

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL

ANA LÚCIA DOS SANTOS N. ORMOND

PRISÃO PREVENTIVA E A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

SÃO PAULO
2018

ANA LÚCIA DOS S N ORMOND

PRISÃO PREVENTIVA E A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

Monografia apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência para obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processo Penal. Orientador: Prof. Dr. Marco Antonio Marques da Silva.

SÃO PAULO

2018

ORMOND, Ana Lúcia, S. Novaes.

Prisão Preventiva e a Garantia da Ordem Pública/ Ana Lúcia dos S N Ormond – São Paulo, 2018.

71 páginas.

Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-graduação em Direito Penal e Processo Penal) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018.

Orientador: Marco Antonio Marques da Silva.

1. Prisões Cautelares. 2. Modalidade. 3. Preventiva e a Garantia da Ordem Pública.

ANA LÚCIA DOS S N ORMOND

PRISÃO PREVENTIVA E A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. Marco Antonio Marques da Silva

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Prof. _____

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Prof. _____

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Ao meu esposo Alípio Filho, por todas as razões.

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade estudar o tema prisão preventiva e a garantia da ordem pública e, na sequência, discorrer forma de basilar sobre a prisão cautela e suas modalidades legais tais como: a prisão em flagrante, temporária e preventiva, sob égide dos direitos e garantias constitucionais atinentes à liberdade de locomoção de ir e vir. Posteriormente, adentrar ao foco desse estudo discorrendo sobre a modalidade da prisão preventiva e realizar uma análise do pressuposto que trata da garantia da ordem pública como fundamento de utilização da decretação desta. Sem pretensão de esgotar o assunto, o estudo será alicerçado nos moldes da doutrina majoritária, bem como outros doutrinadores que adotam posições diversas a sua utilização. Por fim, serão tecidas considerações de análise desse pressuposto da garantia ordem pública, sob a égide da Constituição Federal, bem como na doutrina e nos julgados contemporâneos da Corte Brasileira.

Palavras-Chave: Prisões Cautelares. Modalidade. Preventiva e a Garantia da Ordem Pública.

ABSTRACT

The purpose of the present study is to study the subject of preventive detention and the guarantee of public order and, in the sequence, describe how to basilar about the prison and its legal modalities such as: arrest in flagrante, temporary and preventive, under the aegis of rights and constitutional guarantees regarding the freedom of movement to come and go. Subsequently, to enter the focus of this study discussing the preventive custody mode and to carry out an analysis of the assumption that deals with the guarantee of public order as a basis for the use of the decree. Without pretension to exhaust the subject, the study will be based on the molds of the majority doctrine, as well as other indoctrinators that adopt diverse positions their use. Finally, consideration will be given to the analysis of this assumption of public order, under the aegis of the Federal Constitution, as well as in the doctrine and judgments contemporaneous with the Brazilian Court.

Keywords: Precautionary Prisons. Modality. Preventive and Public Order.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	08
1	PRISÃO.....	10
1.1	Da evolução histórica.....	10
1.1.1	Conceito e Fundamento Constitucional.....	14
1.1.2	Espécies de Prisão na Constituição.....	15
1.1.2.1	Prisão Extrapenal.....	16
1.1.2.2	Prisão Civil.....	16
1.1.2.3	Prisão Civil do devedor de alimentos e do depositário infiel.....	17
1.1.2.4	Prisão do Falido.....	18
1.1.2.5	Prisão Administrativa.....	18
1.1.2.6	Prisão do estrangeiro para fins de extradição, expulsão e deportação.....	19
1.1.2.7	Prisão Militar.....	20
1.1.2.8	Prisão Militar em virtude transgressão disciplinar.....	20
1.1.2.9	Prisão Militar em virtude de crime propriamente militar.....	21
1.1.2.10	Imunidades Prisionais.....	21
1.2	Garantias Constitucionais da Prisão.....	25
1.2.1	Da observância dos direitos fundamentais no Estado de Direito.....	26
1.2.2	Do respeito à integridade física e moral do preso.....	27
1.2.3	Respeito à integridade moral do preso e sua indevida exposição à mídia.....	28
1.2.4	Respeito à integridade física e moral do preso e uso de algemas.....	29
1.2.5	Da comunicação imediata da prisão ao juiz competente ao Ministério Público.....	30
1.2.6	Da comunicação imediata da prisão à família do preso ou à pessoa por ele indicada.....	30

1.2.7	Do direito ao silêncio (<i>nemo tenetur se detegere</i>).....	31
1.2.8	Da assistência de advogado ao preso.....	32
1.2.9	Do direito do preso à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial.....	33
2	DAS MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL....	34
2.1	Tutela cautelar no processo penal com advento da Lei 12.403/2001.....	34
3	MODALIDADES DE PRISÕES CAUTELARES.....	41
3.1	Flagrante.....	41
3.2	Temporária.....	44
3.3	Preventiva.....	45
3.3.1	Conceito e fundamento.....	45
3.3.2	Pressupostos.....	48
3.3.3	Garantia da ordem econômica.....	50
3.3.4	Conveniência da instrução criminal.....	50
3.3.5	Garantia de aplicação da lei penal.....	51
3.3.6	Da Ordem Pública.....	51
3.3.6.1	Análise da Garantia da Ordem Pública na doutrina nos julgados Contemporâneo da Corte Brasileiras.....	51
3.3.7	Hipóteses de admissibilidade.....	62
4	CONCLUSÃO.....	65
	REFERÊNCIAS.....	69

INTRODUÇÃO

A liberdade Sancho não é um pedaço de um pão. Ela é um dos dons mais preciosos que o céu deu aos homens. Nada a iguala, nem os tesouros que a terra encerra no seu seio, nem os que o mar guarda nos seus abismos. Pela liberdade, tanto quanto pela honra, pode e deve aventurar-se a nossa vida, e, pelo contrário, o cativo é o maior mal que pode acudir aos homens.

(Miguel de Cervantes- Dom Quixotes de la Mancha)

Na poesia de Cervantes supracitada, encontra-se o conflito envolvendo a liberdade e o cárcere. Eis o dilema que se pretende enfrentar nesse trabalho que é a liberdade/dignidade da pessoa e a prisão. O objeto deste é discorrer sobre as prisões e suas modalidades com desdobramento em especial na prisão preventiva e uma análise do pressuposto que trata da garantia da ordem pública como fundamento de utilização da decretação desta.

A escolha desse tema foi trazer uma reflexão através de uma indagação sobre esse pressuposto da expressão “ordem pública” termo extremamente vago e indeterminado, que nosso legislador não discorreu uma conceituação expressa em nosso ordenamento jurídico pátrio, gerando controvérsia na doutrina e jurisprudência quanto o seu real significado, a indagação que se faz como um pressuposto de ordem pública é capaz de fundamentar uma decretação da prisão preventiva? A redação do artigo 312, *caput*, do Código de Processo Penal foi mantida a possibilidade de decretação da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, com observância nas garantias constitucionais, e na sistemática jurídica que fundamenta o decreto preventivo, para evitar que ocorra interpretação lacônica e discricionária por parte das autoridade judiciária, bem como evitando, desta feita, que o acusado ou investigado, não atrapalhe as investigações bem como conter a

reiteração de condutas criminosas, sempre que restar comprovada a periculosidade de um agente por meio de fatos concretos.

Para propiciar um melhor entendimento e enfoque sobre o tema, o presente trabalho foi, metodicamente, dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo analisa, de forma breve, a evolução histórica da prisão, realizando um estudo descritivo sobre período histórico da antiguidade, idade média, moderna e contemporânea, as quais cada período teve seu marco de desumanidade marcado pelas torturas até o contorno da atualidade do modelo de sistema privação de liberdade, ainda nessa linha discorreremos sobre a conceituação, fundamentação, e espécies constitucional da prisão, por derradeiro as garantias constitucionais desta.

O segundo capítulo apresenta um estudo basilar das medidas cautelares de natureza pessoal, com seus princípios, pressupostos, características e os procedimentos de aplicação com advento da Lei 12.403/2011, que alterou o título IX do Livro I do Código de Processo Penal.

Por fim, no terceiro capítulo são tratadas, de modo propositivo, as posições de entendimento sobre o tema por doutrinadores e das Cortes Brasileiras para buscar solucionar ou minimizar o que se entende esse pressuposto da expressão “ordem pública” haja vista que não é uma conceituação legal expressa pelo ordenamento jurídico pátrio.

A finalidade desde trabalho não é defender a posição da abolição da prisão preventiva sob a luz expressão “ordem pública”, mas que essa celeuma de interpretações e entendimentos, deve ser desafiada pela posição doutrinária e jurisprudencial a solucionar ou diminuir tal questão, e buscar uma conceituação que justifica tal decretação que não se restringe em discricionariedade, pela autoridade judiciária, para não incorrer na violação das garantias constitucionais, dentre elas a liberdade de locomoção de ir e vir que consiste no maior bem do homem a liberdade, faço a palavras do poeta Miguel de Cervantes.

1 PRISÃO

1.1 Da evolução histórica

Diante do exposto, cabe ressaltar a respeito da evolução histórica da prisão, traçando mudanças ocorridas, para desdobramento do percurso até feitura do conceito de cada prisão hodiernamente no Código de Processo Penal.

O período da **Antiguidade** foi um longo período da história que se estende aproximadamente do século VIII a.c; em que houve as primeiras civilizações e seu desenvolvimento. No que se refere ao cárcere, compreendo de que não havia um código de regulamento social efetivado, mas sim marcado pelo encarceramento que se apresentava como ato de aprisionar exercendo a tortura para manter o sujeito sob domínio físico para se exercer a punição e, não se apresentava um caráter de pena propriamente dita.

A evolução da antiguidade para a **Idade Média** entre os anos 476 a 1453, pontos relevantes desse período, supremacia da igreja católica, economia feudal, no que tange ao cárcere, não se conhecia a pena com privação de liberdade, a finalidade da lei penal objetivava em expandir-se o terror coletivo. As penalidades dadas aos indivíduos eram determinadas de acordo com a sorte e status social a qual pertencia, determinada ao livre arbítrio dos governantes. Para encarcerar não havia necessidade de existência de um local específico. Assim sendo, ainda não se pleiteava uma arquitetura penitenciária própria, pois o cárcere era visto como também como local de custódia é a pena de morte, garantindo, dessa forma cumprimento de punições. Nessa época, as prisões existentes eram distribuídas entre encarceramentos subterrâneos, calabouços em palácios e nas fortalezas, onde os tipos de indivíduos, mulheres, velhos e crianças, aguardavam a morte.¹

¹ Disponível em: www.conteúdojuridico.com.br/artigo. Acesso em: 15 jan. 2018.

Dos delitos e das penas é um livro de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, originalmente publicado em 1764, na Itália, foi um dos precursores na defesa dos direitos humanos, opondo-se à postura violenta e arbitrária da justiça, por sua vez destaca-se os artigos 7º e 8º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.²

Art. 7º Ninguém pode ser acusado, preso ou detido, senão nos casos determinados pela lei e segundo as formas por ela prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou fazem executar atos arbitrários devem ser punidos, mas todo cidadão chamado ou atingido pela lei deve obedecer imediatamente, tornando-se culpado pela resistência.

Art. 8º A lei só deve estabelecer penas escrita e evidentemente necessárias. Ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada.

A evolução da idade média para a **Idade Moderna**, a partir de 1453, pontos relevantes desse período histórico foi a Revolução Francesa em 1.789, bem como a transição dos modelos de organização social feudal para Constituição do Estado Moderno com desenvolvimento dos modelos políticos, econômicos e sociais sob a égide do Capitalismo. O grande marco desse período foi o princípio pela representação política da monarquia absoluta, monarquia esta que passou ser administrada pela figura do monarca, detentor soberano do poder político. Tal poder desconhecia quaisquer vínculos e limites e se caracterizava por impor uma barbárie repressiva, que afligia os súditos desprovidos de direitos.

No século XVIII ocorreram duas passagens significativas que influenciaram concomitantemente na História das prisões: o nascimento do iluminismo e as dificuldades econômicas que afetaram a população, o que culminou em mudanças para a pena privativa de liberdade.³

² Disponível em: www.conteúdojuridico.com.br/artigo. Acesso em: 15 jan. 2018.

³ Disponível em: www.espen.pr.gov.br/modules/conteudo/php, Acesso em: 15 jan. 2018.

