



**FACULDADE PROCESSUS**

**LEANDRO DE MELO GOMES**

**GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**  
**COMO FUNDAMENTO PARA A PRISÃO PREVENTIVA**

BRASÍLIA  
2018

**GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**  
**COMO FUNDAMENTO PARA A PRISÃO PREVENTIVA**

Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do Curso de Pós-graduação em Direito Penal da Faculdade Processus, orientada pelo Prof. Doutorando: Cristóvão Castro da Rocha.

BRASÍLIA  
2018

## RESUMO

O objetivo deste trabalho é fazer uma análise crítica concernente ao fundamento garantia da ordem pública para a decretação da prisão preventiva. Essa análise será direcionada a legislação atual que regula tal fundamento, artigo 312, do Código de Processo Penal. O principal ponto dessa discussão gira em torno da constitucionalidade desse argumento, tendo em vista ferir o princípio da presunção da inocência quando utilizado para fundamentar uma prisão preventiva. Utilizar-se-ão fundamentos doutrinários, jurisprudenciais, e de artigos referentes ao tema, levando-se em consideração o estudo da natureza jurídica de fundamento.

Palavras-chave: Prisão Preventiva. Instrumento. Cautelar. Natureza Jurídica. Constitucionalidade.

## **ABSTRACT**

The objective of this work is to make a critical analysis concerning the fundamental guarantee of public order for the enactment of preventive detention. This analysis will be directed to the current legislation that regulates such fundamental, article 312, of the Criminal Procedure Code. The main point of this discussion revolves around the constitutionality of this argument, with a view to violating the principle of the presumption of innocence when used to justify a preventive detention. Doctrinal, jurisprudential and article-based grounds will be used, taking into account the study of the legal nature of the grounds.

Keywords: Preventive Arrest. Instrument. To protect. Legal Nature. Constitutionality.

## Sumário

INTRODUÇÃO .....	5
1.PRISÃO .....	7
1.1. TIPOS DE PRISÃO .....	11
1.1.1. Prisão Pena .....	11
1.1.2. Prisão Cautelar (prisão sem pena).....	12
1.2. REQUISITOS DA PRISÃO CAUTELAR .....	14
1.2.1. Fumus commissi delicti .....	14
1.2.2. Periculum Libertatis.....	14
2.MODALIDADES DE PRISÃO CAUTELAR .....	16
2.1. PRISÃO EM FLAGRANTE.....	16
2.1.1. Sujeitos da Prisão em Flagrante.....	17
2.1.2. Espécies de Flagrante .....	18
2.2. PRISÃO TEMPORÁRIA .....	23
2.2.1. Cabimento .....	24
2.2.2. Decretação .....	27
2.2.3. Prazo .....	29
2.3. PRISÃO PREVENTIVA.....	30
3. REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA.....	36
3.1. GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA .....	36
3.2. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL .....	38
3.3. ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL .....	40
3.4. PELO DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR IMPOSTA .....	42
4. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA...	44
CONCLUSÃO .....	52
REFERÊNCIAS .....	54

## INTRODUÇÃO

Como é notório, o processo penal brasileiro permite duas possibilidades para a prisão de uma pessoa: a prisão-pena, quando o réu já foi julgado e não existe mais a possibilidade de recurso, pois já houve o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e as chamadas prisões processuais, cautelares, que são decretadas ainda no curso do processo, e que são classificadas em prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva. Neste trabalho a ideia central será a prisão preventiva, com foco em um de seus fundamentos, “a garantia da ordem pública”.

Como dito, o tema do presente trabalho é a garantia da ordem pública como fundamento para a decretação da prisão preventiva. Serão analisados os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais buscando-se alcançar quais são as justificativas que levam a prisão preventiva baseados nesse fundamento.

Garantia da ordem pública como fundamento para a prisão preventiva. O objetivo deste trabalho é pesquisar se a garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva fere princípios legais e constitucionais. Devido seu caráter abstrato e não delimitação conceitual no ordenamento jurídico, a garantia da ordem pública fere princípios legais e constitucionais quando usada como fundamento da prisão preventiva.

Esse fundamento, que tem sido utilizado com bastante frequência nas decisões de juízes e tribunais do Brasil, está carregado de características precipuamente subjetivas e abstratas. É essencial demonstrar o quão grave pode ser a decretação de uma prisão preventiva sem o trânsito em julgado de uma ação penal.

A Constituição Federal do Brasil traz em seu texto a garantia de liberdade a todos, por outro lado ela também aponta os casos em que essa liberdade poderá ser relativizada. Como a liberdade é categoricamente protegida pela Constituição Federal do Brasil, somente em casos que cumpram todos os requisitos, conforme Art. 312 do Código de Processo Penal: a existência de prova da materialidade delitiva e de indícios suficientes de autoria - que compõem o chamado *fumus*

*comissi delicti* -, associados ao *periculum libertatis* - que resplandece através da garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, ou garantia de aplicação da lei penal, essa garantia poderá ser relativizada.

A prisão preventiva é uma prisão que ocorre no curso do processo, prisão processual, portando o acusado ainda não tem sobre si o peso de uma condenação penal. Trata-se de uma prisão de caráter cautelar, onde se pretende com ela assegurar o perfeito curso das investigações e do andamento do processo. Mesmo o acusado não exercendo, de forma completa, o seu direito de defesa contra a pretensão punitiva do Estado, a prisão, de certo, já exerce sobre ele seus efeitos, assim como exerce sobre um condenado definitivo.

Garantia da ordem pública como fundamento para a prisão preventiva. O objetivo deste trabalho é pesquisar se a garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva fere princípios legais e constitucionais. Busca-se demonstrar a dificuldade que esse argumento traz, tendo em vista o seu caráter abstrato e subjetivo, pois não existe na legislação uma definição pormenorizada de garantia da ordem pública. O legislador já teve oportunidades para a modificação dessa expressão ou a sua definição, principalmente na edição da Lei nº 12.403/2011. A solução para isso poderia ser a modificação da lei que prevê tal fundamento, ou o alinhamento dos tribunais, por meio do STF determinando o real sentido de tal fundamento. Não se pode colocar em perigo um direito e um princípio constitucional, respectivamente direito à liberdade e princípio da presunção da inocência.

## 1.PRISÃO

A prisão cautelar veio antes da prisão pena que surgiu em 1595, ou seja, antes da prisão ser utilizada como pena ela já era utilizada como forma de garantir eventual aplicação da pena.

Luigi Ferrajoli que diz:

(...), 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.<sup>1</sup>

A prisão perdeu seu caráter cautelar no período medieval, passando a ser utilizada como meio de penalidade, como forma de tortura, pois segundo o direito canônico essa era uma condição necessária para que o indivíduo se julgasse, chegando ao arrependimento, podendo assim se livrar da culpa por ter violado a ordem divina.

Para dar início ao estudo desse tema, entrando nos pontos específicos que se pretende falar neste trabalho é fundamental, antes de tudo, conceituar prisão, permitindo assim, uma análise mais precisa do assunto, demonstrando seu alto grau de importância dentro da sociedade atual.

“A palavra prisão advém do latim *prensione*, ou seja, o ato de capturar, prender, e por uma questão de metonímia, acabou por significar, também, o lugar onde a pessoa é presa ou mantida em cárcere”.<sup>2</sup>

Para Nucci, prisão é a perda da liberdade, onde se retira do indivíduo o direito de ir e vir, recolhendo-o ao cárcere. A prisão-pena se origina de uma sentença condenatória definitiva, transitada em julgado. A prisão cautelar é resultado da busca por uma instrução criminal produtiva, onde a investigação deve ser eficiente, e sem qualquer interferência. As duas formas de prisão têm como resultado o recolhimento do indivíduo ao cárcere, o que diferencia essas duas modalidades é

---

<sup>1</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Tradução Coletiva. São Paulo: RT, 2002, p. 443.

<sup>2</sup> POLASTRI, Marcellus. *A Tutela Cautelar no Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas S.a, 2014,p. 159.



que a primeira tem como objetivo aplicar uma sanção penal, por outro lado a segunda tem como objetivo uma medida cautelar, onde busca-se assegurar algo. Neste caso a prisão não é um fim, mas sim um meio.<sup>3</sup>

Tourinho Filho, define prisão como sendo a cassação da liberdade do indivíduo clausulando-o. Portanto é a perda da liberdade de ir e vir.<sup>4</sup> Essa perda talvez seja uma das piores perdas que um ser humano possa suportar. O direito à liberdade é um dos direitos protegidos pela Constituição Federal devido ao seu alto grau de importância.

José Frederico Marques apresenta que a prisão é: “pena privativa de liberdade imposta ao delinquente, cumprida, mediante clausura, em estabelecimento penal para esse fim destinado”.<sup>5</sup>

Aqui o autor conceitua a prisão somente quando aplicada como pena, não levando em consideração as modalidades de prisão cautelar. A prisão no ordenamento jurídico brasileiro não se destina somente a penalizar o agente criminoso, é utilizado também como instrumento, de caráter cautelar, que visa garantir o bom andamento da investigação criminal.

Tourinho Filho nos lembra que com a promulgação da Constituição de 1988, somente autoridades judiciárias estão investidas de autoridade e competência para decretar a privação da liberdade do indivíduo. A Constituição de 1988, no entanto, excepcionou as transgressões militares e os crimes militares próprios, situações onde uma autoridade militar poderá decretar a prisão.<sup>6</sup>

Portanto a prisão, sendo aplicada como medida cautelar ou como forma de punição após sentença penal condenatória com trânsito em julgado, somente poderá ser decretada por autoridade judicial. Essa regra é prevista na Constituição de 1988, demonstrando a importância da matéria dada pelo legislador constituinte. O direito de liberdade do indivíduo é uma garantia individual previsto na Constituição.

---

<sup>3</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**: De acordo com a Lei 12.403/2011. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 31.

<sup>4</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 33. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3, p. 427.

<sup>5</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas, SP: Millennium, 2003, p. 20.

<sup>6</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., p. 425.

Unindo com a exigência de ordem de autoridade judiciária competente, a Constituição de 1988 também determina que a ordem para o decreto de prisão deve ser escrita. Surge então o instrumento denominado mandado de prisão, que deverá atender uma série de formalidades, conforme previsto no artigo 285 do Código de Processo Penal. Segundo Tourinho Filho essa formalidade tem como objetivo primordial evitar abusos contra o direito de liberdade do indivíduo. A não observância de tais formalidades poderá tornar nulo o mandado de prisão.<sup>7</sup>

O mandado de prisão de forma escrita é mais uma forma de proteger o direito de liberdade do indivíduo, possibilitando o controle de legalidade das prisões decretadas pelas autoridades. Assim é possível recorrer das decisões que decretaram a prisão, combatendo decisões desprovidas de motivações legais, evitando-se prisões desnecessárias.

Desta forma, concluiu-se que a prisão, conforme a Constituição de 1988 determina, está rigorosamente vinculada ao princípio da legalidade, “tanto que, se o status libertatis do indivíduo for atingido por alguma coação ilegal, pode ele afastá-lo mediante o habeas corpus”.<sup>8</sup>

Prisão é um tema atualmente muito debatido, pois pessoas que fizeram e fazem parte do poder no país estão constantemente envolvidas em escândalos de corrupção. Um dos casos levantou novamente o debate de um tema polêmico que já havia sido decidido pelo STF, como é o caso da execução provisória da sentença após decisão de segundo grau, antes mesmo do trânsito em julgado da sentença condenatória. O tema é importante, levando-se em conta que a prisão se sobrepõe há um direito fundamental previsto da Constituição Federal de 1988 que é o direito de ir e vir.

A Lei nº 12.403/2011, que alterou o Código de Processo Penal, deve ser também comentada, pois ela veio para trazer modificações importantes no instituto das prisões. Segundo Andrey Mendonça as regras anteriores estavam baseadas em uma “pobre bipolaridade cautelar”, pois o juiz só possuía duas possibilidades para combater o perigo causado pela liberdade do acusado: a prisão preventiva ou a

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 428.

