado. Após esse momento, ocorre a verificação judicial da prisão em flagrante, nos termos do artigo 310, *caput*, do CPP.

A doutrina costuma classificar a prisão em flagrante, prevista nos artigos 301 e seguintes do Código de Processo Penal, como medida cautelar, mas é importante ressaltar que boa parte da doutrina e jurisprudência chama essa modalidade de prisão de medida pré-cautelar.

Nessa linha, Gustavo Badaró:

Depois destes momentos em que o ato se realiza perante a autoridade policial, ganha relevo, com a reforma da Lei no 12.403/2011, a verificação judicial da prisão em flagrante, nos termos do art. 310, *caput*, do CPP. Em seu novo regime, a prisão em flagrante se restringirá a um momento inicial de imposição de medida cautelar de prisão. Justamente por isso, tem sido considerada uma “pré-cautela”. Em outras palavras, a prisão em flagrante somente subsistirá entre a lavratura do auto de prisão em flagrante e a análise judicial da legalidade da prisão e da necessidade de manutenção de prisão cautelar ou de sua substituição por medida diversa da prisão.⁴⁴

O artigo 302 do Código de Processo Penal define quais são as situações de flagrante delito. Tal dispositivo é o núcleo dessa modalidade de prisão, já que ela será permitida exclusivamente nestas hipóteses.

Dessa forma, se a situação não se enquadrar em uma das hipóteses indicadas no mencionado artigo, não haverá situação de flagrância e, por isto, a prisão será considerada ilegal.⁴⁵

No inciso I tem-se a verdadeira situação de flagrante delito, a pessoa “está cometendo a infração penal”. No inciso II, não é uma ação presente, mas a pessoa “acaba de cometer” a infração. Ambas as hipóteses são consideradas pela doutrina como flagrante próprio.

⁴³ “Artigo 5º - LXI - 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”.

⁴⁴ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012, p. 722.

⁴⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011. p. 139.

Já no inciso III há a previsão do chamado flagrante impróprio, imperfeito ou quase flagrante, que é quando o agente “é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração”. Nesta hipótese, embora não haja propriamente flagrante, o legislador fez uma equiparação, considerando que há uma situação em que se faz presumir a autoria da infração.

Por fim, tem-se a hipótese do inciso IV, que é denominada flagrante presumido ou ficto, quando o agente “é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração”.

Sobre o tema, Gustavo Badaró observa:

Como facilmente se percebe, somente na hipótese do inciso I o agente encontra-se, realmente, em situação de flagrante delito. Em todas as demais circunstâncias, há uma equiparação legal de hipóteses fáticas em que o crime não está sendo cometido, mas foi cometido há pouco tempo, ao estado de flagrância.⁴⁶

Além das hipóteses disciplinadas no Código de Processo Penal, há que se destacar ainda outras espécies.

A primeira delas é o flagrante preparado ou provocado, situação na qual existe um agente provocador da prática do crime, normalmente um integrante da polícia, que induz ou instiga o autor a cometer o delito, com a finalidade de prendê-lo em flagrante delito. Tal prática não é aceita no Brasil, tratando-se de crime impossível (artigo 17 do Código Penal⁴⁷), nos termos da Súmula n.º 145 do STF, que estabelece: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Com essa espécie não se confunde a espécie do flagrante forjado, que ocorre quando se cria uma situação de flagrância, com o objetivo de incriminar alguém inocente. É uma modalidade ilícita de flagrante, onde o único infrator é o agente forjador, que pratica o crime de denúncia caluniosa (artigo 339 do CP).

Importante destacar que o Superior Tribunal de Justiça já interpretou a diferença entre esses dois tipos de flagrante:

⁴⁶ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012, p. 723.

⁴⁷ “Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.”

No flagrante preparado, a polícia provoca o agente a praticar o delito e, ao mesmo tempo, impede que ele se consuma, cuidando-se, assim, de crime impossível, ao passo que no flagrante forjado, a conduta do agente é criada pela polícia, tratando-se de fato atípico, (...) ⁴⁸

Situação diversa ocorre com o denominado flagrante esperado, quando a autoridade policial aguarda o cometimento do delito, para, então, prender o autor em flagrante. É o caso em que a polícia vigia o local do crime, esperando que o agente, espontaneamente, pratique o delito. Não há induzimento ou provocação para a prática delitiva.⁴⁹ Justamente por isso, esta espécie de flagrante é plenamente válida, conforme já decidiu o STF⁵⁰ e o STJ⁵¹.

Há que se falar, por fim, do chamado flagrante retardado, diferido ou postergado, espécie de flagrante que é fruto de uma ação controlada. Situação em que a prisão em flagrante não é feita de imediato, já que isso pode prejudicar as investigações ou até mesmos posteriores diligências que serão realizadas. Diante disso, é possível postergar a prisão em flagrante, realizando-a em melhor momento para a colheita de provas sobre a organização criminosa. Tal espécie de flagrante está prevista na Lei n.º 12.850/2013 (nova lei de organização criminosa), na Lei n.º 11.343/2006 (lei de drogas) e na Lei n.º 9.613/98 (lei de lavagem de capitais).

Nesta feita, é importante salientar que qualquer prisão em flagrante que não esteja acobertada pelas hipóteses previstas no diploma processual penal, será considerada ilegal, devendo ser relaxada (artigo 5º, LXV, CF⁵²).

Insta destacar a possibilidade de prisão em flagrante nos crimes permanentes (aquele em que o momento consumativo se protraí no tempo), sendo que, de acordo

⁴⁸ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus 204426/SP. Relator Ministro Jorge Mussi. Quinta Turma. Data do Julgamento: 23.04.2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa>> Acesso em: 01 setembro 2015.

⁴⁹ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012, p. 724.

⁵⁰ “Não caracteriza flagrante preparado, e sim flagrante esperado, o fato de a Polícia, tendo conhecimento prévio de que o delito estava prestes a ser cometido, surpreende o agente na prática da ação delitiva” (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 78250/RJ. Relator Ministro Maurício Corrêa. Segunda Turma. Data do Julgamento: 15.12.1998. DJ de 26.02.1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 01 setembro 2015).

⁵¹ “verifica-se o flagrante esperado na hipótese em que policiais, após obterem, por meio de interceptação telefônica judicialmente autorizada, informações de que quadrilha armada pretende realizar roubo em estabelecimento industrial, consegue, por meio de ação tempestiva, evitar a consumação da empreitada criminosa” (BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus 84141/SP. Relator Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. Data do Julgamento: 20.11.2007. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa>> Acesso em: 01 setembro 2015).

⁵² “Artigo 5º - LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.

com o artigo 303 do CPP, o agente está em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Gustavo Badaró assevera:

A regra do art. 303 do CPP é apenas uma regra de reforço ou explicitação. Mesmo que não existisse, a prisão em flagrante seria perfeitamente possível. Se o crime está se consumando, há a possibilidade da prisão em flagrante, na sua modalidade de flagrante próprio (CPP, art. 302, I).⁵³

A mais relevante das funções da prisão em flagrante é evitar, quanto possível, que a ação criminosa possa gerar todos os seus efeitos. Pretende-se com ela, impedir a consumação do delito, no caso em que está sendo praticado e de seu exaurimento nas demais situações⁵⁴.

2.4.2 Prisão Preventiva

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada por autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (artigo 313 do Código de Processo Penal) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no artigo 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (artigo 319 do CPP).⁵⁵

A prisão preventiva revela a sua natureza cautelar na proteção da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo acusado ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade do processo. A prisão preventiva somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade.

A função dessa espécie de restrição à liberdade é dar segurança à prova e ao processo, não podendo se revestir da função de antecipação de pena como forma de confortar o clamor social.

⁵³ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012, p. 724.

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 521.

⁵⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 930.

2.4.3 Prisão Temporária

A prisão temporária foi disciplinada pela Lei n.º 7.960/1989, com o objetivo de assegurar a eficácia das investigações criminais quanto a alguns crimes graves e, além disso, acabar com a denominada prisão para averiguações.

Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima:

(...) o principal objetivo da criação da prisão temporária foi o de pôr fim à famigerada prisão para averiguações, que consiste no arrebatamento de pessoas pelos órgãos de investigação para aferir a vinculação das mesmas a uma infração, ou para investigar a sua vida pregressa, independentemente de situação de flagrância ou de prévia autorização judicial. Essa prisão para averiguação é de todo ilegal, caracterizando manifesto abuso de autoridade (...)⁵⁶

Essa espécie de prisão cautelar deve ser decretada por autoridade judiciária competente e tem o seu momento na fase preliminar de investigações, com prazo preestabelecido de duração.

Conforme artigo 1º da legislação mencionada, caberá prisão temporária:

(...)

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
 - a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
 - b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
 - g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
 - h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);
 - i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
 - j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
 - l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
 - m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;
 - n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);

⁵⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 973.

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei n° 7.492, de 16 de junho de 1986).⁵⁷

No tocante ao prazo, diversamente da prisão preventiva que não possui prazo predefinido, a prisão temporária tem tempo de duração de, no máximo, 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, conforme disposto no artigo 2º da Lei n.º 7.960/1989. De acordo com o artigo 2º, §4º, da Lei n.º 8.072/1990, esse prazo é de, no máximo, 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, no caso de crimes hediondos e equiparados (tortura, tráfico de drogas e terrorismo).

Destaca-se, por fim, que os presos temporários deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos (artigo 3º, *caput*, da Lei n.º 7.960/1989).

⁵⁷ BRASIL. Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989. **Dispõe sobre a prisão temporária.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm> Acesso em: 20 agosto 2015.

3 A PRISÃO PREVENTIVA: O MODELO PROCESSUAL BRASILEIRO

3.1 CONCEITUAÇÃO, PREMISSAS BÁSICAS E HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE

Nos dizeres de Gustavo Badaró: “a prisão preventiva é a prisão cautelar por excelência”⁵⁸. Nesse sentido, é a mais típica prisão do nosso ordenamento jurídico.