Sobre a questão econômica, que marca as transformações sobre a substituição do martírio pela privação de liberdade está relacionada a miséria que predominava na época, com o aumento da pobreza, as pessoas passaram a cometer um número maior de delitos patrimoniais. Como a pena de morte e o suplício não respondiam mais aos anseios da justiça e seu caráter de exemplaridade da pena falhava, o processo de domesticação do corpo já não atemorizava, surgindo então a pena privativa de liberdade, como uma grande invenção que demonstrava ser o meio mais eficaz de controle social.

Nesse sentido, o Michel Foucault (1998, p. 70) em sua obra "Vigiar e Punir" descreve a nova consideração da época sobre pena-castigo:

Pode-se compreender o caráter de obviedade que a prisão-castigo muito cedo assumiu. Desde os primeiros anos do século XIX, ter-se-á ainda consciência de sua novidade; e, entretanto, ela surgiu tão ligada, e em profundidade, com o próprio funcionamento da sociedade, que relegou ao esquecimento todas as outras punições que os reformadores do século XVIII haviam imaginado.

Tal afirmativa de Michael Foucault (1998) refere-se à segunda metade do século XVIII com o nascimento do iluminismo. Tratava-se de um movimento intelectual, que defendia o uso da razão contra o antigo regime e pregava maior liberdade econômica e política.

Os pensadores iluministas tinham como ideal a extensão dos princípios do conhecimento crítico a todos os campos do mundo humano. Supunham poder contribuir para o progresso da humanidade e para a superação dos resíduos de tirania e superstição que atribuíam ao legado da Idade Média. A maior parte dos iluministas associavam o ideal de conhecimento crítico à tarefa do melhoramento do Estado e da sociedade.

No período iluminista ocorreu o marco inicial para uma mudança de mentalidade no que diz respeito à pena criminal. Surgiram na época, figuras que marcariam a história da humanização das penas, como: Cesare Bonesana, Marquês

de Beccaria, em sua obra intitulada “Dos Delitos e das Penas”, publicada em 1764 que combateu veemente a violência e o vexame das penas, pugnando pela atenuação, além de exigir o princípio da reserva legal e garantias processuais ao acusado. Com a influência desses pensadores, com destaque especial para Beccaria, começou a ecoar a voz da indignação com relação às penas desumanas que estavam sendo aplicadas sob a falsa bandeira da legalidade.⁴

A evolução da idade moderna para a **Idade Contemporânea**, compreendido entre a Revolução Francesa de 1.789 e os dias atuais, marcado por transformações profundas na organização da sociedade. No concerne ao cárcere deram contorno para o atual modelo do sistema de privação de liberdade.

Segundo Michel Foucault (1998, p. 76):

Com as novas formas de acumulação de capital, de relações de produção e de estatuto jurídico da propriedade, todas as práticas populares que se classificavam, seja numa forma silenciosa, cotidiana, tolerada, seja uma forma violenta, na ilegalidade dos direitos, são desviadas à força para a ilegalidade dos bens [...] a ilegalidade dos bens foi separada da ilegalidade dos direitos (p.74). [...] O direito de punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade [...].

Foi neste contexto que se transformou as prisões e os sistemas de punições para o que é na atualidade, por meio de um movimento que promoveu as mais significativas mudanças na concepção das penas privativas de liberdade, na criação e construção de prisões organizadas para a correção dos apenados. A partir dessa nova concepção, a punição passou a constituir-se em um método e uma disciplina. Eliminou-se da prisão o seu caráter de humilhação moral e física do sujeito. A lei penal passou a se propor a uma função de prevenção do delito e da readaptação do criminoso.

Para Michel Foucault (1998), a finalidade da prisão deixou de ser então o de causar dor física e o objeto da punição deixou de ser o corpo para atingir a alma do

⁴ Disponível em: www.espen.pr.gov.br/modules/conteudo/php. Acesso em: 20 jan. 2018.

infrator. A prisão torna-se como pena privativa de liberdade e constitui em uma nova tática da arte de fazer sofrer. O autor também em seus estudos volta-se para as prisões observada sobre o prisma no qual coloca que para o Estado torna-se mais favorável vigiar do que punir, pois, vigiar pessoas e mantê-las conscientes desse processo é uma maneira para que estas não desobedeçam a ordem, as leis e nem ameacem o sistema de “normalidade”. **A prisão passa a fundamentar-se teoricamente no que hoje é:** privar o indivíduo de liberdade para que ele possa aprender através do isolamento, retirá-lo da família, e de outras relações socialmente significativas, para levá-lo a refletir sobre seu ato criminoso, tornando então o reflexo mais direto de sua punição.⁵

1.1.1 Conceito e Fundamento Constitucional

A palavra “prisão” origina-se do latim *prensione*, que vem de *prehensione* (*prehensio,onis*), que significa prender, que nada mais é do que privar a liberdade de alguém de ir e vir, através do recolhimento do cárcere.

No dizer do Renato Brasileiro de Lima, nesse sentido, que mais interessa ao direito processual penal, a prisão vem fundamentada na Carta Magna de 1998, deve ser compreendida como privação de liberdade de locomoção, com recolhimento da pessoa humana ao cárcere, seja em virtude de flagrante delito, ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, seja em face de transgressão militar ou por forças de crime propriamente militar, definidos em lei (CF, art. 5º, LXI).⁶

No mesmo sentido, Nestor Távora e Rosmar R. Alencar (2017), assevera que a prisão é o cerceamento da liberdade de locomoção, é o encarceramento. Pode advir de decisão condenatória transitada em julgado, que é a chama **prisão pena**, regulada pelo Código Penal, com o respectivo sistema de cumprimento de pena, que é verdadeira prisão satisfativa, em resposta estatal ao delito ocorrido, tendo por título

⁵ Disponível em: www.espen.pr.gov.br/modules/conteudo/php, Acesso em: 20 jan. 2018.

⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Direito Processual Penal**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 863.

a decisão judicial definitiva. Por outro lado, a **prisão sem pena**, também conhecida por prisão cautelar, provisória ou processual, **que milita no âmbito da excepcionalidade**, afinal, a regra é que a prisão só ocorra com o advento da sentença definitiva, em razão do preceito esculpido no art. 5º, inciso LVII da Carta Magna de 1988, pois “ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

1.1.2 Espécies de Prisão na Constituição

Renato Brasileiro de Lima discorre que no ordenamento jurídico brasileiro há, fundamentalmente, 3 (três) espécies de prisão.

A primeira, a prisão extrapenal, que tem como subespécies a prisão civil e a prisão militar ambas expressamente no texto constitucional; a segunda, a prisão penal, é aquela que decorre de sentença penal condenatória com trânsito em julgado.

É de se notar, todavia, que os Tribunais Superiores passaram a admitir a execução provisória da pena tão logo seja proferido acórdão condenatório por Tribunal de 2ª instância (STF, HC 126.292); e, por fim a terceira, prisão cautelar tem como subespécies a prisão flagrante, temporária e a preventiva esta que é o objeto desse estudo. Ressalta-se que com a reforma da Lei 11.689/2008 e a Lei 11.719/2008, foram expressamente revogadas as prisões decorrentes de pronúncia e de sentença condenatória recorrível, outrora como espécies autônomas de prisão cautelar, nesse sentido com advento da Lei 12.403/2011, que alterou o título IX do Livro I do Código de Processo Penal.⁷

O entendimento da nova redação do artigo 283, *caput*, do Código de Processo Penal, passa dispor que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita fundamentada da autoridade judiciária competente, em

⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Direito Processual Penal**. 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p .864.

decorrência de sentença condenatória transitada em julgada ou no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou preventiva.⁸

1.1.2.1 Prisão Extrapenal

Nas palavras do autor supracitado, a prisão extrapenal é uma das espécies de prisão, que tem como subespécies a prisão civil e a prisão militar, ambas, expressamente no texto constitucional.

Nesse mesmo sentido assevera Marco Antonio Marques da Silva, as prisões cautelares em seu âmbito extrapenal, apesar da manutenção das mesmas características inerentes ao gênero, possuem particularidades que destacam como medidas coercitivas repressoras individuais, para o âmbito civil e, sem dúvida, causadoras de discursões sobre a constitucionalidade, legalidade e, principalmente, legitimidade de aplicação, diante da nova sistemática adotada pelo Estado Democrático de Direito e seu princípio de responsabilidade à dignidade da pessoa humana.⁹

1.1.2.2 Prisão Civil

O Direito de Família está amparado pelo princípio norteador da Dignidade da Pessoa Humana, estampado na Carta Magna de 1988, no seu art. 1º, inciso III. Não há como se viver de forma digna se faltarem elementos essenciais para sobreviver, dentre eles os alimentos. Tanto isso é verdade que o instituto da prisão civil possui uma importância imprescindível, uma vez ocorrendo seu inadimplemento da obrigação alimentar, viabiliza a prisão do devedor, conforme o art. 5º, LXVII, da Constituição Federal.

⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Direito Processual Penal**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p.864

⁹ MARQUES DA SILVA, Marco Antonio. **Tratado Temático de Processo Penal**. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002, p.88.

1.1.2.3 Prisão Civil do devedor de alimentos e do depositário infiel

Prisão civil é aquela decretada para fins de compelir alguém ao cumprimento de um dever civil. Pelo menos de acordo com a Constituição Federal, a decretação dessa prisão civil seria em duas hipóteses: no caso do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, e também nas hipóteses do depositário infiel (CF, artigo 5º, LXVII), importante notar que a prisão civil por dívida não decorre diretamente do artigo 5º, LXVII da Constituição Federal, mas sim da legislação infraconstitucional. Na verdade, o preceito constitucional em questão apenas autoriza a possibilidade de previsão legal de prisão civil nas duas hipóteses citadas. Em que pese o teor da Constituição Federal, possibilitando a prisão civil do devedor de alimentos e a do depositário infiel a Convenção sobre Direitos Humanos, incorpora ao ordenamento pátrio por meio do Decreto n. 678/1992.¹⁰

Dispõe em seu art. 7º. § 7º, que “ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. O decreto nº 678/1992, ressalva apenas a possibilidade de prisão do devedor de alimentos, passou –se a questionar se a prisão civil do depositário infiel ainda teria lugar no ordenamento jurídico. Por sua Supremo Tribunal Federal (STF) aprovou a súmula vinculante nº 25, com seguinte teor: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer seja a modalidade de depósito. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), editou a Súmula nº 419 que dispõe: Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel”, logo deixaram de ter validade as Súmulas 304 e 305 do Superior Tribunal de Justiça (STJ).¹¹

¹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Direito Processual Penal**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 864/865.

¹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Direito Processual Penal**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 865.

1.1.2.4 Prisão do Falido

Com advento da nova Lei de Falência nº. 11.101/2005, deixou de admitir a prisão no termo do Decreto-Lei nº 7.661/1945 antigas Lei de Falência que foi revogado, dispondo no novo Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações (...) VII – determinará as diligências necessárias para salvaguardar os interesses das partes envolvidas, podendo **ordenar a prisão preventiva** do falido ou de seus administradores quando requerida com fundamento em provas da prática de crime definido nesta Lei.

Como se observa com advento da nova Lei de Falência, a prisão do falido ou dos administradores deixa de ser considerada uma espécie de prisão administrativa ou civil para ser considerada espécie de prisão preventiva, ficando sua decretação sujeita a observação dos pressupostos de admissibilidade e requisitos determinado nos artigos 311 e 315 do Código de Processo Penal.

1.1.2.5 Prisão Administrativa

Segundo Renato Brasileiro, a entrada em vigor da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal posicionou –se pela não recepção da prisão administrativa. Para Suprema Corte disposto do inciso LXI do artigo 5º da Carta Magna, deixou de ser permitida a prisão administrativa. Com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, pensamos que a discussão em torno da subsistência da prisão administrativa chega ao fim. Isso porque o Capítulo V do Título IX do Livro I do Código Processo Penal, que versava sobre a prisão administrativa, doravante passa a tratar das outras medidas cautelares. Além disso, os artigos 319 e 320 do CPP, que dispunham sobre a prisão administrativa, agora passarão a dispor sobre medidas cautelares de natureza pessoal distinta da prisão cautelar.¹²

¹² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Direito Processual Penal**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p .867.