<sup>8</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. São Paulo: Millennium, 2003, p. 29.

liberdade provisória. No caso da liberdade provisória o acusado somente precisava comparecer aos atos do processo. Portanto o único instrumento que o magistrado possuía para combater o perigo de se manter solto o acusado, diante da necessidade de uma medida cautelar era a prisão preventiva.<sup>9</sup>

Nota-se a dificuldade que se tinha para se decretar uma medida cautelar, pois as possibilidades eram ínfimas, impedindo um julgamento justo a cada caso concreto. Nesse cenário muitas injustiças foram decretadas e por muitas vezes a sociedade sofreu os riscos de se manter livre, sem qualquer ônus, um indivíduo perigoso. Possibilidades genéricas assim não conseguem se amoldar aos diversos casos concretos que uma medida cautelar pode exigir.

Andrey afirma que uma das mais importantes modificações trazidas pela Lei nº 12.403/2011 foi a inclusão de um grande rol de medidas cautelares alternativas, previstas no art. 319. Segundo o autor, com o rol estaria superado o sistema bipolar anterior. Assim a prisão passaria a ser a *ultima ratio*, pois para sua decretação seria necessário avaliar a possibilidade de decretação de uma das medidas alternativas previstas no art. 319. É o que está previsto no art 282, §6º, que determina que a prisão preventiva será decretada quando não for possível a sua substituição por outra medida cautelar prevista no art. 319.<sup>10</sup>

Nota-se que o principal objetivo da Lei nº 12.403/2011 foi a inclusão de novas medidas cautelares, permitindo assim um julgamento mais justo de cada caso concreto pelo juiz, possibilitando a aplicação de medidas cautelares mais adequadas a cada caso. Outra grande principal mudança foi a ideia de que a prisão cautelar passou a ser a *ultima ratio* garantindo assim, o direito de liberdade defendido pela Constituição de 1988. Apesar de ser a última opção no curso da ação penal, existe outro motivo que tem desmotivado a utilização da prisão e aumentado o uso de outras medidas cautelares, a superlotação nos centros de detenção e nos presídios de todo o país.

---

<sup>9</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão preventiva na lei 12.403/2011**: Análise de acordo com modelos estrangeiros e com a convenção Americana de direitos Humanos. Salvador:JusPodivm, 2017, p. 29.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 33.

## 1.1. TIPOS DE PRISÃO

Quando se fala de prisões, existe uma divergência com relação a classificação das mesmas. O doutrinador Tourinho Filho adota uma classificação básica em dois tipos que são a prisão pena e a prisão sem pena.<sup>11</sup> Renato Brasileiro de Lima, adota outra classificação onde se utiliza três espécies de prisão: a extrapenal, que possui as subespécies prisão civil e militar; a penal, também conhecida como prisão pena e pôr fim a cautelar, processual, provisória ou sem pena, que engloba a prisão em flagrante, a preventiva e a temporária.<sup>12</sup>

A diferença básica nos tipos de prisão é a prisão sem pena e a prisão pena. O que permite diferenciar cada uma delas é se a motivação da prisão foi ou não uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Se a prisão foi decretada após sentença transitada em julgado será prisão pena, caso seja decretada antes de sentença condenatória transitado em julgado, no decorrer da instrução processual será prisão sem pena ou prisão cautelar.

### 1.1.1. Prisão Pena

A prisão pena, segundo Bonfim tem origem em sentença penal condenatória com trânsito em julgado, que aplica uma pena privativa de liberdade. No sistema brasileiro essa prisão-pena só existe no âmbito do direito penal.<sup>13</sup>

Basicamente, no ordenamento jurídico brasileiro, a prisão pode ser classificada como prisão-pena e prisão sem pena. O que se diferencia aqui é o momento no processo criminal em que ela será decretada, antes ou depois da sentença criminal com trânsito em julgado. Na prisão-pena deve haver uma sentença criminal condenatória com trânsito em julgado, já no caso de prisão sem pena o objetivo é garantir a eficácia e a segurança das investigações. A prisão pena

---

<sup>11</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 33. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3, p. 408.

<sup>12</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**: Doutrina, jurisprudência e prática. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 58.

<sup>13</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 397.

visa a satisfação da pretensão punitiva do Estado. Essa punição visa, além de retirar no convívio social o delinquente, visa também prevenir que nova conduta ilegal seja praticada.

Fernando Capez adota a nomenclatura prisão pena, sempre alertando para o trânsito em julgado da sentença condenatória para aplicação dessa modalidade de penalidade. Ele também alerta sobre a importância da observância do devido processo legal, conforme previsto na Constituição Federal de 1988.<sup>14</sup> Renato Brasileiro também levanta essa posição lembrando que no devido processo penal, ao indivíduo deverão ser conferidos todas as garantias e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.<sup>15</sup>

Após esses apontamentos sobre a prisão-pena, passa-se a falar especificamente sobre as prisões sem pena ou prisões cautelares. Se a prisão ocorrer antes do advento de uma sentença penal condenatória com o trânsito em julgado a mesma não tem natureza de pena. Nesses casos a natureza é cautelar. Busca-se garantir algo, no caso do processo criminal a eficácia e segurança das investigações.

### 1.1.2. Prisão Cautelar (prisão sem pena)

Segundo Pacelli e Costa, levando em consideração que os motivos da aplicação de uma pena privativa de liberdade são o último recurso estatal e se aplicam somente aos casos graves, em casos de prisão sem pena ou prisão cautelar, as possibilidades de incidência são ainda bem mais restritivas e bem delimitada, pela excepcionalidade da medida. Prisão cautelar, em regra, não pode superar o próprio direito penal almejado no processo.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 244.

<sup>15</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**: Doutrina, jurisprudência e prática. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 77.

<sup>16</sup> PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. **Prisão Preventiva e Liberdade Provisória**: A reforma da Lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013, p. 40.

Para Renato Brasileiro a prisão cautelar se configura quando decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Tem como objetivo garantir a eficácia das investigações ou do processo criminal.<sup>17</sup>

Vicente Greco Filho bem define que:

Prisão processual é a que resulta do flagrante ou de determinação judicial, em virtude de atuação da persecução penal ou processo penal, com os pressupostos de medida cautelar. Historicamente é a mais antiga. Às vezes se utiliza a expressão “prisão provisória”, mas “provisória” pode dar a entender que se trata de algo que será substituído por algo definitivo. Ainda que, em parte, a relação exista, parece preferível a denominação “prisão processual”.<sup>18</sup>

Prisão cautelar ou prisão sem pena é o instrumento utilizado pelo estado para garantir a segurança dos cidadãos e para garantir o bom andamento do processo, portanto sua decretação se dá no curso do processo, durante as investigações. Nessa fase ainda não se tem uma sentença condenatória com trânsito em julgado. A justificativa para essa prisão é tirar do meio social o indivíduo suspeito de cometer o crime para resguardar a segurança da sociedade e também para que ele não atrapalhe o bom andamento das investigações e o perfeito desenrolar do processo. Busca-se evitar que o indivíduo volte a delinquir.

Delmanto Junior afirma que a prisão cautelar é uma medida cautelar que tem como objetivo garantir a jurisdição penal e, para ser decretada, é necessário os requisitos do *periculum in mora*, demonstração do perigo concreto que a liberdade do indivíduo representa para a instrução processual ou para a futura aplicação da lei penal, e do *fomus boni iuris*, demonstração da materialidade do delito e a existência de fortes indícios de sua autoria, os quais devem estar presentes expressamente na decisão do magistrado.<sup>19</sup>

Segundo André Luiz Nicolitt, no sistema inquisitivo da Idade Média a prisão cautelar era a regra. Naquela época se acreditava que manter o acusado livre impedia a investigação da verdade. Sob outra perspectiva, atualmente, no sistema

---

<sup>17</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**: Doutrina, jurisprudência e prática. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 77.

<sup>18</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 274.

<sup>19</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 84.

acusatório, a ideia é ao contrário: a regra é a liberdade; a prisão processual, exceção.<sup>20</sup>

Atualmente, a prisão cautelar, tem, pelo menos no campo teórico, o objetivo de garantir o bom andamento da instrução criminal, pois na prática a prisão cautelar tem sido bastante utilizada para punir o agente previamente. Hoje a maior motivação das decisões que decretam uma prisão cautelar é retirar do convívio social o agente transgressor para evitar que ele volte a delinquir.

## 1.2. REQUISITOS DA PRISÃO CAUTELAR

### 1.2.1. Fumus commissi delicti

Esse requisito nada mais é que a certeza do cometimento de um delito e o indício da existência de sua autoria. A existência do crime exige elementos mais concretos, diferente da autoria que permite apenas a presença de indícios. Esse requisito se assemelha ao Fumus boni Juris usado em todo o ordenamento jurídico.

Para Aury Lopes Junior:

(...) é o requisito de toda e qualquer medida cautelar pessoal, considerado como a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapassionado, deduz-se com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto. É a fumaça da existência de um delito. Não se exige um juízo de certeza, mas de probabilidade razoável.<sup>21</sup>

### 1.2.2. Periculum Libertatis

---

<sup>20</sup> NICOLITT, André Luiz. **As subversões da presunção de inocência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 111.

<sup>21</sup> LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001, p. 96.

Demonstra o perigo que pode causar caso em liberdade permaneça o agente que supostamente cometeu o delito. O perigo aqui está relacionado ao processo com a possibilidade de causar algum dano à apuração dos fatos, ou impossibilitando a aplicação da pena pela fuga. Para Aury Lopes Junior

Periculum libertatis é o fundamento da prisão cautelar. Cumpre recordar que para as medidas cautelares pessoais do processo penal, o fator determinante não é o tempo mas a situação de perigo criada pela conduta do sujeito passivo do processo. Fala-se nesses casos em risco de frustração da pretensão punitiva (fuga), perigo para a ordem social ou econômica, ou graves prejuízos ao processo (destruição ou manipulação da prova).<sup>22</sup>

Após explanado as características da prisão cautelar, sua distinção com a prisão-pena e os seus requisitos, é essencial apresentar as três modalidades existentes. Prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva.

---

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 96.



## 2. MODALIDADES DE PRISÃO CAUTELAR

### 2.1. PRISÃO EM FLAGRANTE

A origem da palavra flagrante vem do latim *flagrans* que quer dizer queimante. Essa expressão trás a ideia de fogo, da chama queimando. Portanto a expressão “flagrante delito”, é utilizada para nomear o delito que está sendo cometido no momento da abordagem ou logo após, que “surpreendido em plena crepitação” na expressão consagrada de Fernando da Costa Tourinho Filho.<sup>23</sup>

Segundo Julio Fabbrini Mirabete:

Em sentido jurídico, flagrante é uma qualidade do delito, é o delito que está sendo cometido, praticado, é o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão do seu autor, sem mandado, por ser considerado a ‘certeza visual do crime’. Assim, a possibilidade de se prender alguém em flagrante delito é um sistema de autodefesa da sociedade, derivada da necessidade social de fazer cessar a prática criminosa e a perturbação da ordem, tendo também o sentido de salutar providência acautelatória da prova da materialidade do fato e da respectiva autoria.<sup>24</sup>

No Código de Processo Penal no art. 302 diz, considera-se em flagrante delito quem está cometendo a infração penal; acaba de cometê-la; é perseguido logo após pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; ou é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser autor da infração.

Para Fernando Capez, prisão em flagrante é uma medida que busca restringir a liberdade do agente surpreendido cometendo ou logo após ter cometido, um crime ou uma contravenção penal, que possui natureza cautelar e processual, que não necessita de autorização ou comando de um juiz competente.<sup>25</sup>

A prisão em flagrante é uma prisão cautelar, onde o agente delituoso é detido no momento em que pratica a infração penal ou logo após ter cometido. Difere-se

---

<sup>23</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 33. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3, p. 461.

<sup>24</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p.370.

<sup>25</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 229.

das outras prisões cautelares em um ponto muito importante que é a desnecessidade de autorização ou comando de juiz competente para ser decretada.