Tal medida cautelar é imposta com o intuito de tutelar valores relacionados à persecução penal (*intraprocessuais*), assim como interesses da sociedade (*metaprocessuais*)⁵⁹.

No estudo da prisão preventiva é fundamental analisar que a sua decretação depende da presença do *fumus comissi delicti* (prova da existência do crime e indício suficiente de autoria), aliado a pelo menos uma das hipóteses de *periculum libertatis* (garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal), nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Ademais, o artigo 313 do diploma processual penal estabelece as hipóteses de cabimento desse instituto de restrição da liberdade.

Assim, para que a decretação da prisão preventiva seja admitida, os pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal devem ser conjugados com as situações previstas no artigo 313, *in verbis*:

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

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

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

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

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.⁶⁰

⁵⁸ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012, p. 730.

⁵⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011. p. 223.

⁶⁰ BRASIL. Decreto n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 25 agosto

A Lei n.º 12.403/2011 trouxe importante inovação na matéria, reforçando a idéia de excepcionalidade da prisão preventiva. Neste ponto, leciona Audrey Borges de Mendonça:

(...) não se pode esquecer que o art. 282, §6º, com sua nova redação dada pela Lei n.º 12.403/2011, estabeleceu um novo requisito para a decretação da prisão preventiva: o seu caráter subsidiário, de sorte que somente é possível sua decretação se as medidas alternativas à prisão forem inadequadas ou insuficientes.⁶¹

3.2 PRESSUPOSTOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA - *FUMUS COMISSI DELICTI*

Na parte final do artigo 312 do Código de Processo Penal está prevista a necessária “*prova da existência do crime e indício suficiente de autoria*” para a decretação da prisão preventiva. Em outras palavras, é indispensável o *fumus comissi delicti*, ou seja, a fumaça de que foi cometido um delito.

Dessa forma, para a legítima restrição da liberdade de alguém antes de sentença penal condenatória transitada em julgado deve haver um mínimo de provas a indicar a autoria de um fato típico e ilícito. Nas palavras de Fernando de Almeida Pedroso, “*o delito precisa estar provado e a autoria necessita ser ao menos provável*”⁶².

Conforme se observa da leitura do dispositivo legal, exige-se a prova da existência do crime. Portanto, a materialidade delitiva deve estar comprovada quando da decretação da prisão preventiva, seja através do exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ou por outros meios de provas nos demais delitos ou quando desaparecidos os vestígios.

No que tange à autoria, o legislador se contenta com a existência de indícios suficientes de autoria, não exigindo, assim, uma cognição profunda, uma certeza de que aquele agente cometeu o delito. Basta, portanto, a probabilidade de que se trata do autor do crime para a decretação desta medida de restrição da liberdade.

2015.

⁶¹ MENDONÇA, Audrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011. p. 224.

⁶² PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo Penal. O Direito de Defesa: Repercussão, Amplitude e Limites**. 3ª edição. São Paulo: Editora RT, 2001 p. 104.

Nesse sentido, cabe ao Juiz, na análise dos elementos probatórios, verificar se os indícios são suficientes a autorizar a medida de exceção quanto ao sistema de liberdades individuais.

Veja-se que a expressão indícios deve ser interpretada não como prova indireta, mas sim como um conjunto probatório que demonstre, de forma razoável, uma suspeita fundada, baseada em algum dado objetivo. Porém, esses indícios não podem ser confundidos com a prova de indícios. Nessa linha, vejamos o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

Prisão preventiva: "indício de autoria": inteligência. O habeas corpus contra a prisão preventiva não comporta em linha de princípio, sopesamento do valor probante de elementos informativos contrapostos, mas a verificação da existência, contra o réu ou o indiciado, de "indício de autoria", locução na qual "indício" não tem o sentido específico de prova indireta - e eventualmente conclusivo - que lhe dá a lei (C.Pr.Pen., art. 239), mas, sim, apenas, o de indicação, começo de prova ou prova incompleta: existente um indício, só a contraprova inequívoca ou a própria e gritante inidoneidade dele podem elidir a legitimidade da prisão preventiva que nele se funda. II. Prisão preventiva: fundamentação cautelar necessária. Medida cautelar, a prisão preventiva só se admite na medida em que necessária para resguardar a lisura da instrução do processo, a aplicação da lei penal, na eventualidade da condenação e, em termos, a ordem pública; e a aferição, em cada caso, da necessidade da prisão preventiva há de partir de fatos concretos, não de temores ou suposições abstratas. Inidoneidade, no caso, da motivação da necessidade da prisão preventiva, que, despida de qualquer base empírica e concreta, busca amparar-se em juízos subjetivos de valor acerca do poder de intimidação de um dos acusados e menções difusas a antecedentes de violência, que nenhum deles se identifica.⁶³

Como bem sintetizado por Renato Brasileiro, quanto à materialidade é necessário que haja prova, isto é, certeza de que o fato delituoso existiu. Já no tocante à autoria delitiva, não se exige que o juiz tenha certeza desta, bastando que haja elementos probatórios que permitam afirmar a existência de indício suficiente, isto é, probabilidade de autoria, no momento da decisão, sendo a expressão indício utilizada no sentido de prova semiplena⁶⁴.

⁶³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 83179/PE. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Data do Julgamento: 01.07.2003. DJ de 22.08.2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 01 setembro 2015.

⁶⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 936-937.

3.3 FUNDAMENTOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – *PERICULUM LIBERTATIS*

Como já dito, a prisão preventiva visa tutelar valores relacionados à persecução penal e interesses da sociedade, que estariam em risco caso o acusado permanecesse em liberdade durante o processo. Assim, os fundamentos para a decretação da prisão preventiva expressam o *periculum libertatis*, ou seja, o perigo que a liberdade pode acarretar, demonstrando o que motiva a prisão cautelar do investigado/réu.

O *periculum libertatis* está consubstanciado em um dos fundamentos do artigo 312 do CPP, quais sejam: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) garantia da aplicação da lei penal; d) conveniência da instrução criminal.

Acrescenta-se, ainda, a hipótese prevista no novo parágrafo único do artigo supramencionado, podendo a prisão preventiva ser decretada em casos de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (artigo 282, §4º, CPP).

O *periculum libertatis* é, portanto, o perigo concreto que a permanência do suspeito em liberdade acarreta para a investigação criminal, para o processo penal, para a efetividade do direito penal ou para a segurança social.⁶⁵

3.3.1 Garantia da Ordem Pública

A expressão “garantia da ordem pública” é extremamente ampla e aberta e, justamente por isso, traz inúmeras controvérsias na doutrina e jurisprudência quanto ao seu real significado.

Como bem assevera Gustavo Badaró, a ausência de um referencial semântico seguro para a “garantia da ordem pública” coloca em risco a liberdade individual⁶⁶.

Magalhães Gomes Filho explica que:

⁶⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 937.

⁶⁶ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012, p. 733.

(...) à ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação de liberdade adotadas como medidas de defesa social; fala-se, então, em “exemplaridade”, no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade; ou, ainda, em prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitarem novos crimes; uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuadamente propenso a práticas delituosas ou, ainda, indicar a possível ocorrência de outras, relacionadas à supressão de provas ou dirigidas contra a própria pessoa do acusado. Parece evidente que nessas situações a prisão não é um “instrumento a serviço do instrumento”, mas uma antecipação da punição, ditada por razões de ordem substancial e que pressupõe o reconhecimento da culpabilidade.⁶⁷

Renato Brasileiro sintetiza de forma didática as correntes existentes na doutrina e na jurisprudência acerca do conceito e da possibilidade de se decretar a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública⁶⁸.

A primeira corrente, diga-se minoritária, diz que a prisão preventiva decretada com este fundamento figura como inequívoca modalidade de cumprimento antecipado de pena. Para os adeptos dessa corrente, as prisões cautelares, das quais a prisão preventiva é espécie, só podem ser decretadas para garantir a realização do processo ou de seus efeitos, mas nunca para proteger outros interesses, como o de evitar a prática de novas infrações penais. Desse modo, a prisão para a garantia da ordem pública desvirtua por completo o verdadeiro sentido e natureza da prisão cautelar.

Para a segunda corrente, de caráter restritivo, entende-se “garantia da ordem pública” como risco considerável de reiterações de práticas delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade, seja porque se trata de uma pessoa propensa à prática delituosa, seja porque, se solto, teria os mesmos estímulos relacionados com o crime cometido.

Essa corrente, majoritária, sustenta que a prisão preventiva pode ser decretada com o objetivo de resguardar a sociedade da reiteração de crimes em virtude da periculosidade do agente. Destaca-se que a periculosidade do agente não se pode presumir, devendo ser embasada em dados concretos que demonstrem que o agente, se solto, voltará a delinqüir.

Tal entendimento é bem aceito nos Tribunais Superiores. Vejamos:

⁶⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 67-68.

⁶⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 938.