Se não bastasse o fim do capítulo do Código de Processo Penal que versava sobre a prisão administrativa, a nova redação conferida ao artigo 283 do mesmo diploma legal não faz menção à prisão administrativa, limitando-se a dizer que:

[...] ninguém poderá ser preso senão flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.¹³

1.1.2.6 Prisão do estrangeiro para fins de extradição, expulsão e deportação

Com a advento da Lei nº 12.878/2013, o entendimento doutrinário e jurisprudencial acabou sendo positivado pelo legislador infraconstitucional, por força da nova redação dada ao dispositivo 82, *caput*, da Lei nº 6.815/1980, o Estado interessado na **extradição** poderá, em caso de urgência e antes da formalização do pedido de extradição, ou conjuntamente com este, requerer a prisão cautelar do extraditando por via diplomática pressupostos formais de admissibilidade exigidos nesta lei ou em Tratado, representar Supremo Tribunal Federal (STF), logo comporta ao mesmo deliberar acerca da necessidade de decretação da prisão preventiva do estrangeiro para fins de extradição.¹⁴

Deportação funciona como uma espécie sanção administrativa que impede o posterior retorno do estrangeiro ao Brasil, sendo imposta nos casos irregularidade ou clandestinidade da situação fática do alienígena em território nacional. Diferentemente da extradição conforme a luz da Constituição Federal artigo 5º, LXI, tal prisão só pode ser decretada pela autoridade judiciária competente, o juiz para tanto é juízo federal criminal a decretação para fins de deportação.

Expulsão, por sua vez, não pode ser decretada se o estrangeiro for casado com brasileira, ou se tiver filho brasileiro dependente de economia paterna (Súmula

¹³ Idem, p. 869.

¹⁴ Idem, p. 869.

nº 01 do STF), como recai sobre o Presidente da República a atribuição para determiná-la, a prisão deve ser decretada pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de iniciativa do Ministério da Justiça.¹⁵

1.1.2.7 Prisão Militar

A prisão disciplinar militar é a privação da liberdade do militar por cometimento de transgressão disciplinar de caráter grave; sua previsão é calcada no artigo 5º, inciso LXI da Carta Magna, a qual dispõe que:

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; [...]

1.1.2.8 Prisão Militar em virtude transgressão disciplinar

Segundo, Renato Brasileiro de Lima, de acordo com Constituição Federal (artigo 142, “*caput*”), as Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base de hierarquia e na disciplina, sob autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Por sua vez, dispõem o artigo 42, *caput*, da Constituição Federal, os membros das Polícias Militares e Corpo de bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e na disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. Como importante instrumento coercitivo de tutela da hierarquia e da disciplina no âmbito das forças Armadas, das Polícias Militares e dos Corpos de

¹⁵ Idem, p. 869.

Bombeiros, ao dispor sobre a prisão, a Constituição Federal estabelece no Art. 5º, inciso LXI, que “ninguém será preso senão flagrante delito ou por ordem escrita fundamentada a autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressões militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.¹⁶

1.1.2.9 Prisão Militar em virtude de crime propriamente militar

A Norma Militar não estabeleceu qualquer diferenciação dos crimes em propriamente e impropriamente militares, a doutrina se viu obrigada a realizar esta distinção, em decorrência de seu artigo 5º, inciso LXI, estabelece que “ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressões militar ou crime propriamente militar definidos por lei”.

O artigo constitucional, em análise, tem como destinatários exclusivos os militares, ou seja, somente o militar está autorizada prender e somente este está sujeito à prisão, ou seja, independentemente de o agente estar ou não em situação de flagrância, ou prévia decisão judicial, é possível a prisão do militar nas hipóteses de transgressão militar ou propriamente militar, o civil, por conseguinte, somente pode ser preso em flagrante delito ou decisão judiciária.

1.1.2.10 Imunidades Prisionais

Para um melhor entendimento do que trata as imunidades em regra, toda e qualquer pessoa pode ser presa. No entanto, nossa Carta Magna de 1988, juntamente com Legislações, traz algumas exceções, que definimos em seis (06) sínteses conclusivas¹⁷:

¹⁶ Idem, p. 873.

¹⁷ **Síntese das Imunidades Prisionais.** Disponível em: www.professor.pucgoias.edu.br/siteDocente/admin/arquivosUpload/17368.../PRISÃO.docx, Acesso em: 21 jan. 2018.

1) Presidente da República e Governadores de Estado

- ✓ Não cabe contra o Presidente da República qualquer prisão cautelar, enquanto não sobrevier sentença condenatória, conforme o Art. 86, § 3º, da CF/88.
- ✓ Por força do Art. 86, § 4º, da CF/88. Enquanto vigente o mandato, o Presidente da República não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de sua função (atos praticados antes ou durante o mandato). Lembrando que o STF considera “crime comum” todas as modalidades de infração penal, abrangendo os delitos eleitorais, crimes contra a vida e as contravenções penais.

Em recente posicionamento o Superior Tribunal de Justiça, em decisão confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, entendeu que referida imunidade não se estende aos Governadores dos Estados.

2) Diplomática

- ✓ Chefes de governo estrangeiro ou de Estado estrangeiro, suas famílias e membros das comitivas, embaixadores e suas famílias, funcionários estrangeiros do corpo diplomático e suas famílias, funcionários de organizações internacionais em serviço (ONU, OEA, etc.),
- ✓ Prerrogativa de responder no seu país de origem pelo delito praticado no Brasil (Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, Decreto Legislativo 103/1964, Decreto nº 56.435/65).

Não podem ser presas e nem julgadas pela autoridade do país onde exercem suas funções, seja qual for o crime praticado (CPP, art. 1º, I).

3) Senadores, deputados federais, estaduais e distritais

- ✓ As imunidades são prerrogativas que asseguram aos membros de parlamentos ampla liberdade, autonomia e independência no exercício de suas funções, protegendo-os contra abusos e arbitrariedades por parte dos outros poderes (Judiciário e Legislativo), essas prerrogativas vem estampada na Constituição Federal.
- ✓ Não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável (incoercibilidade pessoa relativa – *freedom from arrest*).

Remessa do flagrante, em 24 horas, à Casa respectiva para que, por maioria, resolva sobre a prisão (Art. 53, § 2º c/c art. 27, § 1º, CF). Ressalvada Súmula nº 397 do Supremo Tribunal Federal, “O poder de polícia da câmara dos deputados e do senado federal, em caso de crime cometido nas suas dependências, compreende, consoante o regimento, a prisão em flagrante do acusado e a realização do inquérito.

Vereadores não gozam da imunidade.

4) Magistrados e membros do MP

- ✓ Lei Orgânica da Magistratura (LC nº 35/1979)
 Flagrante de crime inafiançável (remessa ao Presidente do Tribunal);
 Ordem escrita de Tribunal ou do Órgão Especial competente para o julgamento (preventiva ou temporária), salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará imediata comunicação e apresentação do Magistrado ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado (art. 33, inciso II).
- ✓ Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/1993).
 Ordem judicial escrita (preventiva ou temporária)
 Flagrante de crime inafiançável (comunicação e apresentação ao Procurador-Geral de Justiça).

5) Advogados

- ✓ Lei nº 8.906/94, art. 7º, § 3º

Por motivo ligado ao exercício da profissão, somente em flagrante de crime inafiançável, assegurada presença de representante da OAB e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB.

Ademais, caso a prisão em flagrante, ocorra por motivos diversos e estranhos ao exercício da advocacia, a prisão poderá ser realizada normalmente, independentemente da natureza da infração afiançável ou inafiançável, assegura a presença de representante da OAB quando da lavratura do respectivo auto.

6) Menores de 18 anos

- ✓ Crianças (até 12 anos incompletos)

Não é possível a privação da liberdade, em razão da prática do ato infracional (Lei nº 8.069/1990, art. 101, § 1º, com redação dada pela nº 12.010/2009). Por exemplo uma criança seja surpreendida num caso de flagrância prevista como crime ou contravenção penal (Lei nº 8.069/90, art. 103), deve ser apresentada ao Conselho Tutelar ou Justiça da Infância e da Juventude, para fins de aplicação da medida de proteção que reputar adequada, nos arts. 101, 105 e 136, inciso, I do Estatuto da Criança e do Adolescente.¹⁸

Aplicação de medida de proteção.

- ✓ **Adolescentes**

Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por escrita e fundamentada da autoridade judiciária (Lei nº 8.069/90,

¹⁸ **Síntese das Imunidades Prisionais.** Disponível em:
www.professor.pucgoias.edu.br/siteDocente/admin/arquivosUpload/17368.../PRISÃO.docx,
Acesso em: 21 jan. 2018.

art. 106, *caput*). Como se percebe, os adolescentes são possíveis a sua apreensão, ressalta que apreensão não deve ser tomado como sinônimo de prisão, pois são instituto distinto, (não se deve usar o termo prisão) em duas situações: flagrante de ato infracional e nos de internação.

Antes de sentença definitiva, a internação pode ser pelo prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias. A decisão deve ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida.¹⁹

1.2 Garantias Constitucionais da Prisão

No dizer de Marco Antonio Marques da Silva, traz um ponto importante da distinção entre ***direitos*** e ***garantias fundamentais***, que remonta a Rui Barbosa que separava as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. O autor faz referência Canotilho, que rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção aos direitos. As garantias traduzem-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade.

A mesma diferenciação o autor faz citação em sua obra a posição do Jorge Miranda afirmando que clássica e bem atual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias por outro lado. Os direitos representam só por si certos bens, as garantias acessórias e, muitas delas, adjetivas; os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se

¹⁹ LIMA, op. cit, p. 888.

projetam pelo nexo que possuem com direitos; na acepção jus racionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.²⁰

1.2.1 Da observância dos direitos fundamentais no Estado de Direito

Segundo Renato Brasileiro de Lima²¹, a prisão cautelar e a imposição de outras medidas cautelares de natureza pessoal põem em evidência uma enorme tensão no processo penal, pois, ao mesmo tempo em que o Estado se vale de instrumento extremamente gravoso para assegurar a eficácia da persecução penal – privação de absoluta e relativa da liberdade de locomoção antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, deve também preservar o indispensável respeito a direitos de liberdades de individuais que tão caro custaram para ser reconhecidos e que, em verdade, condicionam a legitimidade da atuação aparato estatal em um Estado Democrático de Direito. Na medida em que a liberdade de locomoção funciona com um dos dogmas do Estado de Direito, é intuitivo que a Constituição Federal estabeleça certas regras fundamentais a fim de impedir prisões ilegais ou arbitrárias. Afinal de contas, qualquer restrição à liberdade de locomoção é medida excepcional, cuja adoção deve sempre estar condicionada a parâmetro de estrita legalidade. Ressalta-se que esses direitos e garantias individuais estão consagrados na Constituição Federal e nos Tratados Internacionais do qual o Brasil é signatário.

1.2.2 Do respeito à integridade física e moral do preso

O respeito à integridade física e moral do preso vem consagrado na Constituição Federal no artigo 5º, XLIX, “é assegurado ao preso todos os seus direitos fundamentais, reconhecendo a liberdade de locomoção, salvo daqueles que estejam em desacordo com a pessoa presa”. Além da Carta Magna, o Pacto

²⁰ MORAES, Alexandre de. In: MARQUES DA SILVA, Marco Antonio. **Tratado Temático de Processo Penal**. São Paulo, Ed.Juarez de Oliveira, 2002, p. 112.

²¹ LIMA, op. cit, p. 906.

Internacional dos Direitos Civis e Políticos, previsto em seu artigo 10, toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.

Ressalta que as pessoas processadas deverão ser separadas, exceto as pessoas condenadas em receber tratamento distinto, condizente com sua condição de pessoas não condenadas, e no tange os jovens processados deverão ser separados dos adultos e seu julgamento de ocorrer o mais rápido possível.

No mesmo sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos consagra regras protetivas em seu artigo 5º que dispõem “os processados dever ficar separados dos condenados, salvo em circunstancias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado a sua condição de pessoas não condenadas”.