Qualquer prisão cautelar ou prisão pena somente deve ser decretada por juiz competente. Se assim fosse com a prisão em flagrante ineficaz se tornaria esse instrumento. O objetivo é permitir a prisão no momento em que o delito é praticado, portanto impossível seria se dependesse de autorização judicial. Isso não quer dizer que a prisão em flagrante pode ser praticada de qualquer forma. Assim como as outras medidas cautelares, a prisão em flagrante deve obedecer aos requisitos da medida cautelar, *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Para Vicente Greco Filho, a prisão em flagrante existe para permitir a reação social imediata à prática da infração penal e a imediata colheita de provas.<sup>26</sup> Busca-se garantir a apuração das provas com o objetivo de se ver solucionado o crime permitir a aplicação da sanção penal ao agente criminoso.

### 2.1.1. Sujeitos da Prisão em Flagrante

No Código de Processo Penal em seu artigo 301 determina que: “ *qualquer do povo poderá e as autoridades deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante*”. Portanto qualquer pessoa poderá ser o agente ativo da prisão em flagrante. O cidadão presenciando uma ação criminosa poderá, por sua livre escolha efetuar a prisão em flagrante do agente criminoso. Nesse caso a ação do cidadão, agindo em prol da sociedade, não tem caráter obrigatório, trata-se de uma faculdade.

Apesar da legislação permitir que qualquer do povo seja o agente ativo na prisão em flagrante, aquele que efetua a prisão, o que se vê constantemente, agindo como agente ativo na prisão em flagrante são as autoridades policiais. Esses no caso agem com obrigação, não possuem a faculdade de agir. São raras as vezes em que uma pessoa comum do povo da voz de prisão. Isso se deve ao perigo que isso pode representar, pois em uma ação delituosa muitas das vezes o a agente

---

<sup>26</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 266.

criminoso age com violência ou com o uso de armas letais. Na verdade, o recomendado é que em situações onde existe o emprego de armas letais o ideal é deixar que as autoridades policiais ajam como agente ativos do flagrante.

Segundo Tourinho Filho: Para as autoridades, com o descumprimento desse dever, poderá responder pela omissão administrativa ou penalmente. Nesse último caso pode-se configurar crime de prevaricação.<sup>27</sup>

O sujeito passivo da prisão em flagrante, segundo o que prevê o artigo 301 do Código de Processo Penal, também é qualquer pessoal. O importante é observar que nesse caso cabe algumas exceções. Os menores de 18 anos, que são inimputáveis (artigo 228 da Constituição Federal; artigo 27 do Código Penal); os diplomatas estrangeiros, em decorrência de tratado e convenções internacionais, assegurando-lhes imunidade; o presidente da República (artigo 86, parágrafo 3º da Constituição Federal); o agente que socorre vítima de trânsito (Código de Trânsito Brasileiro – Lei n.9.503/97, artigo 301); todo aquele que se apresentar à autoridade, após o cometimento do delito, independentemente do prazo de vinte quatro horas, uma vez que não existe flagrante por apresentação (cf. posição do STF, RT, 616/400).

## 2.1.2. Espécies de Flagrante

### 2.1.2.1. Flagrante Próprio ou Real

Previsto nos incisos I e II do Código de Processo Penal, esse flagrante é a essência do flagrante. Bem fácil de ser identificado, pois estão bem descritas pelo legislador.

Segundo Roberto Delmanto Junior, a situação do inciso I é a situação do flagrante propriamente dito, levando em conta que o agente é pego no momento do

---

<sup>27</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 33. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3, p. 426.

acontecimento, descrição exata do flagrante próprio ou real. Sobre o inciso II o autor também diz tratar-se de flagrante próprio ou real e não de quase-flagrante, mesmo não se amoldando a descrição do flagrante propriamente dito, pois a lei fala que o agente é pego no momento que acaba de cometer o crime. Ele observa que a lei não presume o flagrante nessa modalidade, ao contrário do que se pode observar nos incisos III e IV.<sup>28</sup>

Alguns autores interpretam o inciso II como uma situação de quase flagrante, pois uma pessoa pega após o cometimento do crime pode ser alguém prestando socorro. Entretanto, será considerado flagrante, pois a lei não menciona nenhuma presunção.

#### 2.1.2.2. Quase Flagrante

Previsto no inciso III do Código de Processo Penal, esse flagrante se caracteriza, segundo o autor Roberto Delmanto Junior como, a inexistência da certeza visual da prática do delito, no exato momento de sua prática, que é preenchida por uma presunção.<sup>29</sup>Essa situação se configura quando o autor do crime não se encontra mais no local no momento exato da execução do crime, mas por presunção é possível colocar o agente capturado no local do crime e evitar sua fuga.

É importante observar a expressão “logo após” prevista no inciso III, que na legislação atual não delimita um espaço de tempo, isso permite a especulação por parte da doutrina de que tempo seria apropriado para caracterizar o flagrante.

O autor Roberto Delmato Junior diz que não é possível determinar um tempo para caracterizar o flagrante, pois cada caso é um caso, onde um tempo pré-definido

---

<sup>28</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 99.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 100.

pode ser razoável para uma situação, mas não para outra, então nesses casos ficara ao prudente arbítrio dos juízes.<sup>30</sup>

Outra expressão importante que deve ser levado em consideração é a “perseguido”, pois é extremamente importante para que se possa caracterizar o flagrante. A perseguição precisa ser imediatamente após o delito e deve ser também ininterrupta, não permitindo momentos de tranquilidade para o autor do crime. O autor Julio Fabrini Mirabete explica que a expressão “logo após” do inciso III do artigo 302 do Código de Processo Penal é o intervalo entre a prática do crime e a colheita de informações sobre o autor, que passa a ser perseguidor logo após essa curta averiguação da identidade do agente, por policiais ou por qualquer pessoa.<sup>31</sup> O nobre autor Edgard Magalhães Noronha resume essa modalidade da seguinte forma:

Note-se que também que a referência temporal está ligada à perseguição. Ter-se-ão, então, em vista o momento do delito, o seguimento no encalço do criminoso e as outras circunstâncias do fato que, em seu conjunto, traduzem flagrância, ardência, calor, ainda do crime.<sup>32</sup>

Portanto para essa modalidade de flagrante é importante observar as duas expressões chaves, “logo após” e “perseguido”. Lembrando que não existe um intervalo de tempo predefinido orientando nesse sentido, vai depender de cada caso. Outro ponto que deve ser lembrado é que a perseguição deve ser imediatamente logo após o cometimento do crime e deve ser ininterrupta, não permitindo ao agente criminoso qualquer folga na sua fuga.

### 2.1.2.3. Flagrante Presumido

O Flagrante Presumido está previsto no inciso IV do artigo 302 do Código de Processo Penal e é a modalidade de flagrante onde o indivíduo é pego, achado, logo

---

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>31</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 372.

<sup>32</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Processual Penal**. 28. ed atualizada por Adalberto Jose Q.T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva 2002, p. 211.

após a execução do delito com instrumentos, armas, objetos utilizados ou resultantes da prática do crime.

Para Roberto Delmato Junior, nessa modalidade de flagrante ainda não se sabe quem seria o autor do delito. Ele entende que o agente não é perseguido, mas sim achado.<sup>33</sup> Para Julio Fabrini Mirabete não é preciso que tenha perseguição, mas que o agente seja encontrado logo após o delito com provas que indicam que o mesmo possa ser o autor ou um participante do delito.<sup>34</sup>

Portanto para caracterizar essa modalidade de flagrante o agente delituoso deve ser capturado logo após o crime ser praticado, sem que os agentes que o capturem tenham conhecimento de sua identidade, mas que pelas circunstâncias e pelos objetos que são apreendidos em poder do possível criminoso tenha ligação com o crime que acabou de ser praticado. Nesse caso, o agente capturado pode ser o autor do crime, ou até mesmo um participante. A questão temporal, do momento em que o agente criminoso é “achado”, pois nesse caso não há perseguição, é determinado pelo juiz, que analisando os fatos e as circunstâncias vaia determinar se houve ou não o flagrante.

#### 2.1.2.4. Flagrante Protelado

Esse flagrante não tem previsão no artigo 302 do Código de Processo Penal. Ele surgiu com o advento da Lei 9.034/95 (Lei do Crime Organizado) hoje revogada pela Lei 12.850/2013. Na antiga legislação esse flagrante havia previsão somente no inciso II do artigo 2º, mas devido sua importância na nova legislação ganhou um artigo completo que trouxe novas considerações sobre esse flagrante. Ele está previsto no artigo 8º da Lei 12.850/2013.

O flagrante protelado permite, ao agente que tem a obrigação de efetuar a prisão em flagrante, protelar a execução dessa prisão para permitir que a mesma seja efetuada em momento mais oportuno, possibilitando reunir um maior número de

---

<sup>33</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 103.

<sup>34</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 372.

provas para dismantelar a organização criminosa. O agente agindo assim, não se enquadraria no crime de prevaricação.

#### 2.1.2.5. Flagrante Preparado ou Provocado

Essa modalidade de flagrante não é permitida no ordenamento jurídico brasileiro. O Supremo Tribunal Federal já editou uma súmula sobre o assunto, Súmula 145 que determina: “não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.”<sup>35</sup>

Nesse caso o agente delituoso é levado, induzido ao cometimento de um crime, mas ao mesmo tempo é impedido de concretizá-lo. Na verdade, essa é uma situação de não flagrante. O agente é influenciado por terceiros que também acabam não permitindo que o delito se concretize, impossibilitando a consumação do crime.

Existe a possibilidade de prisão em flagrante nesse caso, quando a prisão se dá por um crime diverso daquele que o agente foi induzido a praticar. Assim entende Guilherme de Souza Nucci quando defende que há situações em que a polícia utiliza esse agente provocador, levando o agente a praticar determinado crime, mas com o intuito de descobrir a autoria e a materialidade de outro. Portanto, a voz de prisão não é dada pelo crime preparado, mas sim pelo outro que foi descoberto graças ao cometimento do outro preparado.<sup>36</sup>

O estimado doutrinador ainda exemplifica com um caso muitas vezes praticado pela polícia onde um policial disfarçado de viciado simula querer comprar droga do traficante não para prendê-lo em flagrante pela venda de drogas, mas sim porque trazia consigo ou tinha em depósito substância entorpecente.

---

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n, 145. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2119> >. Acesso em: 15 mar. 2018.

<sup>36</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008, p. 600.

#### 2.1.2.6. Flagrante Esperado

Esse flagrante se assemelha um pouco ao flagrante preparado, mas nesse caso não existe a ação de um terceiro induzindo o agente a praticar o crime. Nessa situação a polícia é informada, previamente, de que determinado crime será praticado, permitindo assim a adoção de medidas prévias pertinentes ao caso, para, por meio da “campana”, efetuar a prisão em flagrante dos envolvidos no momento exato da prática do delito. Essa modalidade de flagrante é permitida tendo em vista que o agente não foi induzido a praticar o delito.

Para Julio Fabrini Mirabete a grande diferença entre o flagrante provocado e o flagrante esperado reside na consumação ou não do delito. É o que o autor aponta que está descrito na Súmula 145 do STF.<sup>37</sup>

#### 2.1.2.7. Flagrante Forjado

Nessa modalidade de flagrante não existe a ação do suposto agente criminoso, apesar de serem colocadas provas em poder do suposto autor, que levem a crer que o agente é criminoso, essas provas foram forjadas para incriminá-lo. Para o autor Guilherme de Souza Nucci esse flagrante é totalmente artificial, pois foi totalmente forjado por terceiros. É fato atípico, pois a pessoa presa nunca nem pensou em cometer o delito.<sup>38</sup>

### 2.2. PRISÃO TEMPORÁRIA

Introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 7.960/89, tem como objetivo principal garantir o bom andamento das investigações policiais, protegendo

---

<sup>37</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 376.

<sup>38</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008, p. 600.



o inquérito policial, e com o objetivo também de reprimir a prática de crimes graves elencados em seu artigo 1º. Essa modalidade de prisão foi criada por uma medida provisória que foi convertida na lei citada. Considerada uma antiga modalidade de “prisão para averiguação”, prática muito utilizada no meio policial que sempre foi muito criticada.