Habeas corpus. Processual penal. Homicídio. Prisão preventiva. Ausência de fundamentação do decreto de prisão preventiva. Não ocorrência. Fundamentação idônea. Gravidade concreta demonstrada pelo modus operandi da conduta delituosa. Periculosidade do paciente. Cautelaridade suficientemente demonstrada. Precedentes. 1. A análise do decreto de prisão preventiva autoriza o reconhecimento de que existem fundamentos concretos e suficientes para justificar a privação processual da liberdade do paciente, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. 2. **É da jurisprudência da Corte o entendimento segundo o qual “quando da maneira de execução do delito sobressair a extrema periculosidade do agente, abre-se ao decreto de prisão a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o ‘modus operandi’ do suposto crime e a garantia da ordem pública** (HC nº 97.688/MG, Primeira Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 27/11/09). 3. Habeas corpus denegado.⁶⁹ (grifo é nosso)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 213 DO CÓDIGO PENAL. ESTUPRO. 56 VEZES. PRISÃO PREVENTIVA. REITERAÇÃO DE IMPETRAÇÃO ANTERIOR. PERDA DE OBJETO. SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE MANTEVE A SEGREGAÇÃO CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DECISÃO FUNDAMENTADA. GRAVIDADE CONCRETA DOS CRIMES. PERICULOSIDADE DO RÉU. SUSPENSÃO DO REGISTRO PROFISSIONAL QUE NÃO IMPEDE A REITERAÇÃO DA CONDUTA CRIMINOSA. ORDEM NÃO CONHECIDA. REVOGAÇÃO DA LIMINAR CONCEDIDA. [...] 8. **Portanto, o decreto de prisão preventiva se baseou em fatos concretos e individualizados, notadamente no risco da reiteração das práticas delitivas e na periculosidade do paciente, não só em razão da gravidade concreta dos crimes perpetrados, mas também pelo modus operandi da empreitada criminosa.** 9. **Como já decidiu esta Corte, “a garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos”** (HC 84.658/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 03/06/2005). **Nessa linha, deve-se considerar também o “perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação”** (HC 90.398/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 18/05/2007). 10. **Além disso, a periculosidade do réu, asseverada pelo juiz de direito, constitui motivo apto à decretação de sua prisão cautelar, com a finalidade de garantir a ordem pública, consoante precedentes desta Suprema Corte** (HC 92.719/ES, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 19.09.08; HC 93.254/SP, rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 01.08.08; HC 94.248/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 27.06.08). [...] 15. Por fim, a circunstância de o paciente ser primário, ter bons antecedentes, trabalho e residência fixa não se mostra obstáculo ao decreto de prisão preventiva, desde que presentes os pressupostos e condições previstas no art. 312 do CPP (HC 83.148/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ 02.09.2005). 16. Ordem denegada, ficando revogada a decisão concessiva da liminar e restaurados os efeitos do decreto prisional em questão.⁷⁰ (grifo é nosso)

⁶⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 109879/PE. Relator Ministro Dias Toffoli. Primeira Turma. Data do Julgamento: 13.12.2011. DJ de 27.02.2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 05 setembro 2015.

⁷⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 102098/SP. Relatora Ministra Ellen Gracie. Segunda Turma. Data do Julgamento: 15.02.2011. DJ de 05.08.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 05 setembro 2015.

Ressalta-se, neste ponto, que não é possível a decretação da prisão preventiva em virtude da gravidade em abstrato do delito, já que a gravidade da infração pela sua natureza é uma circunstância inerente ao delito. Assim, o simples fato de o agente ter praticado um crime de alta gravidade, como um homicídio, não é suficiente, por si só, para justificar a custódia cautelar.

Nesta senda, o Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente reconhecido como ilegais as prisões preventivas decretadas com base na gravidade abstrata do delito, ou seja, decisões que se baseiam em fatos que se subsumem à própria descrição abstrata dos elementos que compõem a estrutura jurídica do tipo penal, sob pena de antecipar-se o cumprimento de pena ainda não imposta⁷¹.

Na mesma linha de posicionamento, o Superior Tribunal de Justiça assim concluiu “No caso, o decreto que impôs a prisão preventiva ao recorrente não apresenta fundamentação concreta, eis que a invocação da gravidade genérica do delito não se revela suficiente para autorizar a segregação cautelar, com fundamento na garantia da ordem pública”⁷².

Por fim, para uma terceira corrente, com caráter ampliativo, a prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública pode ser decretada com a finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, e também nos casos em que o encarceramento for necessário para acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça em crimes que provoquem clamor público.

Fernando Capez, adepto dessa corrente, assevera que: “a brutalidade do delito provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, de tal forma que, havendo *fumus*

⁷¹ “(...) A gravidade (em abstrato) do delito não se presta, ao ver desta Suprema Corte, como fundamento idôneo para a prisão preventiva”. (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 90162/RJ. Relator Ministro Carlos Britto. Primeira Turma. Data do Julgamento: 10.04.2007. DJ de 29.06.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 05 setembro 2015).

“Esta nossa Corte entende que a simples alusão à gravidade do delito ou a expressões de mero apelo retórico não valida a ordem de prisão cautelar. Isso porque o juízo de que determinada pessoa encarna verdadeiro risco à coletividade só é de ser feito com base no quadro fático da causa e, nele, fundamentado o respectivo decreto de prisão cautelar. Sem o que não se demonstra o necessário vínculo operacional entre a necessidade do confinamento cautelar do acusado e o efetivo acautelamento do meio social.” (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 101705/BA. Relator Ministro Ayres Britto. Primeira Turma. Data do Julgamento: 29.06.2010. DJ de 02.09.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 05 setembro 2015).

⁷² BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso em Habeas Corpus 48921/MG. Relator Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. Data do Julgamento: 23.09.2014. DJ de: 02.10.2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa>> Acesso em: 05 setembro 2015.

boni iuris, não convém aguardar-se até o trânsito em julgado para só então prender o indivíduo”⁷³.

É de se observar, ainda, que o advento da Lei n.º 12.403/2011 restringiu as hipóteses em que a garantia da ordem pública poderia justificar a prisão preventiva. Isso porque a nova redação do artigo 282, ao definir os casos de necessidade cautelar, estabeleceu que as medidas cautelares somente poderão ser decretadas por “*necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais*”. Sabe-se que a prisão para a garantia da ordem pública não tem finalidade de assegurar a instrução criminal nem a aplicação da lei penal, até mesmo porque tais fundamentos estão expressamente previstos no próprio *caput* do artigo 312, ao lado da garantia da ordem pública. Dessa forma, compatibilizando o artigo 282, *caput*, inciso I, com o *caput* do artigo 312, é possível considerar que a prisão preventiva para a “garantia da ordem pública” deve ficar restrita aos casos em que se busca evitar reiteração criminosa. Em outras palavras, o inciso I do *caput* do artigo 282 impede que se identifiquem, como hipóteses de garantia da ordem pública, situações como exemplaridade, pronta reação ao delito, aplacar o clamor público, proteção da integridade física do acusado, entre outras que a abrangência da expressão “garantia da ordem pública” possibilita.⁷⁴

3.3.2 Garantia da Ordem Econômica

A Lei n.º 8.884/1994, conhecida como Lei Antitruste, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, acrescentou ao artigo 312 do Código de Processo Penal mais uma hipótese autorizadora da prisão preventiva: a prisão para a “garantia da ordem econômica”. Tal hipótese foi mantida no *caput* do artigo 312 pela Lei n.º 12.403/2011.

O conceito de garantia da ordem econômica muito se assemelha ao conceito de garantia da ordem pública, porém relacionado a crimes contra a ordem econômica. Dessa forma, possibilita a prisão do agente caso haja risco de reiteração delituosa em relação aos crimes econômicos em geral, ou seja, crimes contra a ordem econômica, contra a economia popular, contra a relação de consumo, contra

⁷³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 279.

⁷⁴ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012, p. 734-735.

a propriedade industrial, contra o sistema financeiro, de lavagem de dinheiro, entre outros. Busca-se tutelar especificamente os bens jurídicos indicados no artigo 170 da Constituição Federal, notadamente a livre concorrência, a livre iniciativa e a defesa do consumidor, e o artigo 192 da Carta Maior, que protege o sistema financeiro nacional.⁷⁵

Quando a Lei Antitruste introduziu este fundamento no artigo 312 do CPP, não se buscava apenas criar propriamente um novo fundamento para a prisão preventiva, mas também indicar ao intérprete e ao magistrado que se deve ser mais severo com os delitos contra a ordem econômica. Nas palavras de Andrey Borges de Mendonça, “o legislador busca indicar que nesta espécie de criminalidade, embora não haja muitas vezes vítima determinada, atinge de maneira muito mais profunda, difusa e grave o interesse de toda a sociedade”⁷⁶.

3.3.3 Conveniência da Instrução Criminal

Com este fundamento, busca-se proteger a produção de provas, impedindo que o agente comprometa de qualquer maneira a busca da verdade.

Assim, a adoção da prisão preventiva com base na conveniência da instrução criminal será legítima sempre que houver indícios de que o agente está intimidando ou aliciando testemunhas ou peritos, ocultando ou destruindo provas, ou buscando furtar-se ao comparecimento a atos de instrução em que sua presença seja necessária.

Gustavo Badaró a considera uma prisão cautelar instrumental, já que sua finalidade não é diretamente assegurar a eficácia do resultado final do processo em si, mas sim conservar os meios ou instrumentos (provas) para que se possa chegar ao resultado final do processo.⁷⁷

Ressalta-se que a prisão com base nesse fundamento deve ser decretada quando a medida for imprescindível ou indispensável para a produção probatória, e não por mera conveniência. Apesar de o legislador utilizar expressão não muito propícia, a decretação da prisão preventiva com fundamento na “conveniência da

⁷⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011. p. 271.

⁷⁶ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011. p. 272.

⁷⁷ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012, p. 737.

instrução criminal” está condicionada à necessidade de tal medida. Ademais, o princípio da proporcionalidade deve ser observado pelo magistrado ao aplicar a prisão com base em tal hipótese, devendo sempre a adotar como *ultima ratio*.

3.3.4 Garantia da Aplicação da Lei Penal

O quarto e último fundamento que autoriza a decretação da prisão preventiva, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal, é a “garantia da aplicação da lei penal”. Cuida-se de fundamento que autoriza a decretação da prisão para evitar que, diante da provável fuga do acusado, venha a ser frustrada a futura execução da sanção punitiva.