Decisão do Superior Tribunal de Justiça, acabou por reconhecer que os presos não podem ficar custodiados em contêiner, *in verbis*:

Se se usa contêiner como cela, trata-se de uso inadequado, ilegítimo e ilegal (...) Caso, pois de prisão inadequada e desonrante, desumana também (...) entre as normas e os princípios do ordenamento jurídico brasileiro, estão: da dignidade da pessoa humana, ressalta que não se combate violência do crime com a violência da prisão. Habeas corpus deferido, substituindo-se a prisão em contêiner por prisão domiciliar, com extensão a tantos quantos – homens – mulheres, estejam presos nas condições.²²

1.2.3 Respeito à integridade moral do preso e sua indevida exposição à mídia

Hodiernamente as prisões cautelares acompanhadas ao vivo pela imprensa que, coincidentemente, está sempre presente no lugar e hora marcada para registrar tudo. Tais imagens são exploradas à exaustão nos jornais que segundo os

²² Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, HC 142.513/ES. Rel. Min. Nilson Naves, j.23/03/2010. DJe 10/05/2010.

doutrinadores do direito penal, consiste a título de informações a sociedade. Sob a crista midiática, é colocada em segundo plano a finalidade de toda e qualquer prisão cautelar, qual seja, a de assegurar a eficácia da persecução penal.

Passam as prisões cautelares, outrossim, a desempenhar um efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantâneo, exercendo uma função absolutamente incoerente e proscriita para um instrumento legitimado por sua feição cautelar.²³

Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio:

[...] Ninguém desconhece a necessidade de adoção de rigor no campo da definição de responsabilidade, mormente quando o jogo interesse públicos de maiores envergaduras. No levantamento de dados, no acompanhamento dos fatos, no esclarecimento da população, importante é o papel exercido pela imprensa. Todavia, há de se fazer advertência da população de Joaquim Falcão, veiculada sob título A imprensa e a justiça, no Jornal O Globo, de 06.06.93: Ser o que não se é, errado. Imprensa não é justiça. Esta relação é um remendo. Um desvio institucional. Jornal não fórum. Repórter não é juiz. Nem editor é desembargador. E quando, por acaso, acreditam ser, transformar ser, trans. formam a dignidade da informação na arrogância da autoridade que não tem. Alguns jornais, ao divulgarem a denúncia alheia, acusam sem apurar. Processam sem ouvir. Colocam o réu sem defesa, condenam sem julgar, e joga o réu na prisão da opinião pública.²⁴

O exemplo emblemático de pessoas exibidas pela mídia “Escola Base”.

²³ LOPES JR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juri, 2006, p.55.

²⁴ Supremo Tribunal Federal, HC – Liminar. Relator Ministro Marco Aurélio, j.14.06.2000 – **Revista Síntese** 3/141.

1.2.4 Respeito à integridade física e moral do preso e uso de algemas

Segundo Renato Brasileiro de Lima, em face da lacuna legal referente ao uso de algemas quando do momento da prisão, mesmo antes da reforma processual de 2008, o Supremo Tribunal Federal já havia se posicionado no sentido de que o uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotada nas seguintes hipóteses:

- a) Com a finalidade de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer.
- b) Com a finalidade de evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo.²⁵

Súmula Vinculante nº 11 Supremo Tribunal Federal:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Nesse sentido, tem-se como exemplo o caso de Damião Ximenes Lopes; foi marcado por tamanha desumanidade em desrespeito a sua integridade física e moral, violando uns dos fundamentos que estrutura nosso Estado Democrático de Direito que é o princípio da Dignidade da Pessoa Humana (Art. 1º, III da CF/1988), foi a primeira condenação internacional do Estado Brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a referida Corte apontou que o Brasil falhou em seus deveres de respeito, prevenção e proteção aos direitos humanos.²⁶

²⁵ Supremo Tribunal Federal. HC n. 89.429/RO. 1ª Turma, Relatora Ministra Carmem Lúcia. Dj.02/02/2007, p. 114.

²⁶ Disponível: Justiça Global. <http://www.global.org.br/blog/corte-interamericana-de-direitos-humanos-emite-resolucao-sobre-o-cumprimento-pelo-brasil-da-sentenca-no-caso-damiao-ximenes/>. Acesso:05 mar. 2018.

1.2.5 Da comunicação imediata da prisão ao juiz competente ao Ministério Público

De acordo com Carta Magna, artigo 5º LXII, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

Nota-se que o dispositivo supracitado estabelece que a prisão de qualquer pessoa será comunicada imediatamente ao juiz competente sem adentrar na espécie de prisão, salvo que a prisão em flagrante independe de autorização judicial. Depois da prisão, o prazo de encaminhamento ao juiz competente é de 24 (vinte e quatro horas), o auto de flagrante acompanhado de todas oitivas e, caso o autuado não informe o nome de seu defensor, cópia integral para a Defensoria Pública, conforme dispõe o artigo 306 §1º do Código de Processo Penal. Além da comunicação ao magistrado competente, vale lembrar impõem –se a autoridade policial o dever de comunicação ao Ministério Público competente da prisão, localização onde se encontra o preso, cópia de todos documentos comprovando a legalidade da prisão, previsão expressamente no “*caput*” do artigo 306 do CPP, com a advento da Lei nº 12.403/2011, pois anteriormente a lei, sua base legal localizava na Lei Complementar nº 75/1993.

Portanto, uma vez caracterizada a ausência da comunicação a autoridade judiciária de qualquer espécie de prisão, acarreta numa grave violação à garantia constitucional que dispõe o artigo 5º, LXII, CF/88, que visa a proteção *status libertatis* do indivíduo.

1.2.6 Da comunicação imediata da prisão à família do preso ou à pessoa por ele indicada

A comunicação imediata da prisão de qualquer pessoa ao juiz competente e aos familiares ou à pessoa indicada pelo preso, prevista no artigo 5º, LXII, da CF/88, consiste em verdadeira garantia a liberdade, pois dela dependem outras garantias expressamente previstas no texto constitucional, como a análise da ocorrência ou não das hipóteses permissivas para prisão conforme dispõe o artigo 5º, LXI, a

possibilidade de relaxamento por ilegalidade conforme dispõe o artigo 5º, LXV da referida Carta Magna, ou, nos legalidade, se possível for a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança conforme dispõe o artigo 5º, LXVI da CF/88.²⁷

A finalidade no tocante à obrigação de comunicação da prisão à família do preso ou à pessoa por ele indicada, está relacionada a dois objetivos: o primeiro dar ciência aos familiares acerca do local do preso; segundo, permitir que o preso mantenha o contato e o apoio destes.

Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

A Constituição da República visa a resguardar o status libertatis, ensejando a pessoas de confissão do preso o conhecimento do fato, a fim de, diante de qualquer ilegalidade, ser afrontado o vício jurídico. A participação imediata do juiz competente é impostergável. A comunicação à família ou à pessoa pelo preso indicada configura direito subjetivo. A interpretação, porém, deve ser finalística. Pode ocorrer que o preso não interesse, ou mesmo não deseje que tal aconteça. Urge respeito a sua intimidade. Se a terceira pessoa, ainda que estranha à família ou pelo preso indicada, intervier, e de modo eficaz, compensar a ausência de alguém do rol constitucional, suprida está a situação jurídica. Exemplificativamente, a presença de defensor.²⁸

1.2.7 Do direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*)

Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima, o direito silêncio, previsto na Carta Magna com direito de permanecer calado, apresenta-se como uma das decorrências do *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo.²⁹

²⁷ LIMA, op. cit, p. 915.

²⁸ Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, RHC 1.526/RJ. Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. DJ 25/11/1991.p.17/84.

²⁹ LIMA, op. cit, p. 916.

1.2.8 Da assistência de advogado ao preso

De acordo com Carta Magna, no seu artigo 5º, inciso LXII, *in fine*, assegura ao preso a assistência da família e de advogado. Anteriormente a Lei nº 11.449/2007, existia uma celeuma na praxe forense a dificuldade da não concessão de assistência jurídica ao sujeito preso em flagrante, nem mesmo para defesa técnica pudesse pleitear o relaxamento de prisão, ou concessão da liberdade de provisória.

Nesse quadro emblemático se insere a importância da Lei nº 11.449/2007, no seu parágrafo primeiro (§ 1º) do artigo 306 do Código de Processo Penal, o dever da autoridade policial de comunicar à Defensoria Pública, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a prisão de toda e qualquer pessoa que não informe o nome de seu advogado, remetendo cópias de todos os termos de depoimentos tomados na oportunidade da lavratura do auto de prisão em flagrante. Nesse sentido, a Lei nº 11.449/2007, por força da Lei Complementar nº 132/2009, passou a constar, dentre as funções institucionais a Defensoria Pública, dentre outras, a de acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir a defesa técnica (LC n nº 80/94, artigo 4, inciso XIV).

Contudo, como se vê a importância, o dispositivo vem parcialmente ao encontro do artigo Art. 7º , número 6, do Decreto nº 678/1992 (Convenção Americano sobre os Direitos Humanos), incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, que dispõe que toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a juiz o tribunal competente, a fim de este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais (...), sem dúvida alguma, a imediata comunicação à Defensoria Pública assegura que eventual pedido de relaxamento da prisão ou liberdade provisória seja levando ao conhecimento da autoridade judiciária, que deverá manifestar fundamentalmente quanto à necessidade da subsistência da medida constritiva.

1.2.9 Do direito do preso à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial

Conforme o texto Constituição da República, no seu artigo Art. 5º, inciso LXIV, que dispõe “o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial, esse dispositivo encontra semelhança com encontrado na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (artigo 5º, n.4).

No caso de prisão em flagrante, o instrumento que materializa o direito do preso à identificação dos responsáveis pela sua prisão, se faz mediante a nota de culpa, ressalta que esta nota culpa não importa em confissão, nem tão pouco que o preso esteja aceitando as acusações imputada. O preso, ao receber a nota de culpa, deve assinar, caso o preso não saiba, ou não possa, ou não queira assinar, duas testemunhas assinarão pelo preso, atestando a entrega do documento. Conforme dispõe o artigo 306, § 2º do CPP, com nova redação dada pela Lei nº 12.403/2011, em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas. A contagem do prazo acima se faz a partir da captura, e não lavratura do auto prisão flagrante. Diferentemente da prisão preventiva e/ou temporária, esse direito é concretizado por meio de cópia do mandado de prisão, que deve ser entregue ao preso.

2 DAS MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL

2.1 Tutelas cautelar no processo penal com advento da Lei nº 12.403/2001

Renato Brasileiro de Lima, a tutela cautelar no processo penal, a qual é prestada independentemente do exercício de uma ação dessa natureza, que daria origem ao processo cautelar com base procedimental própria, mas sim através de medidas cautelares que podem ser concedidas durante toda a persecução penal, seja na fase investigatória, seja no curso do processo.³⁰ Essas medidas cautelares inserem-se nas restrições reclamadas pelo Estado Democrático de Direito á coerção para assegurar a finalidade de processo. O autor faz referência a Piero Calamandrei, que relata que os provimentos cautelares é a possível demora na prestação jurisdicional, funcionando como instrumentos adequados para evitar a incidência dos efeitos avassaladores do tempo sobre a pretensão que se visa obter através do processo, em suma representam uma conciliação entre duas exigências geralmente contrastante a da celeridade e a da ponderação.³¹

Com o advento da Lei nº 12.403/2011 ampliou, de forma significativa, o rol das medidas cautelares diversas da prisão cautelar, proporcionando o juiz a escolha mais justa no caso concreto. Nesse sentido o autor relata que de acordo com a nova redação do artigo 319 do CPP, são previstas 9 (nove) medidas cautelares diversas da prisão, todas aplicáveis pelo juiz, de forma isolada ou cumulativa, como vínculos da liberdade provisória (CPP, artigo 321), ou, ainda, de forma autônoma a prisão, sendo que artigo 320 do CPP também passou a prever a possibilidade de retenção de passaporte quando for imposta ao acusado a proibição de ausentar do país. Vejamos o disposto no Art. 319:

³⁰ Idem, p. 829.

³¹ CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Pádova: Cedam,1936, p.19.