Como a prisão preventiva exigia condições mais rígidas para ser decretada, sentia-se a necessidade de uma outra modalidade que permitisse que a autoridade policial mantivesse o suspeito detido para poder dar prosseguimento nas investigações sem que o suspeito atrapalhasse o inquérito. O autor Julio Fabrini Mirabete conceitua prisão temporária como sendo a prisão cautelar de natureza processual que tem como principal objetivo possibilitar as investigações de delitos graves, durante a fase de inquérito policial.<sup>39</sup> Fernando Capez conceitua a prisão temporária nos mesmos moldes do autor Julio Fabrini Mirabete.<sup>40</sup>

Rogério Lauria Tucci conceitua como sendo a prisão prévia do indivíduo indiciado no lapso temporal entre o início do inquérito policial por meio de portaria e o momento em que se consegue reunir elementos que possibilitem a prisão preventiva do indiciado.<sup>41</sup>

Como pode-se observar a definição de prisão temporária reside no encarceramento prévio do indivíduo suspeito, que não foi enquadrado pela prisão em flagrante, mas que cometeu um crime grave e necessita ficar temporariamente preso para possibilitar o bom andamento do inquérito policial para permitir a elucidação do crime, e manter afastada do convívio social o indivíduo perigoso. Essa prisão tem tempo máximo previsto em lei. Muitos autores a consideram a prisão para averiguação.

### 2.2.1. Cabimento

---

<sup>39</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 392.

<sup>40</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 243.

<sup>41</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 339-340.

Como já foi dito a prisão temporária tem como objetivo facilitar o trabalho da autoridade policial durante o inquérito, mantendo o indiciado preso, com o objetivo de reunir elementos que levem a materialidade do delito e a autoria do crime. Portanto a prisão temporária será cabível em situações em que o encarceramento do indivíduo for necessária para se alcançar o objetivo do inquérito policial.

Esse tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO TEMPORÁRIA. PRESSUPOSTOS DO ART. 1º DA LEI N. 7.960/1989. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em salientar que o encarceramento provisório do indiciado ou acusado antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, como medida excepcional, deve estar amparado nas hipóteses taxativamente previstas na legislação de regência e em decisão judicial devidamente fundamentada.

2. O art. 1º da Lei n. 7.960/1989 evidencia que o objetivo primordial da prisão temporária é o de acautelar o inquérito policial, procedimento administrativo voltado a esclarecer o fato criminoso, a reunir meios informativos que possam habilitar o titular da ação penal a formar sua opinio delicti e, por outra angulação, a servir de lastro à acusação.

3. O Juiz de Direito se ateuve aos requisitos legais ao apontar a fundada suspeita de autoria delitiva e a imprescindibilidade da prisão temporária para as investigações de crime de homicídio qualificado, evidenciada pela necessidade de identificação e do interrogatório da paciente, não localizada pelas autoridades policiais.

4. Habeas corpus denegado.<sup>42</sup>

A legislação que trata da prisão temporária especificou as hipóteses em que se pode decretar tal prisão. Estão elencados no artigo 1º da lei 7.960/89 as possibilidades cabíveis. Em seu inciso I há a exigência da imprescindibilidade para a investigação criminal, no inciso III são apontados os crimes que permitem a aplicação dessa prisão. No inciso II aponta a possibilidade da prisão se o investigado não possuir residência fixa ou não fornecer os elementos que são necessários para que se esclareça sua identidade.

O inciso primeiro tem fundamento na facilidade que a detenção traz na elucidação do crime com a participação do preso. Seria quase impossível ter que encontrar o indiciado toda vez que fosse necessário interrogá-lo. Mas alguns autores

<sup>42</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 414.341-SP**.

Impetrante: Emilio Sanchez Neto. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Zelia Alves. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 27 de outubro de 2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1649216&num\\_registro=201702191049&data=20171027&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1649216&num_registro=201702191049&data=20171027&formato=PDF)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

mencionam que o texto permitiria até mesmo a prisão de uma testemunha. Já que o texto permite a custódia quando imprescindível para as investigações do inquérito policial. Essa é a crítica feita por Mirabete.<sup>43</sup>

O inciso III traz o rol de crimes que permite a decretação da prisão temporária. Esse rol não é exemplificativo, mas sim taxativo. O legislador elencou esses crimes como sendo graves e que precisavam de uma medida excepcional que pudesse frear o indivíduo e permitir uma rápida investigação das provas acelerando a elucidação do crime.

Diante disso, algumas teorias foram criadas a respeito do cabimento dessa prisão. Para alguns autores a prisão temporária somente poderá ser decretada quando acumulados os três incisos do artigo 1º, além dos requisitos da prisão preventiva. Essa ideia não é seguida por muitos autores, mas essa corrente defende que seria abusiva a decretação da prisão temporária sem a presença dos requisitos exigidos para a prisão preventiva previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Outra corrente defende que o inciso I deve estar sempre presente combinado com o inciso II ou III, podendo estar os dois presentes ou um dos dois.

Também existe a corrente que diz que os incisos I e III devem estar sempre presentes, O STJ encampa a ideia de que a presença dos incisos I e III é suficiente para a decretação da prisão temporária, vejamos:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO TEMPORÁRIA. HIPÓTESES DE CABIMENTO. ART. 1º, I E III, "A", DA LEI Nº 7.960/89. Atendidos os requisitos previstos no art. 1º, I e III, "a", da Lei nº 7.960/89, afigura-se perfeitamente cabível a decretação da prisão temporária. (Precedentes.). Recurso desprovido.<sup>44</sup>

Pode-se observar 3 correntes mais fortes dentre as citadas. A primeira é aquela que não tem muitos defensores e prega que os 3 incisos devem estar presentes para a decretação da prisão temporária. Entre os defensores estão Antonio Lopes Monteiro, Fernando da Costa Tourinho Filho. Uma outra corrente, a

<sup>43</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 393.

<sup>44</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 14.729-SP**. Recorrente: Reginaldo Marques de Oliveira e Outro. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, 29 de março de 2004. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=457266&num\\_registro=200301289407&data=20040329&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=457266&num_registro=200301289407&data=20040329&formato=PDF) >. Acesso em: 15 mar. 2018.

segunda, defende que os incisos são autônomos. Cada inciso tem força suficiente para determinar a prisão temporária, não havendo a necessidade de vinculação de incisos. Essa corrente é seguida por Júlio Fabrini Mirabete, Mario Portugal Fernandes Pinheiro, Edmundo Oliveira, Diaulas Costa Ribeiro, João Gualberto Garcez Ramos.

A terceira corrente é seguida pela maioria da doutrina e é seguida também pela maioria da jurisprudência. Ela defende que como o *periculum libertatis* está presente nos incisos I e II, basta somente um deles para caracterizar a presença do risco da liberdade do indivíduo. Para caracterizar o *fumus boni iuris* seria necessário a presença do inciso III. Sendo assim essa corrente entende que para a decretação da prisão temporária bastaria a combinação dos incisos I ou II com o inciso III. Alguns dos doutrinadores que defendem essa ideia são Ada Pellegrini Grinover, Patrícia dos Santos André, Bruno Teixeira Lino, Damásio Evangelista de Jesus, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fernando Capez, Antonio Scarance Fernandes, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, Eneyda Orbage Taquary e Arnaldo Siqueira de Lima.

### 2.2.2. Decretação

De acordo com o artigo 2º da Lei 7.960/89 a prisão temporária somente poderá ser decretada por juiz competente, quando julgar adequada. Essa mesma ideia é prevista na Constituição Federal, cabendo exceção somente quanto a prisão em flagrante delito. Apesar da prisão temporária ocorrer em sede de inquérito policial, momento em que ainda não existe ação penal, é o juiz que detêm a competência para decretar a prisão, não sendo permitido o decreto pelo delegado de polícia.

Vale lembrar também que o juiz não poderá decretar a prisão temporária de ofício, sendo necessário a representação da autoridade policial ou o requerimento do Ministério Público. Assim diz Mirabete:

Não se prevê, portanto, a possibilidade de decretação de ofício, pelo juiz, mesmo porque a medida só se justifica durante o inquérito policial. Mesmo que o inquérito inconcluso chegue às mãos do juiz, por exemplo com pedido de prazo para ulatimação etc., não pode o magistrado determinar, sem pedido, a custódia que é sempre condicionada à iniciativa da autoridade policial ou do Ministério Público.<sup>45</sup>

No parágrafo 1º do artigo 2º da lei determina que na hipótese de representação da autoridade policial o juiz antes de decidir deverá ouvir o Ministério Público. No parágrafo 2 do mesmo artigo determina que o juiz deverá fundamentar sua decisão e deverá fazer em 24h contados a partir do recebimento da representação ou requerimento, sob pena de nulidade. Para garantir a integridade do preso à lei também prevê a garantia de que ele ficará preso em lugar diferente dos presos normais. Segundo Helio Tornaghi a prisão temporária é instrumento cautelar, com fundamento na mera suspeita e possui pressupostos mais frágeis que nas outras prisões, portanto um cuidado maior da legislação em conferir a separação dos presos.<sup>46</sup>

É bom mencionar que a Lei de Execução Penal também prevê essa separação de presos no seu artigo 84, onde estabelece que presos condenados deverão ficar presos separados dos presos provisórios.

Ainda há na Lei a previsão em seu artigo 5º de um plantão permanente de 24 (vinte e quatro) horas do Poder Judiciário e do Ministério Público, em todas as comarcas e seções judiciárias, com o objetivo de apreciar os pedidos de prisão temporária. Levando-se em consideração a urgência que rodeia as prisões cautelares o legislador achou por bem prevê esse plantão de 24 (vinte e quatro) horas.

Para conhecimento, é importante mencionar que a lei não prevê que o preso temporário sofrerá de incomunicabilidade, vedado pela Constituição Federal. Ele poderá manter contatos com advogado, parentes ou quaisquer outras pessoas, sempre respeitando os regulamentos sobre visitas dos estabelecimentos prisionais. A importância em pontuar essa situação está no fato de que na Medida Provisória número 111, que deu origem à Lei 7.960/89, previa tal possibilidade, o que não foi mantido pela Lei.

---

<sup>45</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 395.

<sup>46</sup> TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 85.

### 2.2.3. Prazo

A prisão temporária tem esse nome justamente porque seu prazo é determinado pela lei. Esse prazo está previsto no *caput* do artigo 2º da Lei 7.960/89. O artigo mencionado diz que a prisão terá prazo de 5 (cinco) dias, podendo prorrogar por igual período “em caso de extrema e comprovada necessidade”. No artigo. 2º, §7º, Lei 7.960/89 prevê que decorrido o prazo de 5 dias e não houver sido prorrogada a prisão, o preso deve ser imediatamente colocado em liberdade, salvo se tiver sido decretada sua prisão preventiva.

Existe exceção há esse prazo nos casos previstos na Lei 8.702/90 quando tratar-se de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins e de terrorismo, esse prazo será de 30 (trinta) dias, também prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Sobre o assunto Alberto Silva Franco entende que o aumento desse prazo nos crimes hediondos tem como único objetivo estigmatizar eventuais autores desses crimes.<sup>47</sup>

Antonio Lopes Monteiro afirma que houve uma derrogação tácita do artigo 10 do Código de Processo Penal, modificando o prazo máximo para o término do inquérito policial quando o indiciado estiver preso temporário que era de 10 dias passariam a serem 30 dias.<sup>48</sup>

Alberto Silva Franco discorda completamente dessa interpretação:

Tal entendimento produziria a equiparação entre quem foi preso em flagrante delito e quem teve decretada a prisão temporária. Essa uniformidade de tratamento é, de todo, inaceitável, não sendo tolerável que a autoridade policial possa prorrogar a entrega do inquérito policial de preso em flagrante até sessenta dias após a prisão. Entendimento nesse sentido levaria, sem dúvida, a incluir mais sessenta dias no prazo de oitenta e um dias fixado para o desfecho do processo de réu preso, o que representaria um total absurdo. Não há como igualar as duas situações. Se o acusado foi preso em flagrante e o flagrante foi mantido, não sendo concedida ao preso a liberdade provisória, ficou patente a presença dos dados autorizadores da prisão preventiva (parágrafo único do art. 310 do CPP). É óbvio que nessa situação o inquérito policial deverá ser levado a juízo no prazo improrrogável de dez dias. Se, no entanto, se decretou a prisão temporária,

<sup>47</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**: anotações sistemáticas à lei 8.072/90. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 362.