Claro é que seria completamente inútil uma sentença condenatória de cumprimento impossível, por estar o réu foragido. Portanto, justamente para evitar esse risco, pode-se decretar a prisão preventiva, de modo que, ao final, passa ser aplicada e executada eventual sentença condenatória.

Entretanto, como bem observa Renato Brasileiro de Lima, não se pode simplesmente presumir a fuga do agente, sob pena de evidente violação ao princípio da presunção de inocência. Meras ilações ou conjecturas desprovidas de base empírica concreta não autorizam a decretação da prisão do agente com base nesse pressuposto. O juiz, portanto, só está autorizado a decretar a prisão preventiva com base em elementos concretos constantes dos autos que confirmem que o agente pretende se subtrair à ação da justiça.⁷⁸

Analisando a jurisprudência dos Tribunais Superiores, verifica-se ser admissível a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal quando o réu estiver foragido há anos, se não possuir atividade lícita, não tiver sido encontrado no endereço fornecido à justiça, em caso de quebra do compromisso de informar ao juízo eventual mudança de endereço, em caso de não comparecimento a sessões de julgamento, dentre outras situações em que ficar demonstrada a sua clara intenção de furtar-se à aplicação da lei penal.

Acerca do estar o réu foragido há anos, vejamos importante julgado do Supremo Tribunal Federal:

⁷⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 943.

Habeas Corpus. 2. Alegação de excesso de prazo para julgamento perante o tribunal do júri. Excesso não imputável ao aparelho judiciário ou à acusação. 3. **Alegação de ausência de fundamentação idônea que sustente a prisão cautelar. Inocorrência. Decisão fundamentada na necessidade de se assegurar a aplicação da lei penal. Réu foragido por quase 10 anos.** 4. Constrangimento não configurado. 6. Ordem denegada.⁷⁹
(grifo é nosso)

Não basta, porém, ser o acusado pessoa rica, que possa sair do país com facilidade, bem como não se justifica a decretação da prisão preventiva pelo simples fato de ter má situação econômica. No mesmo sentido, também não é fundamento o fato de o indivíduo morar perto da fronteira ou não residir no distrito da culpa. Ademais, o STJ já concluiu que a fuga, diante de um decreto prisional, não corporifica, por si só, o risco da aplicação da lei penal, mas sim exercício regular de direito, na forma de uma legítima oposição ao arbítrio estatal⁸⁰.

⁷⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 98815/SP. Relator Ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma. Data do Julgamento: 24.08.2010. DJ de 09.09.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 10 setembro 2015.

⁸⁰ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus 91083/BA. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Data do Julgamento: 21.02.2008. DJ de: 10.03.2008. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa>> Acesso em: 10 setembro 2015.

4 DA BANALIZAÇÃO DO INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA – SUA ADOÇÃO PARA FINS ILEGÍTIMOS DE DEFESA SOCIAL

4.1 O CARÁTER ESSENCIALMENTE INSTRUMENTAL DA PRISÃO PREVENTIVA

Seguindo as lições de Aury Lopes Jr.⁸¹, a primeira questão a ser enfrentada é: qual o objetivo da prisão cautelar?

Partindo-se dessa indagação, tem-se que a prisão cautelar, que possui a prisão preventiva como espécie, é ilegítima quando afastada de seu objeto e finalidade, perdendo, portanto, a sua natureza de cautelaridade.

É sabido que, nos procedimentos cautelares como um todo, o objetivo é assegurar a eficácia do procedimento definitivo, que, por sua vez, tornará efetivo o direito material.

Evidencia-se, assim, que as medidas cautelares não se destinam a “fazer justiça”, mas tão somente a garantir o normal funcionamento da justiça por meio do respectivo processo (penal) de conhecimento. Dessa forma, são instrumentos a serviço do processo, sendo a instrumentalidade a sua característica básica⁸².

Dito isto, se torna preocupante o cenário atual brasileiro, sendo a prisão cautelar decretada de forma desvirtuada, adotada para fins ilegítimos, principalmente amparada no vago conceito de garantia da ordem pública, e com contornos de verdadeira pena antecipada.

Nesse sentido, DELMANTO JUNIOR afirma que nesses casos:

A prisão preventiva se distancia de seu caráter instrumental – de tutela do bom andamento do processo e da eficácia de seu resultado – ínsito a toda e qualquer medida cautelar, servindo de inaceitável instrumento de justiça sumária⁸³.

Assim considerando, qualquer medida cautelar, dentre elas a prisão preventiva, não pode e não deve ter um caráter de satisfatividade. Nessa linha, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

⁸¹ LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 107.

⁸² LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 108.

⁸³ DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 183.

A Prisão Preventiva – Enquanto medida de natureza cautelar – Não tem por objetivo infligir punição antecipada ao indiciado ou ao 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.**⁸⁴
(grifo é nosso)

4.2 PANORAMA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO – ÍNDICES QUE DEMONSTRAM O NÚMERO ELEVADO DE PRISÕES CAUTELARES NO BRASIL

A situação carcerária brasileira é uma das questões mais complexas a serem enfrentadas, desafiando o sistema de justiça penal, a política criminal e a política de segurança pública, uma vez que é uma realidade triste e cruel.

Os números são alarmantes, conforme último relatório divulgado do Infopen⁸⁵, que transcrevo:

| BRASIL – 2014 | |
|------------------------|---------|
| População Prisional | 607.731 |
| Vagas | 376.669 |
| Déficit de vagas | 231.062 |
| Taxa de ocupação | 161% |
| Taxa de aprisionamento | 299,7 |

A tabela acima apresenta um panorama geral da população prisional brasileira. Conforme constatou o Infopen, existem atualmente cerca de 300 presos para cada cem mil habitantes no país. Ademais, o número de presos é

⁸⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RTJ 180/262-264. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/indiceRtj/listarRevistaTrimestral>> Acesso em: 12 setembro 2015.

⁸⁵ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho de 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira>> Acesso em: 14 setembro 2015.

consideravelmente superior às vagas existentes no sistema penitenciário. Como de forma didática sintetizou o relatório, em um espaço concebido para custodiar 10 pessoas, existem por volta de 16 indivíduos encarcerados⁸⁶.

Em contextualização do sistema prisional brasileiro no cenário mundial, percebe-se que o Brasil assume o posto de quarta população carcerária do mundo, somente superada pelos Estados Unidos, China e Rússia. O quadro abaixo apresenta os índices brasileiros:

| País | População Prisional | Taxa de população prisional para cada 100.000 habitantes | Taxa de ocupação | Taxa de presos sem condenação |
|--------|---------------------|--|------------------|-------------------------------|
| Brasil | 607.731 | 300 | 161,00% | 41,00% |

Observada a taxa de aprisionamento⁸⁷, constata-se que a população prisional brasileira também é a quarta maior, sendo que somente os Estados Unidos, a Rússia e a Tailândia têm um contingente prisional mais elevado. No tocante à taxa de ocupação⁸⁸ dos estabelecimentos prisionais, o Brasil ocupa a quinta posição.

De um total de 607.731 pessoas presas, 41% são presos provisórios, ou seja, que estão aguardando julgamento, sendo que, em números absolutos, entre os países comparados, o Brasil possui a quarta maior população de presos provisórios, com 222.190 pessoas.

O relatório do Infopen ora analisado destaca importante constatação do relatório do ICPS (2014), no sentido de que cerca de 3 milhões de pessoas no mundo estão presas provisoriamente e, em mais da metade dos países, observa-se que há uma tendência crescente no uso dessa medida. Essa tendência, além de

⁸⁶ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho de 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira>> Acesso em: 14 setembro 2015.

⁸⁷ A taxa de aprisionamento indica o número de pessoas presas para cada cem mil habitantes.

⁸⁸ A taxa de ocupação indica a razão entre o número de pessoas presas e a quantidade de vagas existentes, servindo como um indicador do déficit de vagas no sistema prisional.

contribuir para a superlotação carcerária e de elevar os custos do sistema, expõe um grande número de indivíduos às conseqüências do aprisionamento⁸⁹.

Novo informe da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA - CIDH acaba de sentenciar que o problema é crônico nas Américas. O documento aponta que o número de prisões preventivas nas Américas aumentou 27,7% entre 2009 e 2012, e que 27,2% da população carcerária sem julgamento têm entre 18 e 24 anos. “De acordo com o direito internacional dos direitos humanos, a detenção de uma pessoa antes da emissão de uma sentença definitiva deve ser exceção, e não a regra, justamente em função do direito à presunção de inocência”, diz trecho do relatório.⁹⁰

Ressalta-se que a superpopulação carcerária e a precariedade das condições dos presídios correspondem a problemas estruturais e de grande magnitude, que resultam de deficiências crônicas do sistema prisional brasileiro.

Com bem identificou o ilustre Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, em voto-vista nos autos do Recurso Extraordinário n.º 580.252 - Mato Grosso do Sul⁹¹:

No âmbito da justiça, **um dos principais fatores responsáveis pela superlotação em nossas cadeias é o uso excessivo e desproporcional da prisão provisória.** De acordo com o diagnóstico do CNJ, os presos provisórios correspondem a 41% da população carcerária. São mais de 230 mil presos que se encontram encarcerados sem condenação definitiva. **Muitas dessas prisões são, porém, indevidas.** Estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) revelou que 37,2% dos réus que cumprem prisão provisória não são condenados à pena privativa de liberdade ao final do processo, mas absolvidos ou condenados a penas e medidas alternativas. **Isso significa que o sistema prisional está sendo sobrecarregado com réus que simplesmente não deveriam estar presos.**

(grifo é nosso)

Essa situação calamitosa que assola o sistema carcerário afronta gravemente a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Lei de Execuções

⁸⁹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho de 2014.** Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira>> Acesso em: 14 setembro 2015.

⁹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos – CIDH. **Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas.** OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13. 30 dezembro 2013. Original: Español. Disponível em: <<http://www.cidh.org>> Acesso em: 15 setembro 2015.