São medidas cautelares diversas da prisão:

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

Segundo o autor, ainda nessa linha de raciocínio, a adoção de qualquer medida cautelar de natureza pessoal acarreta inegável restrição à liberdade de locomoção, ora com maior intensidade (prisão preventiva e temporária), ora com menor intensidade (medida diversa da prisão do artigo 319 CPP). Portanto, a sua aplicação deve ser feita com fiel observância a alguns dos princípios aplicáveis às medidas cautelares de natureza pessoal. São eles:

- a) **Presunção de inocência (ou não culpabilidade)**: Eugênio Pacelli, nos ensina a dupla e definitiva determinação constitucional acerca das prisões:

Art. 5º (...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

(...)LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”;

Nas palavras do autor, o princípio da inocência, ou da não culpabilidade, cuja sua origem mais significativa pode ser referida à Revolução Francesa e àquela do absolutismo, sob a rubrica da presunção de inocência, recebeu tratamento distinto por parte de nosso constituinte de 1988. A nossa Constituição, com efeitos, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas fases do processo penal ou da persecução penal, abrangendo, assim, tanta fase investigatória (fase pré-processual) quanto a fase processual propriamente dita ação penal.³²

b) **Da jurisdicionalidade**, segundo Renato Brasileiro de Lima, consiste na manifestação fundamentada do Poder Judiciário, seja previamente, nos casos de prisão preventiva, temporária, e imposição autônoma das medidas cautelares diversas da prisão, seja pela necessidade de imediata apreciação da prisão em flagrante, devendo o magistrado indicar de maneira fundamentada (art. 93, IX da CF), com base em elementos concretos existentes nos autos, a necessidade de segregação cautelar, inclusive com apreciação do cabimento da liberdade provisória, com ou sem fiança (CPP, artigo 310, II e II).³³

c) **Da Proporcionalidade**, nesse sentido Renato Brasileiro de Lima, relata em sede processual penal, o Poder Público não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da proporcionalidade. Daí a importância desses princípios, que se qualifica, enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais, como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público.³⁴

Após a abordagem de alguns princípios, o autor faz citação em sua obra a posição do Afrânio Silva³⁵ apresentam as seguintes caraterísticas das medidas cautelares:

³² PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 505.

³³ LIMA, op, cit, p. 829.

³⁴ Idem, p. 830.

³⁵ JARDIM, Afrânio Silva. In: LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Direito Processual Penal**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

- a) **Acessoriedade**, a medida cautelar depende de um processo principal, não possuindo vida autônoma em relação a este. Essa dependência, todavia, não afasta a possibilidade de decretação da medida cautelar no curso de determinada investigação, sem que ocorra a instauração do processo penal, por se verificar, posteriormente, ser hipótese de arquivamento;
- b) **Preventividade**: destina-se a atividade cautelar a prevenir a ocorrência de danos de difícil reparação o processo principal não chega ao fim;
- c) **Instrumentalidade hipotética e qualificada**: a tutela cautelar não é um fim em si mesmo, mas visa a assegurar a eficácia prática da atividade jurisdicional desempenhada no processo de conhecimento ou de execução. Como instrumento do instrumento – o processo é o instrumento de que se vale o Estado para aplicação do direito objetivo, enquanto as medidas cautelares têm por escopo tutelar os fins e os meios do processo satisfativo. Diz-se instrumentalidade hipotética porque o resultado que a medida cautelar pretende garantir, por ser futuro, é incerto. Acrescenta-se, ademais, que essa instrumentalidade também é qualificada, porque tutela a função jurisdicional, que, por sua vez, é meio e modo para realização do direito;
- d) **Provisoriedade**: a eficácia da medida cautelar é provisória. Tem justificativa na situação de emergência, deixando de vigorar quando sobrevêm o resultado do processo principal ou qualquer outro motivo que a torne desnecessária;
- e) **Revogabilidade (ou variabilidade)**: como desdobramento de sua provisoriedade, a manutenção da medida cautelar depende da persistência dos motivos que evidenciaram a urgência da medida necessária à tutela do processo;
- f) **Não definitividade**: a decisão relativa à medida cautelar não faz coisa julgada material;

g) Jurisdicionalidade: o poder cautelar é destinado ao magistrado, daí resultando a denominada reserva de jurisdição, consubstanciada pela necessidade de controle jurisdicional sobre a medida cautelar. As mudanças produzidas no CPP pela Lei nº 12.403/2011 deixaram ser decretadas pela autoridade judiciária competente (art. 282, § 2º, art. 321, caput), ressalvada a possibilidade de autoridade policial conceder liberdade provisória com fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não superior a 4 (quatro) anos (CPP, art.322);

h) Sumariedade: a cognição nas medidas cautelares, em relação à profundidade, não é exauriente, mas sumária. Em razão da natureza de urgente dessas medidas, o juiz exerce uma cognição sumária, limitada a sua profundidade, permanecendo em nível superficial. Daí porque, por ocasião da decretação dessas medidas, não se faz necessário um juízo de certeza, mas sim de probabilidade de dano (*periculum in mora*) e de probabilidade do direito (*fumus boni iuris*).

Nessa contenda interpretativa das medidas cautelares pessoais, vale trazer à tala, a definição de dez sínteses conclusivas de Eugênio Pacelli: ³⁶

1. “embora a Lei nº 12.403/2011 mantenha a distinção conceitual entre prisões, medidas cautelares e liberdade provisória, é bem de ver que todas elas exercem o mesmo papel e a mesma função processual de acautelamento dos interesses da jurisdição criminal;
2. as medias cautelares, quando diversas da prisão, podem ser impostas independentemente de prévia prisão flagrante (282,§ 2º, CPP), ao contrário da legislação anterior, que somente previa a concessão de liberdade provisória para aquele que fosse aprisionado em flagrante delito. Por isso, podem ser impostas tanto na fase de investigação quanto na de processo;
3. as referidas medidas cautelares, diversas da prisão, poderão também substituir a prisão flagrante (art. 310, II, e art. 321, CPP), quando não for cabível e/ou adequada a prisão preventiva (art. 310, II, CPP);

³⁶ PACELLI, op. cit, p. 502-504.

4. a liberdade provisória significa apenas a diversidade de modalidades de restituição da liberdade, após a prisão em flagrante. O artigo 321, CPP (“ausentes os requisitos que autorizam a prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 (...)”)), deve ser entendido nesse sentido (de restituição da liberdade do aprisionado) e não como fundamento para a decretação de medidas cautelares sem anterior prisão em flagrante. A base legal para estas últimas providências reside no art. 282, § 2º, CPP;
5. a prisão preventiva tanto poderá ser decretada independentemente da anterior imposição de alguma medida cautelar (art.282, § 6º, arts. 311, 312, e 313, CPP), quanto em substituição àquelas (cautelares) previamente impostas e eventualmente descumpridas (art. 282, § 4º, art. 312, parágrafo único, CPP);
6. poderá, do mesmo modo, ser decretada como conversão da prisão em flagrante, quando presentes os seus requisitos (art. 310, II, CPP), e forem insuficientes as demais cautelares; nesse caso, impõem-se a observância do teto/limite de pena contido no artigo 313, I CPP (pena superior a quatro anos), ressalvadas as hipóteses do mesmo artigo 33 e do art. 20 da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006);
7. A prisão preventiva poderá também ser substituída por medida cautelar menos gravosa, quando esta se revela mais adequada e suficiente para efetividade do processo (art. 282, § 5º, CPP);
8. quando decretada autonomamente, ou seja, como medida independente mente do flagrante, ou, ainda, como conversão deste, a prisão preventiva submete-se às exigências dos arts. 312 e 313, I, ambos do CPP; quando, porém, for decretada subsidiariamente, isto é, como substitutiva de outra cautelar descumprida, não se exigirá a presença das situações do art. 313, CPP;
9. nenhuma medida cautelar (prisão ou qualquer outra) poderá ser imposta quando não for cominada a infração, objeto de investigação ou de processo, pena privativa da liberdade, cumulativa ou isoladamente (art. 283, § 1º, CPP); do mesmo modo, não se admitirá a imposição de cautelares e, menos ainda, da prisão preventiva, aos crimes para os quais seja cabível a transação penal, bem como nos casos em que seja proposta e aceita a suspensão condicional do processo, conforme a Lei nº 9.099/1995, que cuida dos Juizados Especiais Criminais e das infrações de menor potencial ofensivo. Em se tratando de crimes culposos, a imposição de medida cautelar, em princípio, não será admitida, em face do postulado da proporcionalidade; contudo, quando – e somente quando- se puder antever a possibilidade concreta de imposição de pena privativa de liberdade ao final do processo, diante das condições pessoais do agente, serão cabíveis, excepcionalmente para os crimes culposos, as cautelares dos arts. 319 e 320, segundo a respectiva necessidade e fundamentação;
10. no caso de concursos de crimes, sobretudo quando presente a conexão ou continência entre eles, quando a somatória das

penas dos delitos superar quatro anos, será cabível a decretação da prisão preventiva de modo autônomo.

E, por fim, ainda nesse sentido do autor, de se atentar para o fato de que atuais regras das cautelares pessoais, que surgem precisamente para evitar o excesso de encarcerização provisória, não podem ser banalizadas, somente justificando a sua imposição, sobretudo quando não for caso de anterior prisão em flagrante, se forem atendidos os requisitos gerais previstos no art. 282, I e II, CPP, fundada, portanto, em razões justificadas de receio quanto ao risco é efetividade do processo. Todas as restrições de direitos pessoais e à liberdade de locomoção previstas em nosso Código de Processo Penal, antes do trânsito em julgado e a partir da Lei nº 12.403/2011, recém a alcunha ou a designação de medidas cautelares.³⁷

³⁷ PACELLI, op. cit, p. 502-504.

3 MODALIDADES DE PRISÕES CAUTELARES

3.1 Flagrante

Renato Brasileiro de Lima, noticia que a prisão em flagrante, como uma medida de autodefesa da sociedade, consubstanciada na privação da liberdade de locomoção daquele que é surpreendido em situação de flagrância, a executada independentemente de prévia autorização judicial (CF, Art. 5º, LXI), a expressão “delito”, não abrange somente crime, bem como a contravenção penal.³⁸

A **Natureza jurídica** da prisão em flagrante, diversamente da prisão preventiva e da prisão temporária, a prisão em flagrante independe de prévia autorização judicial, estando sua efetivação limitada à presença de uma situação de flagrância descrita no art. 302, Código de Processo Penal. Nesse caso, todavia, tratando –se de infração de menor potencial ofensivo, não se procede a lavratura de Auto de Prisão em Flagrante, mas sim Termo Circunstanciado de Ocorrência, caso o agente assumo o de comparecer ao Juizado ou a ele compareça imediatamente (Lei nº 9.099/95, art. 69, parágrafo único).

Nesse mesmo sentido, o autor discorre as funções da prisão em flagrante em evitar a fuga do infrator, auxiliar na colheita de elementos informativos, auxiliar na colheita, nos elementos de informação, auxiliando o dominus litis na comprovação do fato delituoso e impedir a consumação do delito, no caso em que a infração está sendo praticada, (CPP, artigo 302, inciso II, III e IV). Por conseguinte as hipóteses de prisões as situações de flagrante, em que a prisão é possível, estão descritas no art. 302 do CPP, são elas:

Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la (doutrina denomina flagrante próprio); III – o gente é perseguido, logo após a infração, em situação que faça presumir ser o autor do fato, não existe um limite

³⁸ LIMA, op. cit, p. 951.

temporal para o encerramento da perseguição(flagrante impróprio);
IV – o agente é preso, logo depois de cometer a infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração, note não exige perseguição (flagrante presumido).

Nesse diapasão, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues de Alencar, discorrem sobre as modalidades de flagrante.³⁹

- ✓ Flagrante próprio;
- ✓ Flagrante impróprio;
- ✓ Flagrante presumido;
- ✓ Flagrante compulsório ou obrigatório;
- ✓ Flagrante esperado;
- ✓ Flagrante preparado ou provocado;
- ✓ Flagrante prorrogado;
- ✓ Flagrante Forjado;
- ✓ Flagrante facultativo;
- ✓ Flagrante por apresentação.

A primeira modalidade é o **flagrante próprio** (art. 302, I e II, CPP), o agente é surpreendido cometendo a infração penal ou quando acaba de cometê-la. A prisão deve ocorrer de imediato, sem o decurso de qualquer intervalo de tempo.

A segunda é o **flagrante impróprio** (art. 302, III, CPP), o agente, logo após a infração, em situação que faça presumir ser o autor do fato. Não existe um limite temporal para o encerramento da perseguição.

A terceira é o **flagrante presumido** (art. 302, IV, CPP), o agente é preso logo depois de cometer a infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que presumam ser ele o autor da infração, note que esta modalidade não exige perseguição.