<sup>48</sup> MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes hediondos**: texto, comentários e aspectos polêmicos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p.131.

por não haver ainda consistência fática suficiente para a prisão preventiva, é aplicável, tendo sempre presente a ponderação judicial a respeito da manutenção do juízo de sua necessidade, a Lei 7.960/89. O que não parece correto é fazer com que os prazos deferidos na Lei 7.960/89 contaminem o prazo do art. 10 do Código de Processo Penal. Ao contrário de entender derogado parcialmente o art. 10 do Código de Processo Penal, seria sempre mais apropriado que a autoridade judicial, verificada a necessidade de medida de cautela, substituísse a prisão temporária pela prisão preventiva.<sup>49</sup>

O prazo da prisão será contado a partir do dia em que o representado ou o requerido for colocado em cárcere, mesmo que seja no último minuto do dia.

### 2.3. PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva está prevista nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal. Tourinho Filho conceitua a prisão preventiva como sendo uma espécie do gênero - prisão cautelar de natureza processual. O autor entende que na essência toda prisão decretada antes da condenação final, com trânsito em julgado, possui a característica essencial de ser preventiva. Ele chega a dizer que a até mesmo a prisão em flagrante é uma prisão preventiva lato sensu.<sup>50</sup>

Para Guilherme de Souza Nucci denomina-se prisão preventiva, a medida cautelar, privativa de liberdade, que tem como objetivo garantir que o processo penal tenha seu andamento normal para cumprir com seu objetivo. Isso se aplica quanto ao inquérito policial, a segurança pública e a garantia de aplicação da lei penal.<sup>51</sup> Na visão do autor, a prisão preventiva é uma medida cautelar, utilizado pelo Estado para garantir o bom andamento da instrução criminal, manter seguro a sociedade e garantir a aplicação da lei penal. Tudo isso é garantido com a restrição da liberdade do agente que em tese praticou uma conduta criminosa.

O autor Rodrigo Capez lembra bem ao mencionar que não é permitido a prisão preventiva em casos de infração penal que não prevê a pena privativa de

---

<sup>49</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**: anotações sistemáticas à lei 8.072/90. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 363-364.

<sup>50</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3, p. 513.

<sup>51</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão, medidas alternativas e liberdade**: comentários à lei 12.403/2011. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 89-90.

liberdade.<sup>52</sup> Seria desproporcional permitir que se colocasse em cárcere alguém que cometeu uma infração penal que no final do processo não poderia ser penalizado com a prisão. Portanto as medidas cautelares de prisão somente se aplicam as infrações penais que preveem como punição a prisão. A prisão preventiva é a mais importante das medidas cautelares existente no ordenamento jurídico brasileiro tendo em vista sua abrangência, podendo ser aplicada desde a instrução criminal até a sentença sem trânsito em julgado.

Nucci ainda aponta que em tese as prisões cautelares de certa forma ofendem o princípio da inocência, previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, quando decretada antes da condenação definitiva. Mas essa afronta, segundo o autor é apenas aparente, pois a medida cautelar se destina a garantir a segurança pública de maneira emergencial, bem como garantir o decurso de um processo rápido e eficiente. Ele aponta como fundamento para isso a Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.”<sup>53</sup>

Falando sobre o mesmo assunto o autor Antônio Alberto Machado defende que se as medidas cautelares de prisão forem utilizadas no contexto correto poderá seim existir harmonia entre elas e o princípio da presunção da inocência, vejamos:

(...)não obstante a adoção do princípio da inocência pelo legislador constituinte, o próprio texto constitucional vigente admitiu também a prisão provisória ou cautelar, ao lado daquele princípio, uma vez que permitiu a prisão —por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competentell (art. 5º, inciso LXI), sem fazer qualquer restrição à oportunidade processual de tal medida cautelar – se antes, no curso ou no fim do processo. Tal significa dizer que, se a presunção de inocência é princípio com dignidade constitucional, as prisões cautelares também se encontram nesse patamar de hierarquia legislativa, e podem, portanto, conviver perfeitamente com esse princípio dentro do mesmo sistema constitucional. Logo, sob tal ponto de vista formal, não haveria nenhuma restrição jurídico-constitucional às prisões provisórias em face da presunção de inocência.<sup>54</sup>

Portanto, para que não aja essa afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência, a prisão cautelar, deve ter como objetivo a

---

<sup>52</sup> CAPEZ, Rodrigo. **Prisão e medidas cautelares diversas**: a individualização da medida cautelar no processo penal. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 408.

<sup>53</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão, medidas alternativas e liberdade**: comentários à lei 12.403/2011. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 90.

<sup>54</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 239-240.



instrumentalidade, proteção aos fins perseguidos no processo penal. “Essa reconhecida necessidade social é que acaba por explicar a convivência harmoniosa entre a prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência.”<sup>55</sup>

Bechara diz ainda que a aplicação das prisões cautelares deve seguir a excepcionalidade, levando-se em consideração tratar-se de medida que leva a restrição de liberdade do indivíduo, antes mesmo de decisão final do processo com trânsito em julgado.<sup>56</sup>

Essa posição também podemos encontrar na jurisprudência dos Tribunais Superiores, vejamos:

No Supremo Tribunal Federal:

“O princípio da não culpabilidade direciona a ter-se a prisão preventiva como exceção. Incube, de regra, apurara para, depois de formada a culpa, prender, excetuando-se a pena.”<sup>57</sup> (HC 113.283/SP, 1ª Turma, Min. Rel. Marco Aurélio, 04.06.2013)

No Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CAUTELAR. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Não pode subsistir a decisão que decreta o encarceramento preventivo pautada unicamente no parecer ministerial, que, por sua vez, também não indica elementos específicos do caso que apontem, concretamente, a necessidade da medida cautelar extrema.

2. A prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade.

3. Ordem concedida para, confirmando o deferimento liminar, assegurar ao paciente que possa aguardar em liberdade o julgamento da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o Juízo a quo, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei nº 12.403/2011, ressalvada, inclusive, a

<sup>55</sup> BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 161.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 161.

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 113.283-SP**.

Impetrante: Persio Vinicius Antunes. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Marcelo Carvalho Fontes Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 08 de agosto de 2013. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28113283%2EENUME%2E+OU+113283%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8er9yry> >. Acesso em:

15 mar. 2018.

possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade.<sup>58</sup>

Portanto não existe dúvida que as prisões cautelares podem ser decretadas em qualquer fase do processo, bastando para tanto que estejam alicerçadas e fundamentadas na instrumentalidade e na excepcionalidade, evitando assim conflitos com princípios constitucionais que garante a liberdade de qualquer indivíduo que ainda não tenha contra si sentença penal transitada em julgado. O direito à liberdade é um direito muito importante, figurando muitas vezes como o segundo maior dos direitos, ficando atrás somente do direito à vida. Assim, qualquer decisão que tenha como objetivo privar alguém desse direito deve ser muito bem fundamentada e seguir à risca os mandamentos legais.

A prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase do inquérito policial ou da ação penal, neste último caso até o trânsito em julgado da sentença condenatória, mas atualmente, na fase de inquérito policial o usual é a decretação da prisão temporária prevista na Lei 7.960/89, pois tem se mostrado muito mais rápida e eficaz.<sup>59</sup> Lembrando que para a decretação da prisão temporária é necessário observar o rol taxativo de crimes que permitem essa prisão. Em casos onde a prisão temporária não é possível, poderá ser utilizado a prisão preventiva.

Além de ter caráter excepcional, a prisão preventiva possui condições para o seu cabimento. Essas condições estão previstas no artigo 313 do Código de Processo Penal. O artigo determina que a prisão preventiva será permitida nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado e; 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.

---

<sup>58</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 343.863-SP**.

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Davyson Maurício Augusto da Silva. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 21 de outubro de 2016. Disponível em: <

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1545430&num\\_registro=201503063021&data=20161021&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1545430&num_registro=201503063021&data=20161021&formato=PDF) >. Acesso em: 15 mar. 2018.

<sup>59</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão, medidas alternativas e liberdade**: comentários à lei 12.403/2011. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 91.

O autor Rodrigo Capez elenca 3 (três) tipos de prisão preventiva: A primeira seria a autônoma ou originária, a segunda seria a substitutiva e a terceira seria a conversão. A prisão autônoma ou originária somente será aplicada se o indivíduo estiver solto ou preso temporariamente, em qualquer fase do inquérito ou da ação penal desde que se enquadre em uma das hipóteses do artigo 313 do Código de Processo Penal e pelo menos um dos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal. A prisão substitutiva ocorre quando o indivíduo descumpra outra medida cautelar imposta como alternativa a prisão. Seria uma prisão sanção. Nessa modalidade como se trata de uma sanção ao descumprimento de outra medida cautelar, não está vinculado as hipóteses do artigo 313 do Código de Processo Penal. Mesmo que não se enquadre nas hipóteses do citado artigo, a prisão preventiva poderá ser decretada como forma de sanção.<sup>60</sup>

A prisão conversão acontece em caso de prisão em flagrante delito. O Juiz analisando o caso concreto, verificando preencher as hipóteses e requisitos para a decretação da prisão preventiva, poderá converter a prisão em flagrante em prisão preventiva. Existe divergência na doutrina sobre esse assunto, onde uma corrente defende que para a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva não é necessário se enquadrar nas hipóteses do artigo 313 do Código de Processo Penal, pois o artigo 310 só faz menção ao artigo 312 do Código de Processo penal. Essa corrente é defendida por Fernando Capez, vejamos:

(...) a lei só exige dois requisitos: uma das situações de urgência prevista no art. 312 do CPP + a insuficiência de outra medida cautelar em substituição à prisão (CPP, art. 319). O tratamento foi distinto, tendo em vista a diversidade das situações. Na preventiva convertida, há um agente preso em flagrante e o juiz estaria obrigado a soltá-lo, mesmo diante de uma situação de *periculum in mora* [*rectius, periculum libertatis*], porque o crime imputado não se encontra dentre as hipóteses autorizadas da prisão (...). Já na decretação autônoma da custódia cautelar preventiva, o réu ou indiciado se encontra solto, e o seu recolhimento ao cárcere deve se cercar de outras exigências. Não se cuida de soltar quem não pode ser solto, mas de recolher ao cárcere quem vinha respondendo solto ao processo ou inquérito. Daí a diversidade de tratamento legal.<sup>61</sup>

Outra corrente entende que para a conversão será necessário se enquadrar em uma das hipóteses do artigo 313 do Código de Processo Penal e em um dos

---

<sup>60</sup> CAPEZ, Rodrigo. **Prisão e medidas cautelares diversas**: a individualização da medida cautelar no processo penal. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 414.

<sup>61</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 340-342.

requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Assim defende essa corrente o autor Antônio Scarance Fernandes:

(...) inexistindo razão para não exigí-las na prisão derivada do flagrante, com base no frágil argumento de que o artigo 310, II, do Código de Processo Penal, ao se referir à conversão da prisão em flagrante em preventiva, apenas faz remissão ao artigo 312. O Tratamento desigual à pessoa presa em flagrante somente seria justificável se fosse sustentado por especiais exigências cautelares, que, todavia, inexistem, não podendo ser extraídas do simples fato de a pessoa ser pilhada no momento em que realiza o crime. Isso apenas dá maior aparência de cometimento da infração penal, mas não ampara diferentes exigências de condições para a prisão, condições essas assentadas em quantidades das penas dos crimes (inciso I, do artigo 313, CPP) ou em condenação anterior da pessoa (inciso II, do artigo 313, CPP).<sup>62</sup>

Essa segunda corrente parece ser a mais acertada, e é mais defendida. Não teria lógica essa diferenciação. As hipóteses e requisitos devem ser seguidos em qualquer uma das modalidades de prisão preventiva. Se elas foram impostas a prisão preventiva, pouco importa se a prisão é originária ou se é conversão. Para decretação de prisão preventiva são claros na lei a exigência das hipóteses e dos requisitos, que deve ser seguido em qualquer modalidade de prisão preventiva. A prisão preventiva é medida excepcional e sua decretação deve seguir critérios rígidos para que injustiças não sejam praticadas. Lembrando que em primeiro lugar deve-se defender os princípios constitucionais.