⁹¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário n.º 580.252/MS. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>> Acesso em: 15 setembro 2015.

Penais (Lei n.º 7.210/1984) e diversos tratados internacionais sobre direitos humanos adotados pelo país, tais como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, já que viola diversos direitos fundamentais dos presos, como a dignidade da pessoa humana, a integridade física e moral, e os direitos sociais à educação, saúde e alimentação.

O cenário agrava-se quando se constata que quase metade do contingente de presos ainda aguarda julgamento. Este fenômeno ocorre em razão do que se pode chamar de banalização do instituto da prisão cautelar, mais especificamente da prisão preventiva, que é aplicada indiscriminadamente pelos magistrados, transformando uma medida de cunho cautelar em antecipação de pena.

Citando Pacelli, a “prisão é violência e violência produz danos. Logo, deve-se aplicá-la quando os danos a serem protegidos sejam mais graves do que os gerados pela prisão”⁹².

Desta forma, o desvirtuamento da natureza cautelar da prisão preventiva constitui não apenas um dispositivo encarcerador, mas, sobretudo, uma ameaça à própria noção de democracia e de Estado Democrático de Direito, justamente em razão da ausência de limitação clara ao poder punitivo.

É preciso romper com a lógica do “hiperencarceramento” que está por trás dos índices de crescimento exponencial da população carcerária brasileira. O imaginário coletivo é permeado pela ideia de que prender as pessoas é a única resposta legítima para lidar com o alto índice de criminalidade. Porém, como demonstram os dados, tal lógica é falha, já que o encarceramento em massa não tem contribuído para os objetivos das políticas de segurança pública e para a prevenção do crime – ao contrário, tem favorecido o aumento de prática delitiva. Ademais, não cumpre com o papel ressocializador do preso, possuindo, em verdade, um efeito estigmatizante e degenerativo sobre a população prisional⁹³.

⁹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2011.

⁹³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n.º 580.252/MS. Relator Ministro Teori Zavascki. Voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>> Acesso em: 15 setembro 2015.

4.3 O CLAMOR PÚBLICO COMO DESDOBRAMENTO DO FUNDAMENTO DA GARANTIA DE ORDEM PÚBLICA

A justiça brasileira parece encontrar-se com os olhos vendados para a realidade que assola o sistema carcerário, ao passo que os magistrados possuem uma cultura de enxergar a prisão como única resposta à delinquência. Tal panorama não mudará enquanto não for percebido o valor da liberdade e a sua necessária preservação, principalmente porque grande parte dos presos não deveria sequer entrar no sistema prisional.

Conforme explanado anteriormente neste trabalho, o conceito de “ordem pública” é discutido e buscado pela doutrina e jurisprudência pátria, contudo, ainda hoje, não se firmou um juízo de valor coeso do que de fato seria tal expressão.

Nem mesmo o Supremo Tribunal Federal conseguiu definir objetivamente o que se enquadraria em “ordem pública”, deixando ao sabor arbitrário do julgador para o caso concreto entender o que é ou não ordem pública. Nos ensinamentos de Fauzi Hassan Choukr, “a ausência de parâmetros faz com que aflore o uso da fórmula em seu aspecto puramente retórico, nela podendo ser inserida ou retirada a hipótese desejada sem que trauma formal algum seja sentido”⁹⁴.

Aury Lopes Jr., em sua obra intitulada “Prisões Cautelares”⁹⁵, apresenta dura crítica ao asseverar que:

Grave problema encerra ainda a prisão para a garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta à Alemanha da 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.

Neste ponto, importante discussão trava-se acerca da possibilidade de inclusão do chamado “clamor público” decorrente da prática de um crime no conceito de ordem pública.

⁹⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. **A “ordem pública” como fundamento da prisão cautelar – Uma visão jurisprudencial**. Publicado em 16.03.2015. Disponível em: < <http://emporiododireito.com.br/a-ordem-publica-como-fundamento-da-prisao-cautelar-uma-visao-jurisprudencial-por-fauzi-hassan-choukr/>> Acesso em: 16 setembro 2015.

⁹⁵ LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 108-109.

Primeiramente, é importante definir o que significa a expressão “clamor público”. Nas palavras de Odone Sanguiné, pode-se definir “clamor público” como indignação, descontentamento ou comoção no meio social resultante da prática de crimes em circunstâncias especiais que causem essa repercussão⁹⁶.

Porém, há na jurisprudência uma grande diversidade de significados para essa expressão, muitas vezes fazendo apenas referência a ela, sem detalhar especificamente o que seja e o que causou, e tantas outras vezes confundindo o conceito de “clamor público” com o conceito de “ordem pública”.

Lamentavelmente, decreta-se a prisão preventiva no Brasil, inúmeras vezes, sob o argumento de se estar resguardando a ordem pública, quando, na verdade, quer-se, por exemplo, aplacar o clamor público, utilizando-se expressões como “alarme social causado pelo crime” ou “aplacar a indignação da população”.

É possível verificar que a doutrina e a jurisprudência aceitam como fundamento da garantia da ordem pública a repercussão do crime na sociedade, a preservação da credibilidade do Estado e da Justiça, a satisfação da opinião pública, a proteção da paz pública e a comoção social ou popular.

Porém, em que pese tais posicionamentos, há seguimento da doutrina e dos Tribunais não aceitando o “clamor público” como hipótese para decretação da prisão preventiva, o que parece mais acertado, justamente porque, nessas hipóteses, a prisão preventiva decretada verifica-se totalmente desvirtuada por não se vislumbrar o *periculum libertatis*, sendo aplicada em virtude da gravidade abstrata do delito, satisfazendo os anseios da população e da mídia. Renato Brasileiro assim observa: “Não custa lembrar: o poder judiciário está sujeito à lei e, sobretudo, ao direito, e não à opinião da maioria, facilmente manipulada pela mídia”⁹⁷.

Vejamos o que nos ensina o Procurador de Justiça Rômulo de Andrade Moreira:

Com efeito, em situações que tais, em que a medida cautelar é decretada muito mais como uma resposta ao clamor social nascido em razão da exploração midiática do caso, do que propriamente pela necessidade de

⁹⁶ SANGUINÉ, Odone. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva**. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método, 2001, p. 259.

⁹⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p. 940.

garantia da ordem pública, a prisão cautelar assume contornos de prevenção geral e especial, que são ínsitos à prisão penal.⁹⁸

A mídia atua como verdadeira vilã em processos penais de repercussão, sendo que os princípios que norteiam o devido processo legal (contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, etc.) são abandonados e trocados pelo sensacionalismo, combustível natural para o “clamor público”⁹⁹.

No espetáculo construído pela mídia, o pedido de prisão vem sob o argumento da necessidade da tutela da ordem pública, pois existe um “clamor social” diante dos fatos, como se a sociedade clamasse por “justiça” e como se esta fosse sinônimo de prisão.

Como aponta Sanguiné:

(...) quando se argumenta com razões de exemplaridade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, aplacar o clamor público criado pelo delito etc. que evidentemente nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que oficialmente se atribuem à instituição, na realidade, se introduzem elementos estranhos à natureza cautelar e processual que oficialmente se atribuem à instituição, questionáveis tanto desde o ponto de vista jurídico-constitucional como da perspectiva político-criminal. Isso revela que a prisão preventiva cumpre funções reais (preventivas gerais e especiais) de pena antecipada incompatíveis com sua natureza¹⁰⁰

Tais funções, citadas por SANGUINÉ, de prevenção geral e especial são exclusivas de uma pena, que pressupõe um processo judicial válido e uma sentença transitada em julgado. Em hipótese alguma tais funções podem ser buscadas por meio de medidas cautelares.

Nesta linha, o Plenário do STF já afirmou que “o clamor público não é dado suficiente a respaldar a prisão preventiva”¹⁰¹. Entende-se, portanto, que o decreto

⁹⁸ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Garantia da ordem pública: fundamentação genérica constitui meio abusivo de decretação da prisão preventiva**. Publicado em 21.05.2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/garantia-da-ordem-publica-fundamentacao-generica-constitui-meio-abusivo-de-decretao-da-prisao-preventiva-segundo-o-procurador-de-justica-romulo-de-andrade-moreira/>>. Acesso em: 19 setembro 2015.

⁹⁹ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Prisão preventiva não deve ter fins punitivos**. Publicado em 19.04.2015. Disponível em: <<http://conjur.com.br/2015-abr-19/prisao-preventiva-nao-fins-punitivos>> Acesso em: 20 setembro 2015.

¹⁰⁰ SANGUINÉ, Odone. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva**. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método, 2001, p. 114.

¹⁰¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 83777/MG. Relator Ministro Nelson Jobim. Relator p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Data do Julgamento: 19.12.2003. DJ de 6.10.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>

de prisão preventiva baseado no clamor público é ilegal, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto carente de fundamentação idônea. Nulidade caracterizada. Menção a razões abstratas. Ofensa ao art. 93, IX, da CF. Constrangimento ilegal configurado. HC concedido. É nula a decisão que decreta prisão preventiva com base em razões abstratas. 2. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na gravidade concreta do delito. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Precedentes. É ilegal o decreto de prisão preventiva que se funda na gravidade concreta do delito. 3. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na exigência do clamor público. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Precedentes. **É ilegal o decreto de prisão preventiva baseado em exigência do clamor público.** 4. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na periculosidade presumida dos réus. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Ofensa à presunção constitucional de inocência. Aplicação do art. 5º, inc. LVII, da CF. Precedente. É ilegal o decreto de prisão preventiva que se funda na periculosidade presumida do réu.¹⁰²
(grifo é nosso)

Assim também entende o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. FUMUS COMISSI DELICTI E PERICULUM LIBERTATIS. INDICAÇÃO NECESSÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Para a decretação da prisão preventiva, é necessário que haja prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, bem como que esteja indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (periculum libertatis), à luz do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

[...]