³⁹ TÁVORA, Nestor; ROSMAR, Rodrigues Alencar. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Salvador: JusPodiVM, 2017, p.891 a 896.

A quarta é o **flagrante compulsório ou obrigatório** (art.301, in fine, CPP) as policiais civil, militar, rodoviária, ferroviária e o corpo de bombeiros militar, desde que em serviço, tem o dever de efetuar a prisão em flagrante, sempre que a hipótese se apresente.

A quinta é o **flagrante esperado**, atividade da autoridade policial antecede o início da execução delitiva. A polícia antecipa-se ao criminoso, e, tendo ciência de que a infração ocorrerá, são na frente, fazendo campana (tocaia), e realizando a prisão quando os atos executórios são deflagrados. Nada impede que o flagrante, esperado seja realizado por particular.

A sexta é a **flagrante preparado ou provocado**, consiste numa prisão ilegal, o agente é induzido ou instigado a cometer o delito, e, neste momento, acaba sendo preso em flagrante. Ressalta-se, que o Supremo Tribunal Federal posicionou seu entendimento que resultou na Súmula n. 145: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

A sétima é o **flagrante prorrogado**, autoridade policial tem faculdade de aguardar, do ponto de vista da investigação criminal, o momento mais adequado para realizar a prisão, ainda que sua atitude implique na postergação da intervenção. Encontra previsão na legislação extravagante: Lei nº 12.850/2013, Lei nº 11.343/2006.

A oitava é o **flagrante forjado**, é aquele armado, fabricado, realizado para incriminar a pessoa inocente. É a lúdima expressão do arbítrio, onde a situação de flagrância é maquinada para ocasionar a prisão daquele que não tem conhecimento do ardil. Ex.: empregador que insere objetos entre os pertences do empregado, ocasionando a polícia para prendê-lo em flagrante pelo furto, para com isso demiti-lo por justa causa.

A nona é o **flagrante facultativo** (art. 301 CPP) é a faculdade legal que autoriza qualquer do povo a efetuar ou não a prisão em flagrante.

A décima e última é o **flagrante por apresentação**, quem se entrega a polícia não se enquadra em nenhuma das hipóteses legais autorizadas do flagrante, assim não será autuado.

3.2 Temporária

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues de Alencar, descrevem a temporária consiste numa prisão de natureza cautelar, com prazo preestabelecido de duração cabível exclusivamente na fase do inquérito policial ou procedimento investigativo equivalente, objetivando o encerramento em razão das infrações seletamente indicadas na legislação. Decretação à prisão temporária está adstrita a cláusula de reserva jurisdicional, e, em face do disposto no art. Art. 2º da lei nº 7.960/1989, somente pode ser decretada pela autoridade judiciária, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, logo a prisão temporária não pode ser decretada de ofício pelo juiz, pressupondo provocação.

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

É de suma importância quanto a seu cabimento, a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* para que a medida seja decretada, aplicando-se o critério de proporcionalidade estampado nos incisos I e II, do artigo 282, do Código de Processo Penal, da nova redação da Lei nº 12.403/2011 cumulado com o artigo Art. 1º da Lei nº 7.960/1989 trata da matéria admitindo quando imprescindível para as investigações do inquérito policial e quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos ao esclarecimento de sua identidade, ressalta-se que não pode ser decretada de ofício, seu prazo pré - determinado de 5 (cinco) dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovante necessidade, em se tratando de crimes hediondos 30 dias prorrogáveis

por igual período em caso de extrema e comprovante necessidade (Art. 2º, § 4º da Lei nº 8.072/1990).

3.3 Preventiva

3.3.1 Conceito e fundamento

Renato Brasileiro de Lima, a prisão preventiva é uma espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do que querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou processo criminal, pode ser decretada de ofício pelo magistrado, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que se relevem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319).⁴⁰

Segundo Claus Roxin, “entre as medidas que asseguram o procedimento penal, a prisão preventiva é a ingerência mais grave na liberdade individual; por outra parte, ela é indispensável em alguns casos para a administração da justiça penal eficiente”.⁴¹ Conforme as palavras do autor, a prisão preventiva somente poderá ser decretada em última *ratio*, ou seja, situação de excepcionalidade se fizer realmente necessário, haja vista o esgotamento de toda análise dos requisitos legais que a autorizam. Se sua decretação for por decisão devidamente fundamentada por ordem escrita do juiz para evitar que o investigado ou acusado cometa novas infrações penais ou ainda que sua liberdade prejudique a colheita de provas ou risco de fuga, sua decisão é perfeitamente adequada, conforme se observa Art. 5º, LXI da Carta de 1988 e, não há que se fala em violação a garantia constitucional do

⁴⁰ LIMA, op. cit, p. 956.

⁴¹ MAGALHÃES, Caio Lucas Brito Silva. **Prisão preventiva:** garantia da ordem pública e seus conceitos. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 mar. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47506&seo=1>. Acesso em: 08 fev. 2018.

princípio da presunção de inocência. Ademais, deixando de atender os requisitos legais que há motivaram a sua decretação, o magistrado deverá revoga-la imediatamente.

Eugênio Pacelli (2017) traz, a título de exemplo, a legislação comparada de Portugal, que desce detalhes para esclarecer os requisitos necessários à imposição de quaisquer medidas cautelares, entre as quais poderíamos incluir a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, como prevê o artigo 204, c, CPP de Portugal, a hipótese de “perigo, em razão da natureza e das circunstâncias ou da personalidade do arguido, de que este continue a atividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e tranquilidade públicas”.

Nessa mesma linha de exemplaridade, Fernando da Silva e Luís Henrique Alves Machado descrevem de forma breve e, conclusiva, fatores comuns e distintos, que cada ordenamento jurídico determina as suas exigências particulares para sustentar o decreto da prisão preventiva; alguns merecem uma referência especial.⁴²

Vejamos:

- ✓ **Portugal** – A prisão preventiva no ordenamento português, descreve que, nenhuma medida de coação pode ser aplicada se em concreto não se verificar: a) fuga ou perigo de fuga; b) perigo de perturbação do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova; ou c) perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas ou de continuação da atividade criminosa - sempre para crimes com pena superior a três anos de prisão. (CPP, art. 204). Aponta –se, uma distinção de suma importância, do direito Português, que consiste no pressuposto da garantia da ordem pública que fundamenta o decreto preventivo de forma expressa no seu Código de Processo Penal Português no seu artigo 204, alínea c, diferentemente no que

⁴² SILVA, Fernando. **Prisão preventiva, análise de direito comparado**. Janus Online, 2004. Disponível em: https://www.janusonline.pt/arquivo/2004/2004_3_3_12.html#dados. Acesso em: 06 mar. 2018.

tange ao ordenamento jurídico brasileiro que traz uma lacuna na definição legal acerca da prisão. Em contra partida ambos os ordenamentos jurídicos, traz pontos de similitudes, dentre este, o Princípio da Excepcionalidade que toma como sinônimo a “*última ratio*”, conforme determina no Código de Processo Penal de Portugal, no art. 193.2, “determina que a prisão preventiva somente pode ser aplicada quando todas as demais medidas resultem inadequadas ou insuficientes”.

- ✓ **França** – No estado francês, o instituto da prisão preventiva (garde préventive), para crimes que sejam sujeitos a pena de prisão superior a três anos, ou sempre que o agente se furte voluntariamente ao cumprimento de outras medidas que lhe sejam aplicadas. E sempre que seja o único meio de: conservar as provas, impedir pressões sobre testemunhas ou outros intervenientes, colocar fim à infracção impedindo a reiteração dos comportamentos, ou de pôr fim a uma perturbação excepcional da ordem pública provocada pela gravidade da infracção.

- ✓ **Alemanha** – Luís Henrique Alves Machado, noticia que no Direito processual alemão, para que a ordem de prisão preventiva seja legítima, devem estar presentes tanto os requisitos formais, bem como os materiais. A desatenção a qualquer um desses pressupostos torna o decreto de prisão preventiva ilegal. Os fundamentos que autorizam a ordem de prisão guardam traços em comum, possuindo, contudo, diferenças de relevo. Na Alemanha, o primeiro pressuposto que demanda análise é a “forte suspeita do cometimento do delito” (*dringender Tatverdacht*), enquanto no Brasil é necessária a configuração do “*fumus comissi delicti*”, isto é, deve-se verificar se a pessoa mandada ao cárcere, antes do trânsito em julgado da demanda, apresenta motivos razoáveis para ser considerada como agente do delito, além de estar configurada a materialidade. Os requisitos da “fuga” (*Flucht*) e do “perigo de fuga” (*Fluchtgefahr*), previstos no direito alemão, equivalem à “garantia da aplicação da lei penal” no Direito brasileiro. Já o requisito de “perigo de

escurecimento [encobrimento]” (*Verdunkelungsgefahr*), agasalhado pelo Código de Processo alemão, tem natureza compatível com a “conveniência da instrução criminal”, abrigado pelo Direito Processual Penal brasileiro. O “perigo de repetição” (*Wiederholungsgefahr*) e o “cometimento de um crime capital” (*vorliegen eines Kapitalverbrechens*) podem ser enquadrados dentro do conceito de “garantia da ordem pública”, a depender do caso concreto e obedecidos determinados requisitos estabelecidos pela jurisprudência brasileira. Por outro lado, não há paralelo correspondente no Direito alemão, em relação ao requisito da garantia da ordem econômica, diferentemente do sistema processual brasileiro, que possui determinação expressa nesse sentido.⁴³

Desta forma, o que se pode observar nesta breve análise comparada dos sistemas processuais penais supracitados, no que diz respeito a prisão preventiva, possuem disposições normativas distintas e semelhanças. Uma das diferenças observadas de cada ordenamento jurídico, foi concerne a fixação do *quantum* da pena para o seu decreto preventivo, que a diferencia do ordenamento jurídico brasileiro, bem como os fundamentos que autorizam a ordem de prisão guardam traços em comum, possuindo, contudo, diferenças de relevo. Por sua vez, a observância dos princípios de grande relevo para decretação da prisão preventiva, dentre estes o Princípio da Excepcionalidade (*ultima ratio*), da Proporcionalidade e o Presunção de Inocência ou não culpabilidade.

3.3.2 Pressupostos

Como já abordado acima, a prisão preventiva para ser decretada deve atender seus requisitos legais, dentre estes a presença do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, para assegurar que medida não é fundamentada por arbitrariedades do magistrado.

⁴³ MACHADO, Luís Henrique Alves. **A prisão preventiva sob a perspectiva do Direito alemão**. Jota. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/prisao-preventiva-sob-perspectiva-direito-alemao-24022015>. Acesso em: 15 mar. 2018.

Pedro Henrique Dermecian e Jorge Assaf Maluly, descrevem que essa modalidade de prisão não decorre de uma sentença condenatória definitiva, transitada em julgada, na qual a autoria e a existência do crime são certas, a presença desses requisitos cautelares garante que a restrição da liberdade não será produto de atos estranhos ao interesse público. Segundo o Código de Processo Penal, artigos 311 a 316, a prisão pode ser decretada em qualquer fase da persecução penal, seja na fase investigativa ou instrução criminal, conforme o advento da nova Lei nº 12.403/2011.⁴⁴

Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima, são apresentados 2 (dois) requisitos legais as serem atendidos o *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* para decretação da prisão preventiva.⁴⁵

O primeiro desses requisitos é o *fumus commissi delicti* - para sua decretação é fundamental a demonstração de prova da existência do crime, revelando a veemência da materialidade, e indícios suficientes de autoria ou a participação na infração (art. 312, *caput, in fine*, CPP). Os pressupostos para sua decretação materializam o *fumus commissi delicti*, para decretação da medida, dando um mínimo de segurança na decretação da cautelar, com a constatação probatória da infração e do infrator, são eles: a) prova da existência do crime: a materialidade delitiva deve estar devidamente comprovada para que o cerceamento cautelar seja autoriza, ou seja, não basta mera suspeita de ter ocorrido o crime; b) indícios suficientes da autoria: basta que existiam indícios fazendo crer que o agente é o autor da infração penal. Não é necessário haver prova robusta, somente indícios.

O segundo requisito cautelar é o *periculum libertatis*, indispensável para segregação preventiva, está consubstanciado em um dos fundamentos do artigo 312 do CPP: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) garantia de aplicação da lei penal; d) conveniência da instrução criminal.

⁴⁴ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.512.