---

<sup>62</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 294.

### 3. REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA

#### 3.1. GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA

Esse requisito foi criado com a edição da Lei 8.884/94 que trata dos “crimes de colarinho branco”, e que modificou o artigo 312 do Código de Processo penal, adicionando como requisito a “garantia da ordem econômica” como fundamento para a decretação da prisão preventiva. Esse requisito, assim como a garantia da ordem pública, tem sido muito debatido, pois a legislação não trouxe uma definição precisa do que seria essas garantias e como esses requisitos podem ser usados para fundamentar a prisão preventiva.

Segundo Edilson Mougnot Bonfim, a prisão cautelar tem como objetivo impedir que o agente criminoso continue a praticar atividades que afetem negativamente a ordem econômica e financeira do país. Assim, esse fundamento tem como único objetivo impedir novos prejuízos ao Estado, desarticulando o criminoso ou a organização criminosa envolvida em atividades criminosas de cunho financeiro e econômico.<sup>63</sup>

Portanto, a prisão com esse fundamento busca impedir a prática de crimes contra a ordem econômica, tributária e contra o sistema financeiro nacional. O importante a ser observado na decretação da prisão preventiva, fundamentado nesse argumento, é que a decretação está baseada na gravidade concreto do crime, levando-se em consideração o tamanho da lesão causada pelo agente.

Esse fundamento levanta discussões na doutrina que levanta a possibilidade de o fundamento ser inconstitucional. Isso acontece porque esse fundamento perde seu caráter cautelar, antecipando os efeitos da condenação, tendo em vista que a garantia da ordem econômica possui objetivos simplesmente repressivos. Se a ideia do fundamento é coibir novas fraudes ao mercado financeiro, o mais acertado seria punir a pessoa jurídica, aplicando outros tipos de sanção.

---

<sup>63</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 518.

A prisão baseada nesse fundamento também não visa restituir o Estado pelos prejuízos sofridos, tendo em vista existir outros mecanismos para esse objetivo. O único objetivo dessa medida é dar uma resposta à sociedade e manter a credibilidade da justiça.

Para o autor Eugenio Pacelli de Oliveira, a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem econômica não traria grandes efeitos minimizadores gerados pelo grande prejuízo causado ao Estado. Segundo o autor, a melhor maneira de garantir a ordem financeira e econômica seria pelo sequestro e indisponibilidade dos bens dos possíveis responsáveis pelo crime.<sup>64</sup>

Esse fundamento também recebe críticas do autor Tourinho Filho, vejamos:

Em rigor, toda prisão preventiva deve ter uma finalidade eminentemente cautelar, no sentido de instrumento para a realização do processo (preservação da instrução criminal) ou para a garantia de seus resultados (assegurar a aplicação da lei penal). Como a prisão decretada como garantia da ordem econômica não apresenta caráter cautelar, é medida esdrúxula, estúpida, grosseira. Sua esdruxularia repousa na circunstância de não ser ela a medida ideal para coibir os abusos contra a ordem econômica. Antes, tem acentuadas e inequívocas funções repressivas. Se a medida visa a preservá-la, evitando a ganância, a auri sacra fames, o certo seria adotar uma espécie de medida de segurança à maneira daquelas que havia, entre nós, até antes da reforma da parte geral do nosso Código Penal. Que sejam previstas sanções contra a empresa. Para nós, trata-se de medida sem nexo e inútil.<sup>65</sup>

Aury Lopes Júnior também defende essa corrente, pois o autor entende que se o objetivo é averiguar especulação financeira, transações fraudulentas, o caminho passa pelas sanções à pessoa jurídica, o direito administrativo sancionador, as restrições comerciais, mas nunca pela intervenção penal, muito menos prisão preventiva. Para o autor o melhor caminho seria o “engessamento” do patrimônio para evitar a reiteração criminosa.<sup>66</sup>

Portanto, mais acertado seria a utilização de outros meios para coibir a reiteração criminosa. Sem mencionar que não era necessário esse requisito figurar no Código de Processo Penal, tendo em vista que na Lei 7.492/86, que trata sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei do colarinho branco), em seu artigo 30, já prevê a prisão preventiva em razão da magnitude da lesão causada.

<sup>64</sup> OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 555.

<sup>65</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3, p. 561.

<sup>66</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 662-663.

Para Odone Sanguiné o conceito de garantia da ordem econômica se iguala ao de ordem pública, levando em conta que os dois se destinam a se evitar a prática de novas infrações penais, mas somente em relação a isso, pois as hipóteses legais possíveis de ameaça a ordem econômica se resumem aos crimes contra a ordem econômica (Lei 7.492/86); contra o sistema financeiro nacional (Lei 7.492/86); contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo (Lei 8.137/90); contra o consumidor (Lei 8.078/90); de lavagem de dinheiro (Lei 9.613/98) e contra a economia popular (Lei 1.521/51).<sup>67</sup>

### 3.2. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL

Esse fundamento se enquadra quando no caso concreto a liberdade do suposto agente criminoso pode colocar em risco as provas do procedimento investigatório, por meio de ameaças, aliciamento ou suborno de testemunhas; destruição do material colhido como provas. Assim a prisão preventiva é decretada para prevenir que a instrução criminal sofra prejuízos causados pelo indiciado solto. É isso, garantir o bom andamento da instrução criminal que dá ao fundamento características de instrumento da ação principal, reforçando a ideia de medida cautelar.

Segundo Mougnot “trata-se de segregar o acusado para impedir sua atuação com vistas a influenciar a colheita das provas.”<sup>68</sup> Tourinho Filho lembra que o uso da prisão preventiva só se justifica para impedir que o indiciado prejudique a obtenção da verdade.<sup>69</sup>

O objetivo da prisão preventiva com esse fundamento é garantir um processo justo, livre de qualquer interferência ilegal, que permita a elucidação do crime com segurança para as partes envolvidas e para as testemunhas. Permite também ao júízo a formação de sua livre convicção sem interferências e sem ilegalidades. A

---

<sup>67</sup> SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 336-337.

<sup>68</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 519.

<sup>69</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 560.

prisão nesse sentido serve como um instrumento do inquérito policial, busca-se garantir o bom andamento desse procedimento. Essa é a principal característica das prisões cautelares, pois busca-se ser instrumento do processo principal.

Guilherme de Souza Nucci doutrina que:

A conveniência da instrução criminal é restrita. Liga-se, basicamente, à atuação do réu em face da captação das provas. Se a sua atitude for imparcial, inerte e contemplativa, permitindo toda a sorte de acontecimentos, não há inconveniência para que permaneça solto. Todavia, caso resolva agir, impedindo a escorreita atuação estatal na colheita das provas e no regular trâmite do processo, passa a se tornar inconveniente que permaneça solto.<sup>70</sup>

Há quem diga, como Martins, depois que se encerrou a instrução criminal, faltando apenas ouvir as partes para que haja uma decisão judicial, não existe mais a possibilidade de se manter preso sob esse fundamento.<sup>71</sup> Portanto como o juízo já possui todas as informações e provas para formação de sua convicção, não justifica manter o réu preso sob esse fundamento, nesse caso caberia uma revogação da prisão preventiva, pois o requisito que fundamentava a prisão não existe mais, tornando a prisão desmotivada.

A prisão preventiva fundamentada na conveniência da instrução criminal somente deverá ser utilizada em casos em que o acusado poderá prejudicar o andamento das investigações, se em liberdade for mantido. Se o acusado em liberdade começar a sumir com as provas e vestígios, constranger as testemunhas, ou suborna-las poderá ser colocado no cárcere preventivo fundamentado na conveniência da instrução criminal.

Segundo Pacelli, quando a prisão está fundamentada na conveniência da instrução criminal, “esta-se diante de uma cautelar *endopersecutória*, justamente por se apresentar como instrumento de tutela do próprio processo – ou mesmo da investigação! -, assegurando o desembaraço de seu curso.”<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**: De acordo com a Lei 12.403/2011. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 93.

<sup>71</sup> MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prisão Provisória**: Medida de Exceção no Direito Criminal Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2004, p. 112.

<sup>72</sup> PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. **Prisão Preventiva e Liberdade Provisória**: A reforma da Lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013, p. 104.



Outra discussão que rodeio esse fundamento está na expressão usado pelo legislador quando diz “conveniência”. Muitos doutrinadores condenam essa expressão por entenderem que uma prisão fundamentada na mera conveniência não está revestida de seriedade que esse instituto merece. Constitucionalmente ninguém pode ser preso por mera conveniência, assim estaria ferindo princípios de direitos constitucionais, como o princípio da presunção de inocência ou ao direito a liberdade. Uma mera conveniência não pode se sobrepor a esses direitos protegidos pela Constituição Federal. Essa expressão não pode ser confundida com comodidade. Ninguém pode ser preso por comodidade. Para Capez, conveniência precisa ser lido como necessidade.<sup>73</sup>

### 3.3. ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL

Esse fundamento tem como objetivo principal garantir que o acusado cumpra a pena se ao final da ação penal o juiz condená-lo. Serve para garantir que o réu não fuja para outro estado ou país ou se oculte no distrito da culpa. Também tem caráter instrumental, pois visa evitar que a lei deixe de ser aplicada, impedindo o bom andamento do processo. Tem características originais de uma prisão preventiva que tem natureza cautelar.

Para Rodrigo Capez, a necessidade da prisão preventiva, se sobrepondo ao direito de liberdade do acusado, para assegurar a aplicação da lei penal, tem natureza cautelar, pois tem como objetivo proteger os fins do processo (cautela final).<sup>74</sup> Como dito pelo autor esse requisito da prisão preventiva, está bem amoldado à natureza jurídica da prisão, que se impõe ao acusado, sobrepondo-se ao seu direito de liberdade por possuir caráter cautelar. A prisão nesses casos funciona como um instrumento da ação penal, garantindo que o resultado final da ação seja aplicado.

---

<sup>73</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 337.

<sup>74</sup> CAPEZ, Rodrigo. **Prisão e medidas cautelares diversas**: a individualização da medida cautelar no processo penal. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 466.

Nucci entende que para os casos onde o réu ou o indiciado não consiga comprovar possuir endereço fixo, ou ocupação lícita, a aplicação da prisão preventiva não será permitida. Segundo o autor a prisão decretada sob esse argumento é inexecutável diante da realidade brasileira que possui grande parte da sua população vivendo em condições, muitas vezes desumana, sem falar que os índices de desemprego são altíssimos, ou até mesmo os dois casos. Para ele a prisão somente poderá ser decretada para assegurar a aplicação da lei penal quando um desses argumentos estiver associado a outro fator concreto existente.<sup>75</sup>

O simples fato do acusado não possuir, ou não conseguir comprovar endereço fixo ou ocupação lícita, por si só não tem força para justificar a prisão preventiva baseado no fundamento para assegurar a aplicação da lei penal. Nesses casos algo mais concreto deve ser comprovado para justificar tal medida extrema.

Para Sanguiné as circunstâncias que levam ao risco de fuga devem ser justificadas por elementos concretos, pois segundo o autor não se pode confundir a presunção de fuga (juízo de probabilidade) com circunstâncias fáticas dele determinantes.<sup>76</sup> Como visto e defendido por vários autores as circunstâncias levantadas para comprovar o risco de fuga do acusado devem ser concretas. Como a prisão é uma medida extrema não permite que decisões vagamente fundamentadas sejam proferidas.