4. Além de insuficientes os indícios de autoria delitiva, **o decreto preventivo está permeado de argumentos genéricos, daqueles que servem para todas as prisões por tráfico de drogas e, portanto, para nenhuma, trazendo somente afirmações de que o crime é grave, intranquiliza a comunidade, causa clamor público e que o meio social e a credibilidade da justiça devem ser preservados, fundamentos abstratos que, à toda evidência, não são aptos a demonstrar o periculum libertatis.**

5. Habeas corpus concedido para confirmar a liminar anteriormente deferida e anular a prisão preventiva da paciente, ressalvada a possibilidade de novo provimento cautelar.¹⁰³

(grifo é nosso)

Acesso em: 20 setembro 2015.

¹⁰² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 84311/SP. Relator Ministro Cezar Peluso. Segunda Turma. Data do Julgamento: 03.04.2007. DJ de 08.06.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 20 setembro 2015.

¹⁰³ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus 323968/SP. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz. Sexta Turma. Data do Julgamento: 30.06.2015. DJ de: 03.08.2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa>> Acesso em: 20 setembro 2015.

RECURSO EM HABEAS CORPUS. SÚMULA 115/STJ. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO OUTORGADA AO ADVOGADO SIGNATÁRIO DA PEÇA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. IMPOSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL A QUO SUPLEMENTAR O DECISUM, CARENTE DE MOTIVAÇÃO EFETIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

[...]

2. Há, na jurisprudência do Superior Tribunal, um sem-número de precedentes, todos exigindo que a prisão provisória venha, sempre e sempre, calçada com bons elementos - elementos de convicção, elementos concretos -, elementos que justifiquem, efetivamente, a necessidade da prisão (HC n. 111.088/SP, Ministro Nilson Naves, DJe 25/2/2010).

3. **A mera alusão aos requisitos da custódia cautelar, expressões de simples apelo retórico, bem como relativas à necessidade de coibir a prática de delitos graves e ao clamor público, não são aptos a embasar a medida restritiva de liberdade** (HC n. 243.717/BA, Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 5/9/2012).

[...]

6. Há muito tempo, o Superior Tribunal de Justiça insiste no entendimento de que cumpre ao magistrado vincular seu decisum a fatores reais de cautelaridade. A prisão preventiva é medida excepcional e revela-se como última providência a ser adotada pelo período estritamente necessário, quando as demais medidas cautelares não se mostrarem adequadas ou suficientes. E, invariavelmente, há de ser idoneamente motivada, desde a origem.

7. Recurso não conhecido. Diante do manifesto constrangimento ilegal, ordem expedida de ofício, com aplicação de medida cautelar, diante das peculiaridades do caso.¹⁰⁴

(grifo é nosso)

No que concerne à credibilidade das instituições, em certa oportunidade, o Ministro Sepúlveda Pertence, como relator do HC 84778/MS¹⁰⁵, concedeu ordem para revogar prisão preventiva e permitir que o réu aguardasse o julgamento da apelação em liberdade. Consoante Pertence, não há como falar em invocar a garantia da ordem pública para não comprometer a imagem do Poder Judiciário. “*Já repisei minha convicção acerca da ilegitimidade constitucional da prisão preventiva fundada na necessidade de satisfazer a ânsias populares de repressão imediata em nome da credibilidade das instituições públicas, dentre elas o Poder Judiciário*”, afirmou. Para o Ministro, tais considerações “*desvelam o abuso da prisão processual para fins não cautelares, seja o de antecipação da pena, que aborrece a presunção da não-culpabilidade, seja a instrumentalização do encarceramento do acusado para*

¹⁰⁴ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso em Habeas Corpus 48885/MT. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma. Data do Julgamento: 16.09.2014. DJ de: 01.10.2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa>> Acesso em: 20 setembro 2015.

¹⁰⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 84778/MS. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Primeira Turma. Data do Julgamento: 07.12.2004. DJ de 04.03.2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 19 setembro 2015.

a popularização do Judiciário, que repugna o princípio fundamental da dignidade humana”.

Mais absurdo, ainda, é o aludido “sentimento de impunidade e de insegurança na sociedade”. Ora, considerando que a prisão preventiva tem caráter cautelar, instrumental e excepcional, como já reconheceu o STF e a melhor doutrina, não podendo ser aplicada como antecipação da tutela penal e nem se confundir com prisão pena, não pode esta ser decretada com os fins de evitar “sentimento de impunidade e de insegurança na sociedade”¹⁰⁶.

Como assevera Luiz Flávio Gomes, “o juiz que decreta uma prisão cautelar para intimidar outras pessoas, para servir de exemplo, está absolutamente equivocado e, pior, não está demonstrando o caráter instrumental da providência acautelatória”¹⁰⁷.

O que se percebe é que o Estado não busca medidas eficientes no controle da violência e criminalidade, mas tão somente medidas que possuem uma roupagem de eficiência, como as medidas prisionais, e que, por isso, tranqüilizam a sociedade, trazendo uma falsa sensação de “justiça”, de paz e de punição.

4.4 OS EFEITOS PERVERSOS DA MÁ UTILIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A prisão provisória, considerando todas as formas de encarceramento anteriores à sentença penal condenatória transitada em julgado, constitui a medida mais grave que pode sofrer um indivíduo presumido inocente no processo penal.

Só o fato de ter sua liberdade suprimida já é um dano muito relevante, mas que pode ser potencializado dependendo das condições da prisão, gerando conseqüências muito mais gravosas.

Tal instituto priva o cidadão de um dos direitos fundamentais mais apreciados, a liberdade. Não bastasse isso, afeta praticamente todos os direitos humanos e fundamentais. De acordo com os ensinamentos de Odone Sanguiné, “além da liberdade pessoal e a presunção de inocência, incide também na igualdade, não só

¹⁰⁶ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Prisão preventiva não deve ter fins punitivos**. Publicado em 19.04.2015. Disponível em: <<http://conjur.com.br/2015-abr-19/prisao-preventiva-nao-fins-punitivos>> Acesso em: 20 setembro 2015.

¹⁰⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica**. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 198.

da perspectiva longínqua de que os infratores da lei penal são, sobretudo, cidadãos de setores sociais menos favorecidos, mas, também e particularmente, em atenção ao estigma que a passagem pela prisão significa para uma pessoa, convertendo-a em desigual perante a sociedade”¹⁰⁸.

Dessa forma, embora presumidamente inocente, o preso preventivo está diante de mazelas ainda mais danosas do que se estivesse diante do próprio cumprimento de uma pena. Isto porque se encontra submetido à dúvida do tempo que estará privado de sua liberdade, já que o prazo razoável de duração dos processos é insistentemente descumprido, o que leva a situações de indivíduos que permanecem mais tempo presos cautelarmente do que presos pelo cumprimento de uma pena imposta.

Em estudo¹⁰⁹ para uma compreensão integral do instituto da prisão provisória, Odone Sanguiné procurou refletir a partir do enfoque interdisciplinar e com as contribuições da crítica criminológica e penitenciária como método de aproximação à realidade, buscando elucidar até que ponto os princípios teóricos encontram espaço na prática criminal, revelando efeitos perversos para o sistema de justiça.

Nestes termos e partindo das premissas analisadas pelo ilustre estudioso, a crítica da instituição da prisão preventiva se dá por alguns fatores e por algumas conseqüências observadas, tais como: (1) o aumento da população prisional e seus reflexos econômicos; (2) o risco de “contágio criminal”, na medida em que obriga os presos provisórios a conviverem com os presos condenados, aproximando-os do mundo delitivo; e (3) os efeitos psicológicos de dessocialização e de estigmatização do preso preventivo.

O incremento da população reclusa é um grave problema, principalmente quando se observa que o quantitativo de presos provisórios alcança ou até ultrapasse o quantitativo de presos condenados.

Além do aspecto da injustiça na decretação de muitas prisões cautelares, não se pode deixar de atentar para as graves conseqüências pelo aspecto econômico.

Como assevera Sanguiné:

A sua limitação aos casos estritamente necessários, além de considerações humanitárias, economizaria os muito consideráveis gastos que leva consigo

¹⁰⁸ SANGUINÉ, Odone. **Efeitos Perversos da Prisão Cautelar**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 86, setembro 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 289.

¹⁰⁹ SANGUINÉ, Odone. **Efeitos Perversos da Prisão Cautelar**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 86, setembro 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 289.

o sistema excessivamente ampliado da prisão preventiva. Esta diminuição de gastos e de locais reduziria em alto grau as dificuldades pecuniárias que se opõem ao sistema penitenciário. Não é possível ignorar os inconvenientes "efeitos econômicos" que derivam do uso irrefletido da prisão provisória. Ela empobrece o país e as famílias dos acusados, forçando-os a viver na ociosidade, tanto que os governantes se vêem obrigados a empregar recursos cada vez mais importantes para sua manutenção. O resultado consiste em uma justiça que não funciona, um sistema penitenciário mais punitivo, uma destinação errônea das finanças públicas, pelos altos custos das instalações penitenciárias, necessidade de mais pessoal de vigilância etc. Portanto, um cálculo de rentabilidade revelaria que a introdução de medidas alternativas permitiria economizar importantes somas de dinheiro utilizadas na construção de custosos estabelecimentos penitenciários.¹¹⁰

No tocante ao risco de aumento da criminalidade pela convivência dos presos cautelares com presos condenados, esta é inegável, do ponto de vista que, à margem das previsões normativas que prescrevem uma decisiva separação entre uns e outros¹¹¹, a realidade nos mostra estabelecimentos penais assoberbados, com pouca ou nenhuma separação entre os diferentes tipos de presos.