⁴⁵ LIMA, op. cit, p. 961.

Ainda nesse sentido o autor, descreve que, por força do novo parágrafo único do art. 312 do CPP, a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (CPP, art. 282 § 4º).

Nota-se que a prisão preventiva, não é necessário a presença cumulativa de todos esses fundamentos, mas apenas um único destes ou logicamente caso esteja presente mais de um fundamento deve o juiz fazer menção a cada um deles é o suficiente para que decreto prisional seja expedido.

3.3.3 Garantia da ordem econômica

Marco Antonio Marques da Silva e Jayme Walmer de Freitas, asseveram que a garantia da ordem econômica que a Lei Antitruste, nº 8.884/1994, de 11-6-1994, deu nova redação ao art. 312 do Código de Processo Penal e introduziu essa nova hipótese de custódia preventiva, com a qual se busca combater o crescimento da criminalidade econômica, evitando que solto, o agente persista na prática de crimes contra a ordem econômica.

A possibilidade de prisão encontra aplicabilidade nas diversas hipóteses catalogadas nos arts. 20 e ss. da própria Lei Antitruste, bem como em leis extravagantes, especificamente nas leis tutelares da ordem econômica e no próprio diploma legal.⁴⁶

3.3.4 Conveniência da instrução criminal

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues de Alencar, descrevem que a conveniência da instrução criminal, tutela-se a livre produção probatória, impedindo

⁴⁶ SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 491.

que o agente destrua provas, ameace testemunhas, ou comprometa de qualquer maneira a busca da verdade. Deve - se com isso imprimir esforço no atendimento ao devido processo legal, que é expressão de garantia, na faceta da justa e livre produção do manancial de provas.⁴⁷

3.3.5 Garantia de aplicação da lei penal

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues de Alencar, noticia que a garantia de aplicação da lei penal é evita-se aqui a fuga do agente, impedindo o sumiço do autor do fato, que deseja eximir-se de eventual cumprimento da sanção penal. Deve haver demonstração fundada quanto à possibilidade de fuga. A mera conjectura, ou a possibilidade em razão da condição econômica do réu, não são, isoladamente, fatores só, mesmo que não justifica, não autoriza a decretação da preventiva. Para trazer o réu que não deseja comparecer, tem autoridade à sua disposição a condução coercitiva (art. 260, CPP).⁴⁸

3.3.6 Da Ordem Pública

3.3.6.1 Análise da Garantia da Ordem Pública na doutrina nos julgados Contemporâneo da Corte Brasileiras

Aqui localiza o emblemático objeto de atenção deste trabalho. Não há conceito exato sobre o significado da expressão “ordem pública”, o que tem levado a celeumas doutrinárias e interpretações adversas das Cortes Superiores Brasileiras e, por conseqüente sensação de dois pesos e duas medidas para aplicação do direito em casos concretos.

⁴⁷ TÁVORA, Nestor; ROSMAR, Rodrigues Alencar. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Salvador: JusPodiVM, 2017, p. 956.

⁴⁸ Idem, p. 919.

Renato Brasileiro de Lima, relata que a expressão “garantia de ordem pública” é extremamente vaga e indeterminada, gerando controvérsia a doutrina e na jurisprudência quanto ao seu real significado. Por esse motivo, por ocasião da elaboração do projeto de Lei nº 4.208/2001, que deu origem à Lei nº 12.403/2011, foi proposta pela comissão uma nova redação ao artigo 312, *caput*, do CPP, nos seguintes termos:

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

O autor, ainda nessa linha, discorre que a prisão preventiva poderá ser decretada quando verificados a existência de crime e indícios suficientes de autoria e ocorrerem fundadas razões de que iniciado ou acusado venha criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, a probidade administrativa ou ordem econômica ou financeira considerados graves ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa. Segundo o doutrinador, tal redação definia de maneira mais precisa a natureza da prisão preventiva nessa hipótese, pois, além de deixar claro que a expressão “ordem pública” não significa clamor social provocado pelo delito, nem tampouco repercussão do crime na mídia, permitia a decretação do cárcere quando houvesse risco na reiteração delituosa em crimes de especial gravidade.⁴⁹

O Congresso Nacional optou, todavia, por não alterar a redação que vigorava desde a Lei anteriormente que autorizava a prisão preventiva como garantia da ordem pública, mantendo a redação do artigo 312 do Código Processo Penal. Nessa premissa o que observa é que houve uma opção do legislador em manter a referência à garantia da ordem pública, ao invés de adotar expressões de significados mais preciso.

⁴⁹ LIMA, op. cit, p. 968.

Nesse diapasão Eugênio Pacelli (2017), discorre que a prisão para a garantia da ordem pública não se destina a proteger o processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei penal. Dirige-se, ao contrário, à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não-aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social [...].

Fazendo um contraponto aos entendimentos supramencionados, Aury Lopes Jr. (2018) entende que a prisão preventiva decretada com o fundamento de garantir a ordem pública seria inconstitucional. Segundo o autor, este fundamento não é cautelar, pois não tutela o processo, sendo, portanto, flagrantemente inconstitucional, até, porque, nessa matéria, é imprescindível a estrita observância ao princípio da legalidade e da taxatividade. Considerando a natureza dos direitos limitados (liberdade e presunção de inocência), é absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva (*in malan artem*) que amplie o conceito de cautelar até o ponto de transformá-la em medida de segurança pública.⁵⁰

Em outras palavras, Lopes Jr., defende que a prisão cautelar deve servir de instrumento ao processo, garantindo o normal funcionamento da justiça, mas não pode servir para “fazer justiça”. Assim, o autor repudia a utilização da prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública, já que, nesse caso, a prisão seria utilizada como uma forma de retribuição ao mal causado, atuando como uma pena antecipada (função preventiva geral e especial).⁵¹

Data vênia, não podemos concordar com o entendimento de Ary Lopes Jr. Preferimos as lições de Andrey Borges de Mendonça, que conclui o seguinte: a prisão preventiva para fins de garantia da ordem pública não possui finalidade de prevenção geral ou especial, mas sim de prevenção concreta, com o intuito de evitar que a sociedade sofra um dano concreto iminente em seus bens jurídicos relevantes. Ao assim fazê-lo, o processo penal está buscando um de seus fins, que

⁵⁰ Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937452/garantia-da-ordem-publica-como-fundamento-para-a-prisao-preventiva>, Acesso em: 05 fev. 2018.

⁵¹ Idem.

é a proteção da sociedade, contra ameaças concretas, concretizando um dos escopos da própria função jurisdicional (escopo social).⁵²

Diante do exposto, entendemos que a prisão preventiva decretada com fundamento na garantia da ordem pública, funciona como um instrumento indispensável a favor da Justiça para conter a reiteração de condutas criminosas, sempre que restar comprovada a periculosidade de um agente.⁵³

Nesse sentido, surgem emblemáticas indagações: **o que se entende por ordem pública? Quais são as situações colocam em risco a ordem? Garantir a ordem pública atende aos fins cautelares?** Desse modo, sem nenhuma definição legal do que venha a ser expressão “ordem pública”, qualquer aplicação da medida cautelar embasada em hipótese lacônica, não deve ser decretada tal prisão.

Conforme a nossa **Corte Suprema**, já se pronunciou da seguinte maneira:

HABEAS CORPUS. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. PRISÃO CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DELIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DESSE FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM DENEGADA. 1. Muito já se escreveu sobre esse fundamento específico da prisão preventiva, previsto no art. 312 do CPP. Para alguns estudiosos, serviria ele de instrumento para evitar que o acusado, em liberdade, praticasse novos crimes ou colocasse em risco a vida das pessoas que desejassem colaborar com a Justiça, causando insegurança no meio social. Outros preferem associar a ordem pública à credibilidade do Poder Judiciário e das instituições públicas. Por fim, há também aqueles que encaixam no conceito de ordem pública a gravidade do crime ou a reprovabilidade da conduta, sem falar no proverbial “clamor público”, muitas vezes confundido com a repercussão, na mídia, causada pelo suposto delito (...). STF. (HC nº 111.244, Relator Min. AYRES BRITO, Segunda Turma, Julgado em 10/04/2012). Nota-se que o ilustre ministro aponta as divergências de interpretações e posicionamentos quanto a um conceito da expressão “ordem pública” como pressuposto de fundamentação da prisão preventiva.

Da mesma forma, a jurisprudência do **Superior Tribunal de Justiça**, do

⁵² Idem.

⁵³ Idem.

informativo nº 413, da Sexta Turma ao expor fundamentos sobre a conversão de uma prisão temporária em preventiva, nas palavras do Min. rel. Nilson Naves, explicitou que: "A gravidade e a crueldade, por si sós, não são suficientes a embasar a preventiva, porém a agressão e a ameaça às testemunhas o são". (HC 110.584-MT, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 27/10/2009).

As lições que se extraem do presente informativo, bem como as palavras do Ministro Ayres Brito acima colacionada pelo Supremo Tribunal Federal, é que, de fato, a "garantia da ordem pública" se mostra um significado de difícil conceituação, uma lacuna deixado pelo nosso legislador ordinário, mas que a doutrina e a jurisprudência vem buscando de forma árdua caminhos no sentido de que ela legítima, evitando que ocorra decretação arbitrárias e genérica, bem como o cuidado para que não há violação das garantias constitucionais em especial o princípio de presunção de inocência ou não culpabilidade. Nas palavras do Ministro Felix Fischer a prisão cautelar só se justifica quando fica demonstrada sua real necessidade e essa conclusão é possível quando se extrai dos autos que a liberdade do acusado acarretará insegurança jurídica e lesão à ordem pública.

Ao longo desses anos, a doutrina e a jurisprudência brasileira, têm posicionado o entendimento da noção da expressão "ordem pública" em diversos entendimentos:

- ✓ O primeiro posicionamento fundamentando a prisão como risco de **reiteração delitiva**, ou seja, repetição de ação juntamente em análise da gravidade do fato.
- ✓ O segundo posicionamento fundamentando a prisão embasado no **clamor público/percussão social**.
- ✓ O terceiro posicionamento fundamentando a prisão na **periculosidade do agente**.

Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima, posiciona, juntamente com os demais considerada uma **corrente majoritária a prisão como risco de reiteração**

delitiva, que entende-se garantia da ordem pública com risco considerável de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade, seja porque se trata de pessoa propensa a prática delituosa, seja porque, se solto, teria os mesmos estímulos relacionados com delito cometido, inclusive pela possibilidade de voltar ao convívio com parceiros do crime. Acertadamente, essa, corrente, que é a majoritária, sustenta que a prisão preventiva poderá ser decretada com objetivo de resguardar a sociedade da reiteração de crimes em virtude da periculosidade do agente logo a prisão preventiva com base na garantia ordem pública, faz-se um juízo de periculosidade do agente (e não de culpabilidade), que, caso positivo, demonstra a necessidade de sua retirada cautelar do convívio social).⁵⁴

HABEAS CORPUS. FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. CUSTÓDIA CAUTELAR LASTREADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL (CPP, ART. 312). EXCESSO DE PRAZO. NÃO-CONFIGURAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO DA DEFESA. PROCESSO COMPLEXO. ORDEM INDEFERIDA. (...) . 3. Quanto ao requisito da garantia da ordem pública, em linhas gerais e sem qualquer pretensão de exaurir todas as possibilidades normativas de sua aplicação judicial, destaco as seguintes circunstâncias principais: i) a necessidade de resguardar a integridade física do próprio paciente ou dos demais cidadãos; ii) **o imperativo de impedir a reiteração das práticas criminosas**, desde que tal objetivo esteja lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar; e iii) para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do Poder Judiciário, quanto à visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução criminal e desde que diretamente relacionadas com a adoção tempestiva de medidas adequadas e eficazes associadas à base empírica concreta que tenha ensejado a custódia cautelar. Precedentes: (STF, HC nº 89.090/GO, Órgão Julgador. Segunda Turma 05/10/2007, pg. 38).

Note-se no Habeas Corpus supracitado de forma ainda embrionária, que a Suprema Corte não sustenta um conceito claro e fundamentado da real expressão “ordem pública”, mas nesse julgado em especial o Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal, tem destacado algumas circunstanciais principais que podem destacar alguns requisitos quanto a sua decretação, dentre estes de aborda **a reiteração delitiva**.

⁵⁴ LIMA, op. cit, p. 967-968.