Rodrigo Capez afirma que não se pode depreender o risco de fuga, isoladamente, apenas da gravidade abstrata da imputação, da reincidência do agente ou da elevada pena que recebeu em sentença recorrível, sem que existam outros elementos que levem a convicção de que o acusado vá se evadir.<sup>77</sup>

Também não basta apenas a mera expectativa de fuga, é necessário existir indícios de que o acusado, materialmente vá realmente se valer da fuga para fugir da aplicação da lei penal, pois se assim não for poder-se-ia prender qualquer

---

<sup>75</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**: De acordo com a Lei 12.403/2011. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 94.

<sup>76</sup> SANGUNÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 255-269.

<sup>77</sup> CAPEZ, Rodrigo. **Prisão e medidas cautelares diversas**: a individualização da medida cautelar no processo penal. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 467.

pessoa. O autor também enfatiza que a condição financeira do acusado, sua rotina de viagens frequentes a trabalho ou a turismo, também não podem justificar o decreto preventivo com fundamento em assegurar a aplicação da lei penal.<sup>78</sup>

Portanto, apesar desse fundamento ser bem aceito pela doutrina e pela jurisprudência, não se pode aplica-lo de forma genérica, baseado em simples especulações. A fundamentação deve ser baseada em justificativas concretas que realmente demonstrem que existe o risco de fuga do acusado. A prisão preventiva baseada nesse fundamento encontra forte identidade com a natureza jurídica da prisão cautelar, que é aplicada para garantir que a lei penal seja aplicada, impedido a evasão do acusado, permitindo que o resultado final da ação seja aplicado.

#### 3.4. PELO DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR IMPOSTA

Esse requisito se encontra no parágrafo único do artigo 312 do Código de Processo Penal “a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.” Em casos como esse, a prisão preventiva pode ser decretada mesmo que o delito tenha pena igual ou inferior a quatro anos, pois houve o descumprimento de outra medida previamente.<sup>79</sup>

Nada mais justo que se uma medida cautelar for deferida ao acusado no lugar da prisão preventiva, nos casos de descumprimento dessa medida seja aplicada a prisão. Portanto nos casos de descumprimento, nada mais resta ao Estado aplicar a última opção que acabou sobrando, que é decretar a prisão preventiva.<sup>80</sup>

Bom lembrar que o verbo empregado no texto do parágrafo único do artigo 312 do Código de Processo Penal permite ao juiz escolher se a prisão é ou não a

---

<sup>78</sup> SANGUNÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 254.

<sup>79</sup> NICOLITT, André. **Lei nº 12.403: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 70.

<sup>80</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: De acordo com a Lei 12.403/2011**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 94.

melhor medida a ser aplicada ao caso concreto. O verbo “poderá” não impõem ao juiz a obrigação de decretar a preventiva em caso de descumprimento de outra medida cautela imposta ao acusado. O juiz terá liberdade pra aplicar ou não a prisão preventiva.<sup>81</sup> Esse fundamento é uma medida excepcional, pois possui caráter subsidiário.

Sendo assim, a interpretação dada ao dispositivo é que o indivíduo foi agraciado com uma medida mais branda, diversa da prisão preventiva, portanto, se ele por vontade própria decidiu descumprir, mesmo sabendo das consequências que poderia suportar, entende-se que o mesmo abriu mão da oportunidade de não ser preso preventivamente. Pela quebra da confiança o Estado, representado pelo juiz, poderá em substituição da medida mais branda, decretar a prisão preventiva do indivíduo.

---

<sup>81</sup> POLASTRI, Marcellus. **A Tutela Cautelar no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas S.a, 2014, p. 226.

#### 4. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA

Neste último capítulo será apresentado o último requisito que permite a prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro. Esse fundamento tem levantado muita discussão no meio doutrinário, pois vários autores condenam esse fundamento para a prisão preventiva. Esse capítulo será o foco desse trabalho, que demonstrará as divergências existentes e o motivo dessa divergência.

A garantia da ordem pública é um dos fundamentos mais utilizados para decretação da prisão preventiva. Um dos motivos que geram polemica no uso desse fundamento é a expressão “ordem pública”, que atualmente não existe um significado concreto do que seja. Além da falta de uma definição legal do que se pode entender por “ordem pública”, muitos doutrinadores não aceitam esse fundamento para decretação da prisão cautelar.

Muitos entendem que esse fundamento não possui natureza jurídica de medida cautelar, portanto não poderia ser utilizado, pois se estaria ferindo princípios fundamentais previstos na Constituição Federal. Para demonstrar essas divergências, serão apresentadas posições doutrinárias e jurisprudências dos tribunais superiores.

Dos requisitos que são previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal os únicos que possuem características de cautela é a conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal, os outros dois não possuem essa características. Esses que possuem características de cautelar são na essência os que representam de fato a natureza jurídica da prisão preventiva, que tem como objetivo ser um instrumento a serviço de um instrumento. A garantia da ordem pública e da ordem econômica tem finalidade de defesa social, já a conveniência da instrução criminal tem finalidade de cautela instrumental, e por fim o assegurar a aplicação da lei penal tem finalidade de cautela final.<sup>82</sup>

---

<sup>82</sup> CAPEZ, Rodrigo. **Prisão e medidas cautelares diversas**: a individualização da medida cautelar no processo penal. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 451.

A prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública esteia-se em entendimentos de ordem material e não processual, gerando grande conflito a respeito de sua constitucionalidade.<sup>83</sup> Rodrigo Capez entende que esses requisitos são despidos de qualquer natureza cautelar, portanto nem poderia se falar em prisão cautelar, mas em prisão provisória.<sup>84</sup> Tentando entender esse fundamento alguns doutrinadores arriscam definir ou dar significado a expressão “ordem pública”. Fabio Bechara assim discorre sobre essa expressão:

O substantivo “ordem pública” designa a necessidade de presença de certas condições, sem as quais aquele estado de coisas, que caracteriza a ordem, não se sustentaria, mas modificaria até acarretar a desordem. A ordem, porém, é um conceito que envolve não só a realidade como ela é, mas indica como a realidade deve ser (...). A noção de ordem pública por sua vez, constitui o estado de coisas que representa a normalidade da vida coletiva de uma determinada sociedade. A ideia de normalidade é eminentemente relativa, e pode ser caracterizar como ausência de anomalias, de condições perturbadoras, ou, ainda, como a presença de condições positivas bem determinadas (...).<sup>85</sup>

O mesmo autor ainda diz que no processo penal o conceito de ordem pública está relacionado e é utilizado como uma pacífica convivência social, resultado da união de dois componentes, o componente objetivo condição de paz pública e o componente subjetivo de sentimento coletivo de segurança. Para ele a “ordem pública é concebida como sinônimo de harmonia e pacificação ou como instrumento de defesa social, entendida como reação à prática do crime.”<sup>86</sup>

Delmanto Júnior ensina que ao prender cautelarmente um indivíduo com o objetivo de proporcionar um sentimento de segurança na sociedade, certamente se estará admitindo a culpabilidade, de forma antecipada. O mesmo autor diz que é difícil a missão do magistrado que terá que distinguir se a revolta da sociedade é resultado do choque que a ação criminosa causou, por si só, ou se a vontade

---

<sup>83</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 382.

<sup>84</sup> CAPEZ, Rodrigo. **Prisão e medidas cautelares diversas**: a individualização da medida cautelar no processo penal. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 452.

<sup>85</sup> BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 95.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 119-120.

popular de ver o indivíduo preso é resultado da exploração e distorção dos fatos pela mídia.<sup>87</sup>

Nesse caso se estaria diante de uma antecipação da pena, pois a prisão teria como fundamento impedir que o acusado voltasse a delinquir, a prisão não seria aplicada como instrumento da instrução criminal ou da ação penal, mas sim atender a um clamor público para ver o indivíduo recluso antecipando sua pena. Para Aury Lopes Junior afirma que a prisão cautelar não tem como objetivo fazer justiça, mas para assegurar o bom andamento dos mecanismos do sistema de justiça criminal, por meio do processo de conhecimento. Segundo o autor a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública é inconstitucional, por não possuir natureza cautelar.<sup>88</sup>

Assim também entende o autor Gustavo Badaró, aduz que a prisão com fundamento na garantia da ordem pública não visa manter uma situação de fato necessária para garantir a utilidade e a eficácia de uma decisão condenatória futura. Na verdade é o contrário, pois para o autor o que se busca é a antecipação de alguns efeitos práticos da condenação penal.<sup>89</sup>

Para Tourinho Filho a ordem pública tem como significado a tranquilidade no meio social, e atesta que essa expressão pode ser entendida como diversas situações como, periculosidade, crime grave, clamor social, repercussão na mídia, além de qualquer outra situação que se enquadre a expressão. Segundo ele a prisão preventiva, com esse fundamento, não passa de uma execução sumária. Para ele o réu é condenado antes de ser julgado, pois esse fundamento não tem nada de cautelar.<sup>90</sup>

Os tribunais não adotam a mesma ideia, e utilizam muito esse fundamento. O grande problema é que esse fundamento é muito genérico, ampliando e muito as

---

<sup>87</sup> DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 161.

<sup>88</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 838-839.

<sup>89</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 733.

<sup>90</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3, p. 556-557.

possibilidades de interpretação desse fundamento para a prisão preventiva. Na verdade esse fundamento de certa forma ficou banalizado, sendo utilizado de qualquer forma e com fundamentos muito genéricos. Agora serão apresentados alguns exemplos de posições jurisprudenciais.

É importante lembrar que as prisões cautelares em geral resultam na privação de um direito fundamental do indivíduo, no caso a liberdade, que está totalmente ligado ao princípio da presunção de inocência, e somente se justifica se provado ser realmente necessário ou não sendo possível a aplicação de outra medida. A prisão preventiva deve ser a última opção, devendo sempre ser analisado a possibilidade de aplicação de outra medida.

O Supremo Tribunal Federal tem adotado o entendimento de que a gravidade do delito, por si só, não é suficiente para fundamentar a decretação de uma prisão preventiva, pois a Corte suprema acredita ser uma fundamentação inidônea, pois esse elemento está previsto no tipo penal. Assim, vejamos:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. DELITO DE ROUBO. PRISÃO CAUTELAR BASEADA NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E NA PRESUNÇÃO DE INTERFERÊNCIA NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.

1. Segundo o art. 312 do Código de Processo Penal, a preventiva poderá ser decretada quando houver prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria, mais a demonstração de um elemento variável: (a) garantia da ordem pública; ou (b) garantia da ordem econômica; ou (c) por conveniência da instrução criminal; ou (d) para assegurar a aplicação da lei penal. Para qualquer dessas hipóteses, é imperiosa a demonstração concreta e objetiva de que tais pressupostos incidem na espécie, assim como deve ser insuficiente o cabimento de outras medidas cautelares, nos termos do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

2. O decreto prisional não descreve, com base em informações concretas, a necessidade de resguardar a ordem pública, não sendo suficiente, para esse fim, a invocação da gravidade abstrata do delito. Precedentes.

3. As afirmações de possibilidade de reiteração delitiva e de interferência na instrução criminal não estão apoiadas em nenhum elemento dos autos, tratando-se, portanto, de meras presunções, o que é rechaçado categoricamente pela jurisprudência desta Corte.

4. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva imposta ao paciente, ressalvada a hipótese de o juízo competente impor, considerando as circunstâncias de fato e as condições pessoais do paciente, medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Ordem estendida aos demais corréus, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.<sup>91</sup>

<sup>91</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.846-SP**.