Neste ponto, pelas condições degradantes encontradas em nosso sistema penitenciário, podemos chamar os presídios de verdadeiras "escolas do crime", ao ponto que os que lá entram saem imbuídos do sentimento de revolta e de "profissionalização" no mundo criminoso. Ora, pessoas presumidamente inocentes ficam encarceradas com pessoas condenadas, sendo alguns com reiterada atuação no campo da criminalidade e integrantes de facções criminosas.

Desta forma, o sistema que deveria exercer o *jus puniendi* do Estado e reabilitar delinqüentes, acaba por transformá-los em seres humanos mais revoltosos e perigosos pela falta de estrutura dos estabelecimentos penais.

Ademais, a prisão cautelar produz uma série de efeitos psico-sociais e psiquiátricos negativos no preso preventivo, sobretudo quando este não possui antecedentes criminais.

Na visão de Sanguiné, o cárcere incide negativamente sobre as pessoas a ela confiadas, danificando-as do ponto de vista físico e psíquico. Constituem efeitos da larga permanência no cárcere: (a) a erosão da individualidade; (b) a dissolução dos

¹¹⁰ SANGUINÉ, Odone. **Efeitos Perversos da Prisão Cautelar**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 86, setembro 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 289.

¹¹¹ BRASIL. Lei n.º 7.210 de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. "Artigo 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado".

costumes; (c) o isolamento; (d) o dano físico-psicológico; (e) a perda dos estímulos; (f) patologias contagiosas (hepatite, AIDS) ou mentais, a dependência às drogas.¹¹²

Acrescentam-se, ainda, outros inconvenientes externos que a prisão provisória acarreta ao detido, à medida que pode conduzir à perda do seu emprego, com danos econômicos e de ordem profissional às vezes irreversíveis, atingindo não só a pessoa do preso, mas também a sua família.

Insta mencionar, também, os reflexos sociais de uma privação cautelar da liberdade, uma vez que, quando livrado do cárcere, encontrará dificuldades enormes no âmbito da reinserção social, porque “o mundo circundante esquecerá porventura que foi condenado ou absolvido, mas não que 'esteve na prisão’”¹¹³.

Desse modo, a prisão preventiva é tão estigmatizante como a própria pena privativa de liberdade, o que a transforma em uma medida de maior crueldade se o preso for inocente.

Neste ponto, é possível encontrar casos trágicos em nossa jurisprudência, como o caso noticiado pelo Superior Tribunal de Justiça no dia 19 de outubro de 2006, no REsp 802.435, em que o Estado brasileiro foi condenado em última instância a pagar R\$ 2 milhões por danos morais e materiais ao cidadão Marcos Mariano da Silva, de 58 anos, mantido preso ilegalmente por mais de 13 anos no presídio Aníbal Bruno, em Recife. Segundo a ata e julgamento, esse foi o mais grave atentado à violação humana já visto na sociedade brasileira. Transcrevo abaixo ementa do acórdão:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DECORRENTE DE ATOS PRATICADOS PELO PODER JUDICIÁRIO. MANUTENÇÃO DE CIDADÃO EM CÁRCERE POR APROXIMADAMENTE TREZE ANOS (DE 27/09/1985 A 25/08/1998) À MINGUA DE CONDENAÇÃO EM PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE OU PROCEDIMENTO CRIMINAL, QUE JUSTIFICASSE O DETIMENTO EM CADEIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO ESTADO. ATENTADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

1. Ação de indenização ajuizada em face do Estado, objetivando o recebimento de indenização por danos materiais e morais decorrentes da ilegal manutenção do autor em cárcere por quase 13 (treze) anos ininterruptos, de 27/09/1985 a 25/08/1998, em cadeia do Sistema Penitenciário Estadual, onde contraiu doença pulmonar grave (tuberculose), além de ter perdido a visão dos dois olhos durante uma rebelião.

¹¹² SANGUINÉ, Odone. **Efeitos Perversos da Prisão Cautelar**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 86, setembro 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 289.

¹¹³ SANGUINÉ, Odone. **Efeitos Perversos da Prisão Cautelar**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 86, setembro 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 289.

2. A Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista e fundamento de todo o ordenamento jurídico expressa como vontade popular que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária.

3. Conseqüentemente, a vida humana passou a ser o centro de gravidade do ordenamento jurídico, por isso que a aplicação da lei, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva operar a concreção jurídica, deve perpassar por esse tecido normativo-constitucional, que suscita a reflexão axiológica do resultado judicial. 4. Direitos fundamentais emergentes desse comando maior erigido à categoria de princípio e de norma superior estão enunciados no art. 5.º da Carta Magna, e dentre outros, os que interessam o caso sub iudice destacam-se: XLIX - e assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; LXI - 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; 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; 5. A plêiade dessas garantias revela inequívoca transgressão aos mais mezinhos deveres estatais, consistente em manter-se, sem o devido processo legal, um ser humano por quase 13 (treze) anos consecutivos preso, por força de inquérito policial inconcluso, sendo certo que, em razão do encarceramento ilegal, contraiu o autor doenças, como a tuberculose, e a cegueira.

6. Inequívoca a responsabilidade estatal, quer à luz da legislação infraconstitucional (art. 159 do Código Civil vigente à época da demanda) quer à luz do art. 37 da CF/1988, escorreita a imputação dos danos materiais e morais cumulados, cuja juridicidade é atestada por esta Eg. Corte (Súmula 37/STJ)

7. Nada obstante, o Eg. Superior Tribunal de Justiça invade a seara da fixação do dano moral para ajustá-lo à sua ratio essendi, qual a da exemplariedade e da solidariedade, considerando os conseqüentários econômicos, as potencialidades da vítima, etc, para que a indenização não resulte em soma desproporcional.

8. In casu, foi conferida ao autor a indenização de R\$ 156.000,00 (cento e cinquenta e seis mil reais) de danos materiais e R\$ 1.844.000,00 (um milhão, oitocentos e quarenta e quatro mil reais) de danos morais.

9. Fixada a gravidade do fato, a indenização imaterial revela-se justa, tanto mais que o processo revela o mais grave atentado à dignidade humana, revelado através da via judicial.

10. Deveras, a dignidade humana retrata-se, na visão Kantiana, na autodeterminação; na vontade livre daqueles que usufruem de uma vivência sadia. É de se indagar, qual a aptidão de um cidadão para o exercício de sua dignidade se tanto quanto experimentou foi uma "morte em vida", que se caracterizou pela supressão ilegítima de sua liberdade, de sua integridade moral e física e de sua inteireza humana?

11. Anote-se, ademais, retratar a lide um dos mais expressivos atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana. Sob esse enfoque temos assentado que "a exigibilidade a qualquer tempo dos conseqüentários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é o fundamento da liberdade, da

justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1º que 'todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos'. De flui da Constituição federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual". (REsp 612.108/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ 03.11.2004) 12. Recurso Especial desprovido.¹¹⁴

Concepción Arenal afirmou que "impor a um homem uma grave pena, como é a privação da liberdade, uma mancha em sua honra, como é a de haver estado no cárcere, e isso sem ter provado que é culpado e com a probabilidade de que seja inocente, é coisa que dista muito da Justiça" ¹¹⁵.

Dessa forma, a decisão de ordenar a prisão cautelar de um acusado antes do processo é muito delicada por exigir a manutenção de um justo equilíbrio entre os direitos individuais e coletivos. Se por um lado, a decisão de liberação implica o risco de que o acusado frustrar a instrução criminal ou cometa novos delitos, justificando-se, em certos casos, o uso da prisão provisória, por outro, sempre deve permanecer como uma medida realmente excepcional devido às gravíssimas consequências que sua aplicação prática produz para o acusado e para a sociedade como um todo.¹¹⁶

¹¹⁴ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 802435/PE (2005/0202982-0). Relator Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Data do Julgamento: 19.10.2006. DJ de 30.10.2006. p. 253. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa>> Acesso em: 21 setembro 2015.

¹¹⁵ ARENAL, Concepción. **Estudios penitenciarios**. Madrid, 1877, p. 12 *apud* SANGUINÉ, Odone. **Efeitos Perversos da Prisão Cautelar**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 86, setembro 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 289.

¹¹⁶ SANGUINÉ, Odone. **Efeitos Perversos da Prisão Cautelar**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 86, setembro 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 289.

5 CONCLUSÃO

O sistema jurídico brasileiro prescreve medidas cautelares pessoais, cujas imposições justificam-se em situações excepcionais e extraordinárias.

Dentre elas, a prisão preventiva é a medida mais drástica, já que possui como finalidade restringir a liberdade – direito fundamental – de indivíduos antes do julgamento de mérito da demanda, em outras palavras, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Conforme exposto ao longo do trabalho, a prisão preventiva é considerada a *ultima ratio* das cautelares, apenas legitimada quando as menos gravosas, implementadas de forma isolada ou cumulativa, não forem suficientes para a garantia da persecução penal.

Esta espécie de prisão está positivada no artigo 312 do Código de Processo Penal, que dispõe, em seu *caput*, os pressupostos e fundamentos autorizadores da decretação da prisão preventiva, sendo estes últimos a “garantia da ordem pública”, a “garantia da ordem econômica”, por “conveniência da instrução criminal” e para “assegurar a aplicação da lei penal”.

No que se refere aos três últimos termos, a doutrina e a jurisprudência não encontram muitos problemas para conceituá-los e aplicá-los na prática. Contudo, termo que gera inúmeras divergências é a “garantia da ordem pública”, justamente por ser genérico e abrangente.

Dessa forma, o que se verifica é a ampla utilização da garantia da ordem pública para fundamentar a decretação da prisão preventiva, com espaço para as mais diversas interpretações: risco de reiteração delitiva, periculosidade do agente, gravidade do delito, repercussão do crime, clamor público, paz social, resposta à opinião midiática, credibilidade da justiça e proteção da integridade do acusado.

É necessário ressaltar que, embora a prática judiciária evidencie o contrário, a prisão preventiva não deve ser confundida com a prisão penal, já que não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, ou seja, não possui caráter de satisfatividade, mas sim de atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal, função cautelar que lhe é inerente.

Ademais, além da pesquisa jurisprudencial, os dados do sistema penitenciário brasileiro revelam o uso demasiado da prisão cautelar, considerando que, de uma

imensa população prisional, que gira em torno de 607.731 pessoas, 41% são presos provisórios, ou seja, que estão aguardando julgamento¹¹⁷.

O mais absurdo deste cenário é que muitas dessas prisões são indevidas, principalmente porque grande parte deste contingente carcerário provisório não deveria estar lá. Isto porque, ao final do processo, não são condenados a pena privativa de liberdade, mas absolvidos ou condenados a penas e medidas alternativas. Ora, a discrepância é notória. Indivíduos são privados de sua liberdade de forma cautelar sem ao menos, em muitos casos, serem culpados pelos delitos a que foram acusados.

A lógica é simples. O imaginário coletivo é permeado pela lógica do encarceramento como solução, como medida acertada para a punição e prevenção de crimes. Assim, a decretação da prisão é providência imediata ao acusado de um delito e funciona quase como regra, quando deveria ser exceção, que é da própria natureza de qualquer medida cautelar.

Tamanha é a subjetividade do termo “garantia da ordem pública” que, inúmeras vezes, sob o argumento de estar se resguardando esta ordem, quer-se aplacar o clamor público, sendo o devido processo legal abandonado e trocado pelo sensacionalismo midiático.

A influência exercida pela mídia é extrema, sendo a divulgação de informações sobre um fato delituoso carregada de valor prévio, o que pode influenciar a imparcialidade do juiz e ser determinante para a formação do “clamor público”. Dessa forma, o devido processo legal e a presunção de inocência são postos de lado, ferindo gravemente o Estado Democrático de Direito.

Felizmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é majoritária em refutar tal possibilidade, afirmando que repercussão do crime ou clamor social não são justificativas suficientes a embasar o decreto de prisão preventiva.

Em que pese tais posicionamentos, a prática dos juízes e Tribunais brasileiros nos mostra outro dado. Impera o desvirtuamento da natureza cautelar da prisão preventiva, de proteger o regular andamento do processo, a aplicação da lei penal e

¹¹⁷ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho de 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira>> Acesso em: 27 setembro 2015.

o meio social, para a prática habitual de encarceramento precoce e anterior à condenação.

Dessa forma, o Judiciário atua não como um cumpridor da lei e da justiça, mas sim como um órgão violador de direitos fundamentais, que se utiliza indiscriminadamente da prisão preventiva, amparado no vago e impreciso fundamento da garantia da ordem pública, para atender aos clamores sociais e apresentar à sociedade uma falsa sensação de segurança e justiça.

Os efeitos dessa má utilização do instituto são os mais gravosos possíveis para o preso, bem como para a sociedade. A restrição da liberdade de alguém, mesmo que provisória, traz danos irreversíveis, principalmente considerando as condições precárias e desumanas dos presídios brasileiros, que em nada contribuem para a ressocialização. Ao contrário, enquanto a lógica do encarceramento em massa permanecer, os índices de criminalidade aumentarão, uma vez que os cárceres mostram-se verdadeiras escolas do crime e o estigma de presidiário acompanha o indivíduo, quer inocente ou culpado, pela vida inteira.

6 REFERÊNCIAS

ARENAL, Concepción. **Estudios penitenciarios**. Madrid, 1877 *apud* SANGUINÉ, Odone. **Efeitos Perversos da Prisão Cautelar**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 86, setembro 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 289.

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e da Penas**. 1ª edição, São Paulo: Editora Martin Claiet, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão - causas e alternativas**. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: outorgada em 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

BRASIL. Decreto n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>.

BRASIL. Lei n.º 7.210 de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>.

BRASIL. Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989. **Dispõe sobre a prisão temporária**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus 84141/SP. Relator Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. Data do Julgamento: 20.11.2007. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa>> Acesso em: 01 setembro 2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus 91083/BA. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Data do Julgamento: 21.02.2008. DJ de: 10.03.2008. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa>> Acesso em: 10 setembro 2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus 204426/SP. Relator Ministro Jorge Mussi. Quinta Turma. Data do Julgamento: 23.04.2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa>> Acesso em: 01 setembro 2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus 250804/PE (2012/0164147-0). Relatora Ministra Laurita Vaz. Quinta Turma. Data de Julgamento: 15.10.2013. DJ de: 04.11.2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa>> Acesso em: 19 setembro 2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus 297889/GO (2014/0156721-1). Relator Ministro Gurgel de Faria. Quinta Turma. Data do Julgamento: 18.11.2014. DJ de: 27.11.2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>> Acesso em: 12 agosto 2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus 323968/SP. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz. Sexta Turma. Data do Julgamento: 30.06.2015. DJ de: 03.08.2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa>> Acesso em: 20 setembro 2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso em Habeas Corpus 48885/MT. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma. Data do Julgamento: 16.09.2014. DJ de: 01.10.2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa>> Acesso em: 20 setembro 2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso em Habeas Corpus 48921/MG. Relator Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. Data do Julgamento: 23.09.2014. DJ de: 02.10.2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa>> Acesso em: 05 setembro 2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 802435/PE (2005/0202982-0). Relator Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Data do Julgamento: 19.10.2006. DJ de 30.10.2006. p. 253. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa>> Acesso em: 21 setembro 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 78250/RJ. Relator Ministro Maurício Corrêa. Segunda Turma. Data do Julgamento: 15.12.1998. DJ de 26.02.1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 01 setembro 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 83777/MG. Relator Ministro Nelson Jobim. Relator p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Data do Julgamento: 19.12.2003. DJ de 6.10.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 20 setembro 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 84311/SP. Relator Ministro Cezar Peluso. Segunda Turma. Data do Julgamento: 03.04.2007. DJ de 08.06.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 20 setembro 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 84778/MS. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Primeira Turma. Data do Julgamento: 07.12.2004. DJ de 04.03.2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 19 setembro 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 90162/RJ. Relator Ministro Carlos Britto. Primeira Turma. Data do Julgamento: 10.04.2007. DJ de 29.06.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 05 setembro 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 93883/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Data do Julgamento: 26.08.2008. DJ de 26.03.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 04 agosto 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 98815/SP. Relator Ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma. Data do Julgamento: 24.08.2010. DJ de 09.09.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 10 setembro 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus. 99043/PE. Relator Ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma. Data do Julgamento: 24.08.2010. DJ de 09.09.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 12 agosto 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 101705/BA. Relator Ministro Ayres Britto. Primeira Turma. Data do Julgamento: 29.06.2010. DJ de 02.09.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>

Acesso em: 05 setembro 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 102098/SP. Relatora Ministra Ellen Gracie. Segunda Turma. Data do Julgamento: 15.02.2011. DJ de 05.08.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 05 setembro 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 109879/PE. Relator Ministro Dias Toffoli. Primeira Turma. Data do Julgamento: 13.12.2011. DJ de 27.02.2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 05 setembro 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n.º 580.252/MS. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>> Acesso em: 15 setembro 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 83179/PE. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Data do Julgamento: 01.07.2003. DJ de 22.08.2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 01 setembro 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RTJ 180/262-264. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/indiceRtj/listarRevistaTrimestral>> Acesso em: 12 setembro 2015.

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

CHOUKR, Fauzi Hassan. **A “ordem pública” como fundamento da prisão cautelar – Uma visão jurisprudencial**. Publicado em 16.03.2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/a-ordem-publica-como-fundamento-da-prisao-cautelar-uma-visao-jurisprudencial-por-fauzi-hassan-choukr/>> Acesso em: 16 setembro 2015.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos – CIDH. **Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas**. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13. 30 dezembro 2013. Original: Español. Disponível em: <<http://www.cidh.org>> Acesso em: 15 setembro 2015.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Prisão Cautelar - Dramas, Princípios e Alternativas - Com a Lei 12.403/11**. 2ª edição, São Paulo: Lumen Júris, 2011.

_____. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006 *apud* MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares**. São Paulo: Método, 2011.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. França, 1789.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DUTRA, Bianca Moreira. **Principiologia das Prisões Cautelares**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32468/principiologia-das-prisoos-cautelares>> Acesso em: 30 julho 2015.

FARIAS, Michelle Cristina. **Evolução histórica da prisão preventiva e prisão em flagrante no Brasil**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3294>> Acesso em: 03 agosto 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. Tradução Coletiva. São Paulo: RT, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Estado Constitucional de Direito e a Nova Pirâmide Jurídica**. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Medidas Cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. **Presunção de Inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10ª edição rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Prisões Cautelares**. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho de 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira>> Acesso em: 14 setembro 2015.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Garantia da ordem pública: fundamentação genérica constitui meio abusivo de decretação da prisão preventiva**. Publicado em 21.05.2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/garantia-da-ordem-publica-fundamentacao-generica-constitui-meio-abusivo-de-decretacao-da-prisao-preventiva-segundo-o-procurador-de-justica-romulo-de-andrade-moreira/>>. Acesso em: 19 setembro 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2011.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo Penal. O Direito de Defesa: Repercussão, Amplitude e Limites**. 3ª edição. São Paulo: Editora RT, 2001.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª edição rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANGUINÉ, Odone. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva**. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método, 2001.

_____. **Efeitos Perversos da Prisão Cautelar**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 86, setembro 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 289.

WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Prisão preventiva não deve ter fins punitivos.** Publicado em 19.04.2015. Disponível em: <<http://conjur.com.br/2015-abr-19/prisao-preventiva-nao-fins-punitivos>> Acesso em: 20 setembro 2015.