Impetrante: Paulo Marzola Neto e outro. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Ewerton Ricardo de Castro. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 6 de abril de 2015. Disponível em: <



Outro exemplo de que a Corte Suprema não aceita a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública, levando em conta o clamor popular. Para o Supremo Tribunal Federal a prisão fundamentada no clamor popular exclusivamente não tem legalidade. Vejamos:

Habeas Corpus. 2. Questão de ordem. Renovação da sustentação oral. Alteração substancial da composição do Tribunal. A alteração da composição do Tribunal não autoriza a renovação da sustentação oral. Maioria. 3. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Ausência de fundamentação concreta da necessidade da prisão. No entendimento da maioria, a comoção popular não é, por si só, suficiente para demonstrar a necessidade da prisão. 4. Poderes de investigação do Ministério Público. O Ministério Público pode realizar diligências investigatórias para complementar a prova produzida no inquérito policial. Maioria. 5. Rejeitada a questão de ordem por maioria. Ordem concedida, por maioria, apenas para cassar o decreto de prisão preventiva.<sup>92</sup>

Por outro lado o STF aceita a prisão fundamentada na periculosidade do agente, associada ao *modus operandi* e a gravidade do delito, vejamos:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRISÃO MANTIDA PELOS MESMOS FUNDAMENTOS. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A CONSTRIÇÃO DA LIBERDADE DO PACIENTE. PERICULOSIDADE EVIDENCIADA PELO MODUS OPERANDI E RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. ORDEM DENEGADA.

1. O fundamento da necessidade da constrição da liberdade para a garantia da ordem pública foi adotado tanto na decisão de conversão do flagrante em preventiva como no indeferimento do pedido de revogação, permanecendo inalterado no momento da prolação da sentença condenatória. Conforme reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o habeas corpus fica prejudicado apenas quando a sentença condenatória que mantém o réu preso utiliza fundamentos diversos do decreto de prisão preventiva, o que não ocorreu na espécie vertente.

2. Consideradas as circunstâncias do ato praticado e os fundamentos apresentados pelo juízo de origem, mantidos nas instâncias antecedentes, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão parece inadequada na espécie, harmonizando-se a constrição da liberdade do Paciente com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, assentada em ser a periculosidade

---

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28126846%2E+OU+126846%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hhonfnk> >. Acesso em: 15 mar. 2018.

<sup>92</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.548-SP**.

Impetrante: Roberto Podval e outro. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Sérgio Gomes da Silva. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 10 de abril de 2015. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884548%2E+OU+84548%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zfvl93a> >. Acesso em: 15 mar. 2018.

do agente evidenciada pelo modus operandi e pelo risco de reiteração delitiva, motivo idôneo para a custódia cautelar.

3. Ordem denegada.<sup>93</sup>

O Superior Tribunal de Justiça aceita a fundamentação baseada na gravidade da conduta e a periculosidade do agente. Vejamos:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. A teor do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada quando presentes o *fumus commissi delicti*, consubstanciado na prova da materialidade e na existência de indícios de autoria, bem como o *periculum libertatis*, fundado no risco que o agente, em liberdade, possa criar à ordem pública/econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

3. Hipótese em que o decreto constritivo encontra-se fundamentado, notadamente no que se relaciona à garantia da ordem pública, considerando a grande quantidade de droga apreendida — mais de 25 quilos de cocaína —, bem como o modus operandi da empreitada criminoso — droga em compartimento oculto de dois carros —, o que demonstra a gravidade da conduta perpetrada e a periculosidade social do agente.

4. Habeas corpus não conhecido.<sup>94</sup>

Outra possibilidade de fundamentação aceita pelo Superior Tribunal de Justiça é em casos em que o indivíduo é reincidente, vejamos:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

<sup>93</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 123.304-SP**.

Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Josué Silva de Arruda. Relator: Min. Carmen Lúcia. Brasília, 19 de dezembro de 2014. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28123304%2E+O+U+123304%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/muhgyn2> >. Acesso em: 15 mar. 2018.

<sup>94</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 313.410-RS**.

Impetrante: Antonio Cesar Portela. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Paciente: Leonir Webra do Nascimento. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 22 de abril de 2015. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1396368&num\\_registro=201403463427&data=20150422&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1396368&num_registro=201403463427&data=20150422&formato=PDF) >. Acesso em: 15 mar. 2018.

01. Prescreve a Constituição da República que "conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (art. 5º, inc. LXVIII). O Código de Processo Penal impõe aos juízes e aos tribunais que expeçam, "de ofício, ordem de habeas corpus, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal" (art. 654, § 2º). Desses preceptivos infere-se que, no habeas corpus, devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito relacionadas a constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para a hipótese, impõe-se seja processado para aferição da existência de "ilegalidade ou abuso de poder" no ato judicial impugnado (STF, HC 121.537, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma; HC 111.670, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma; STJ, HC 277.152, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma).

02. Não há "ilegalidade ou abuso de poder" (CR, art. 5º, inc. LXVIII), de modo a autorizar a concessão do habeas corpus, na decisão que, fundamentadamente, descreve a gravidade da conduta delituosa imputada ao réu e indica a necessidade da sua prisão cautelar (STF, HC 113.203/RJ, Rel. Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 10/06/2014, HC 111.019, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 25/06/2013; STJ, HC 299.410/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 18/09/2014, RHC 51.035/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 03/03/2015). O fato de o réu ser reincidente justifica a sua prisão preventiva também para garantir a ordem pública e para evitar a reiteração de práticas delitivas (STF, RHC 122.647 AgR, Primeira Turma, Rel. Ministro Roberto Barroso, julgado em 12/09/2014; STJ, RHC 47.671/MS, Quinta Turma, Rel. Ministro Gurgel de Faria, julgado em 18/12/2014, RHC 53.769/MG, Sexta Turma, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 18/12/2014).

03. Habeas corpus não conhecido.<sup>95</sup>

Por outro lado o Superior Tribunal de Justiça tem decidido diferente de outros tribunais quando a prisão preventiva para a garantia da ordem pública utilizar como fundamento a gravidade do delito e a credibilidade da justiça, vejamos:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. ARTIGO 157, § 2º, INCISO II C/C 14, INCISO II DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n.109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012, RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte

<sup>95</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 313.884-SP**.

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Douglas Michele Domingues. Relator: Min. Newton Trisotto (Desembargador Convocado TJ/SC). Brasília, 22 de abril de 2015. Disponível em: <

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1399520&num\\_registro=201500043788&data=20150422&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1399520&num_registro=201500043788&data=20150422&formato=PDF) >. Acesso em: 15 mar. 2018.

alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014, HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014, HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - No caso dos presentes autos, o exame dos fundamentos que deram suporte à custódia cautelar do paciente (gravidade abstrata do delito previsto no art. 157, § 2º, inciso II c/c 14, inciso II do Código Penal, bem como para acautelar o meio social e garantir a credibilidade da Justiça) não se ajustam à orientação jurisprudencial desta eg. Corte Superior de Justiça. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para permitir que o paciente responda ao processo em liberdade, salvo se por outro motivo estiver preso, e sem prejuízo da decretação de outras medidas cautelares diversas da prisão previstas no novel art. 319 do Código de Processo Penal.<sup>96</sup>

Com esses exemplos de julgados das maiores Cortes do país, podemos observar que grande parte da doutrina condena esse fundamento, mas grande parte dos Tribunais tem aceitado é aplicado esse fundamento.

---

<sup>96</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 296.961-SP**.

Impetrante: Rodrigo Correa Godoy. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Claudemir Cicuto. Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, 01 de outubro de 2014. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1349128&num\\_registro=201401439965&data=20141001&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1349128&num_registro=201401439965&data=20141001&formato=PDF) >. Acesso em: 15 mar. 2018.

## CONCLUSÃO

Como é possível observar, a prisão preventiva no Brasil, teoricamente falando é uma medida extrema. Espera-se que outras medidas sejam aplicadas em casos diversos onde a prisão em um primeiro momento não é necessária. Deve-se observar o artigo 282 juntamente com os artigos 312 e 319 todos do Código de Processo Penal.

Como visto no decorrer do trabalho existem dois tipos de prisão, a prisão pena, que deve ser decretada quando já existe sentença penal com transito em julgado e a prisão sem pena, que é o objeto deste trabalho. A prisão sem pena também chamada de prisão cautelar tem como objetivo principal resguardar o bom andamento do processo. A prisão cautelar é um instrumento do instrumento, que visa assegurar que o inquérito policial alcance seu objetivo principal que é reunir provas para assegurar o bom andamento da ação penal, permitindo ao juiz a formação da sua convicção.

Dos 4 (quatro) requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, somente 2 (dois) deles possui essas características. Os requisitos, garantia da ordem pública e econômica não possuem essa característica, pois seu principal objetivo é a defesa social. O requisito conveniência da instrução criminal tem como objetivo a cautela instrumental, já o fundamento assegurar a aplicação da lei penal tem como objetivo a cautela final.

Como se podem observar, somente esses dois últimos possuem características de instrumento e possuem natureza jurídica de cautelar. A prisão preventiva é um instrumento utilizado para que o inquérito policial e ação penal possam ter seu andamento em segurança. O fundamento conveniência da instrução criminal tem como objetivo assegurar que o indiciado ou acusado não interfira no andamento da instrução ou da ação penal. A prisão é decretada para impedir que o indivíduo atrapalhe a colheita de provas, ou intimide as testemunhas. O fundamento para assegurar a aplicação da lei penal tem como objetivo assegurar que o indivíduo não fuja e impeça a aplicação da pena decretada na sentença penal final.

Quando a prisão é fundamentada na garantia da ordem pública ou da ordem econômica, não existe o objetivo de ser o instrumento do instrumento, mas o que se prega é a prisão antecipada, baseado em fundamentos genéricos sem qualquer força. Nesses casos a prisão passa a ser uma antecipação da condenação futura. O principal argumento utilizado é que se o indivíduo não for preso ele volte a delinquir. Esse argumento não assegura nada, não tem natureza cautelar e fere o princípio da presunção de inocência.

Decretar a prisão, fundamentando na possível reiteração do indivíduo não parece justo e passa a impressão de estar indo contra princípios e direitos protegidos pela Constituição Federal. Essa análise de uma possível reiteração nada mais é que a antecipação de uma condenação, pois ninguém pode ser considerado culpado de algo que ainda não fez, além de ser considerado culpado, o indivíduo terá seu direito a liberdade cerceado, para trazer uma suposta paz social.

Muito se fala em garantir a paz social por meio dessa prisão, mas será que outra medida não seria eficaz, e traria o mesmo sentimento de paz que tanto se prega pra justificar a prisão preventiva? Além disso, a expressão “ordem pública” não possui um conceito legal e acaba permitindo diversas interpretações. Trata-se de uma expressão genérica que permite a prisão preventiva em qualquer situação.

Portanto além de não ter natureza de cautelar, a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública não tem uma definição concreta de quando pode ser decretada, isso trás uma insegurança jurídica, pois decisões com fundamentos diversos são proferidas todos os dias. Nem mesmo as cortes superiores conseguiram definir o que seria “ordem pública”, mas continuam permitindo decisões com esse fundamento.

Sendo assim, como fere princípios constitucionais, e não possui uma interpretação uniforme, esse fundamento deve ser retirado da legislação processual penal ou o Supremo Tribunal Federal deve se posicionar e tornar essa interpretação uniforme e constitucional.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal. Rio de Janeiro:** Campus: Elsevier, 2012.

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

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Rodrigo. **Prisão e medidas cautelares diversas:** a individualização da medida cautelar no processo penal. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERNANDES, Antonio Scrance. **Processo penal constitucional.** 7. ed. Ver. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

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

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos:** anotações sistemáticas à lei 8.072/90. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO FILHO, Vicente. **Processo Penal.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar:** Doutrina, jurisprudência e prática. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal.** São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.

MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão cautelar e liberdades fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** São Paulo: Millennium, 2003.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prisão Provisória: Medida de Exceção no Direito Criminal Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2004.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão preventiva na lei 12.403/2011: Análise de acordo com modelos estrangeiros e com a convenção Americana de direitos Humanos**. Salvador: JusPodivm, 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NICOLITT, André Luiz. **As subversões da presunção de inocência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NICOLITT, André Luiz. **Lei nº 12.403: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Processual Penal**. 28. ed atualizada por Adalberto Jose Q.T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva 2002.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: De acordo com a Lei 12.403/2011**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão, medidas alternativas e liberdade: comentários à lei 12.403/2011**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2014.

PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. **Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: A reforma da Lei nº 12.403/11**. São Paulo: Atlas, 2013.

POLASTRI, Marcellus. **A Tutela Cautelar no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas S.a, 2014.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.



TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.3.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.