Em outra oportunidade, ressaltou-se o plenário Supremo Tribunal Federal no julgamento da operação lava-jato, a decretação com fundamento da garantia da ordem pública evitando o risco de reiteração delitiva:

OPERAÇÃO LAVA-JATO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM FUNDAMENTO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, NA CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL, E PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA NA INSTÂNCIA INFERIOR, SENDO MANTIDA A PRISÃO. IMPETRAÇÃO DE NOVO HABEAS CORPUS, EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL (ART. 105, II, a, da CF), PARA ANULAR O DECRETO PRISIONAL. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA, NO MAIS, DE ILEGALIDADE MANIFESTA A JUSTIFICAR A CONCESSÃO DE OFÍCIO DA ORDEM (§ 2º DO ART. 654 DO CPP). HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA.

(...)

III - A existência de ações penais e de vários inquéritos policiais para apurar supostos crimes praticados contra a Administração Pública é fundamento idôneo para sustentar decreto de prisão preventiva com a finalidade de garantir a ordem pública, **evitando-se o risco de haver reiteração delitiva.**

(...)VI - Habeas Corpus não conhecido, ficando mantida a prisão preventiva decretada.

(STF, HC nº 382493 PR 2016/0327360-7, Órgão Julgador. Quinta Turma, DJ. 3/03/2017, Julgamento, 21 de março de 2017, Relator Ministro Felix Fische).

Por derradeiro, o julgado da corte Superior Tribunal de Justiça, em um Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Estupro contra vulnerável, prisão preventiva fundamentada em risco de reiteração delitiva.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABES CORPUS. ESTUPRO CONTRA VULNERÁVEL. PRISÃO PREVENTIVA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO ACUSADO. FUNDAMENTO IDÔNEO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta corte Superior é remansosa no sentido de que a determinação de segregar o réu, antes de transitada em julgado a condenação, deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade de cautela (periculum libertatis), à luz do disposto no art. 312 do CPP.

2. Na hipótese, o juiz de primeiro grau demonstrou a necessidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública, pois destacou no decreto prisional que há indícios de o imputado crime contra a liberdade sexual de pessoa vulnerável não fato isolado na vida recorrente, o que evidencia o **fundado risco de reiteração delitiva** e a periculosidade concreta do acusado.

3. Recurso não Provido.

(STJ - RHC nº 47658 BA – 2014/0111221-9, Órgão Julgador, Sexta Turma. DJe 02/03/2015, julgamento 24/02/2015, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz).

Note-se que, nos exemplos supracitados dos Tribunais Superiores, posiciona um entendimento “quase” que unanime quanta a manutenção da prisão preventiva fundamentado na periculosidade concreta do acusado e o risco de reiteração delitiva, como meio de resguardar a ordem pública desde que presentes a demonstração de prova da existência do crime, revelando a materialidade, e indícios suficientes de autoria ou a participação na infração (art. 312, *caput*, *in fine*, CPP).

Em sentido contrário, Renato Brasileiro de Lima, faz referência em sua obra, a posição sustentada por Odone Sanguiné, que consiste numa **parte minoritária da doutrina**, que advoga a tese amparada no clamor público e/ou repercussão social, o qual:

A prisão preventiva para garantia da ordem pública (ou clamor público) acaba sendo utilizada com uma função de prevenção geral, na medida em que legislador pretende contribuir a segurança da sociedade, porém desde modo se está desvirtuando por completo o verdadeiro sentido e natureza da prisão da provisória ao atribuindo-lhe funções de prevenção que de nenhuma maneira a chamada cumprir.⁵⁵

Nessa linha, Guilherme de Souza Nucci, aduzindo, quanto á garantia da ordem pública, que se entende pela expressa a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, em regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte

⁵⁵ Idem, p. 964.

sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao judiciário determinar o recolhimento do agente. A garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo binômio gravidade da infração + repercussão social.⁵⁶

Note-se que os Tribunais Superiores, traz um julgado do HC nº 84592/PE, descrito abaixo rechaçando o decreto da prisão preventiva fundamentada no **clamor público**.

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL.
HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA
FUNDAMENTADA NO CLAMOR PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE.
1. O decreto de prisão preventiva deve demonstrar, com base em circunstâncias concretas existentes nos autos, a real indispensabilidade da medida para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal. 2. O magistrado não teceu argumentação idônea à decretação da prisão preventiva do ora Paciente, uma vez que baseou-se tão-somente no clamor público gerado pelo delito, o que, por si só, não tem o condão de justificar a prisão cautelar. Precedentes. 3. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva do Paciente, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que seja decretada nova custódia, respaldada em fundamentação concreta. (STJ, HC nº 84592/PE 2007 01323531, órgão julgador. Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, Brasília (DF), 25 de outubro de 2007 (Data do Julgamento)).

No mesmo sentido, decidiu também a 6ª Turma, do Superior Tribunal de Justiça no HC nº 33.770-BA, tendo como relator Paulo Medina, 17/06/2004, **que o “clamor público”**, inerente ao repúdio que a sociedade confere à prática criminosa, não é bastante, por si só, para fazer presente o *periculum libertatis* e justificar a prisão preventiva.

No mesmo sentido, decidiu também a 2ª Turma, do Supremo Tribunal Federal no HC nº 102065 PE, tendo como relator Ministro Ayres Britto, assevera:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME HEDIONDO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA

⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 4. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 470.

INSTRUÇÃO CRIMINAL. CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA E CLAMOR PÚBLICO. TENTATIVAS CONCRETAS DE INFLUENCIAR NA COLETA DA PROVA TESTEMUNHAL. ORDEM DENEGADA. 1. **O conceito jurídico de ordem pública** não se confunde com incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 da CF/88). Sem embargo, ordem pública se constitui em bem jurídico que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de tráfico de entorpecentes e drogas afins). Daí sua categorização jurídico-positiva, não como descrição do delito nem cominação de pena, porém como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação ou de insegurança que já se localizam na gravidade incomum da execução de certos crimes. Não dá incomum gravidade abstrata desse ou daquele crime, mas da incomum gravidade na perpetração em si do crime, levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito ou, de qualquer forma, representará agravo incomum a uma objetiva noção de segurança pública. Onde o vínculo operacional entre necessidade de preservação da ordem pública e acautelamento do meio social. Logo, conceito de ordem pública que se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio (assim como da violação à saúde pública), mas que se enlaça umbilicalmente à noção de acautelamento do meio social. 2. É certo que, para condenar penalmente alguém, o órgão julgador tem de olhar para trás e ver em que medida os fatos delituosos e suas coordenadas dão conta da culpabilidade do acusado. **Já no tocante à decretação da prisão preventiva, se também é certo que o juiz valora esses mesmos fatos e vetores, ele o faz na perspectiva da aferição da periculosidade do agente. Não propriamente da culpabilidade. Pelo que o quantum da pena está para a culpabilidade do agente assim como o decreto de prisão preventiva está para a periculosidade, pois é tal periculosidade que pode colocar em risco o meio social alusivo à possibilidade de reiteração delitiva (cuidando-se, claro, de prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública).** 3. Não se acha devidamente motivado o decreto de prisão que, quanto à ordem pública, sustenta risco à credibilidade da justiça e faz do clamor público fundamento da custódia preventiva. É que tais fundamentos não se amoldam ao balizamento constitucional da matéria. 4. Na concreta situação dos autos, esse ponto de fragilidade não se estende, porém, ao segundo fundamento do decreto de prisão preventiva. É falar: a segregação cautelar para o resguardo da instrução criminal não é de ser afastada pela carência de fundamentação idônea. Isso porque, no ponto, o decreto de prisão preventiva está assentado em manobras operadas pelo paciente para tentar alterar depoimentos de testemunhas. O que é suficiente para preencher a finalidade do art. 312 do Código de Processo Penal, no ponto em que autoriza a prisão preventiva para a preservação da instrução criminal, mormente nos casos de crimes dolosos contra a vida. Crimes cujo julgamento é timbrado pela previsão de atos instrutórios também em Plenário do Júri (arts. 473 a 475 do CPP). 5. Ordem denegada. (HC nº 102065, Relator (a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 23/11/2010, DJe-030

DIVULG 14-02-2011 PUBLIC 15-02-2011 EMENT VOL-02464-02 PP-00366).

Por fim, Eugênio Pacelli (2017)⁵⁷, o clamor público não seria suficiente para a decretação da prisão cautelar, mas apenas um referencial a mais para seu exame, observa-se que, para a sua efetiva aferição, o julgador deverá que, para sua efetiva aferição, o julgador deverá levar em consideração os deletérios efeitos da manipulação da opinião pública, normalmente frequente em tais situações, quando o assunto diz respeito aos males da criminalidade, cujas razões nunca são tratadas seriamente em tais “reportagens”.

Por outro lado, parte do entendimento doutrinário que advoga a tese da decretação da prisão preventiva neste fundamento periculosidade do agente que consiste numa perspectiva individual, a garantia da ordem pública é tolhida na probabilidade de nova prática delitiva, logo a prisão seria decretada sob fundamentação de proteção a sociedade.⁵⁸

Note-se que, a título de exemplo, que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), traz um julgado do HC nº, 310129 PA, descrito abaixo o entendimento rechaçando o decreto da prisão desta fundamentado na periculosidade do agente.

HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE DO AGENTE EVIDENCIADA NO MODUS OPERANDI DO DELITO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ORDEM DENEGADA.1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a determinação de segregação do réu, antes de transitada em julgado a condenação, deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (*periculum libertatis*), à luz do disposto no art. 312 do CPP.2. O Juízo singular apontou concretamente a presença dos vetores contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, indicando motivação suficiente para justificar a necessidade de colocar o paciente cautelarmente privado de sua liberdade, ao evidenciar sua periculosidade a partir da própria maneira como foi praticada a conduta. 3. Ordem denegada. (STJ. HC nº 310129 PA

⁵⁷ PACELLI, op. cit, p. 504.

⁵⁸ LIMA, op. cit, p. 968.

2014/0311941-9 Órgão Julgador, T6 - SEXTA TURMA, Publicação. DJ 29/05/2015, Julgamento, 10 de março de 2015, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior).

Renato Brasileiro de Lima, entende-se garantia da ordem pública como expressão sinônima de periculosidade do agente, não é possível a decretação da prisão preventiva em virtude da gravidade em abstrato do delito, porquanto a gravidade da infração pela sua natureza, de per si, é uma circunstância inerente ao delito. Todavia, demonstrada a gravidade em concreto do delito, seja pelo modo de agir, seja pela condição subjetiva do agente, afigura-se possível a decretação da prisão preventiva, já que demonstrada sua periculosidade, pondo em risco a ordem pública.⁵⁹

O Superior Tribunal de Justiça, posiciona seu entendimento que independentemente da corrente que se queira adotar, comprovada a periculosidade do agente com base em dados concretos, ou na eventualidade da presença de outra hipótese que autorize a prisão preventiva (garantia da ordem econômica, garantia de aplicação da lei penal ou conveniência da instrução criminal), condições pessoais favoráveis como bons antecedentes, primariedade, profissão definida e residência fixa não impedem a decretação de sua prisão preventiva, (STJ. Sexta turma, HC nº 21.989/CE, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, julgado 06/12/2007, DJ 19/12/2007).

3.3.7 Hipóteses de admissibilidade

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar⁶⁰, pode assim ser entendida:

Em nosso entendimento, a decretação da preventiva com base neste fundamento, objetiva evitar que o agente continue delinquindo no transcorrer da persecução criminal. A ordem pública é expressão de tranquilidade e paz no seio social. Em havendo risco demonstrado de

⁵⁹ Idem, p. 968.

⁶⁰ TÁVORA, Nestor; ROSMAR, Rodrigues Alencar. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivM, 2013, p. 581.

que o infrator, se solto permanecer, continuará delinquindo, é sinal de que a prisão cautelar se faz necessária, pois não se pode esperar o trânsito em julgado da sentença condenatória. É necessário que se comprove o risco.

Para a decretação da preventiva, é necessário que estejam presentes dois requisitos, quais sejam, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, elementos esses que dão ensejo ao *fumus commissi delicti* e que estão previstos na parte final do artigo 312 do Código de Processo Penal.

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

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Assim será cabível a prisão preventiva nas situações em que o réu descumpra as obrigações de medidas cautelares diversas (art. 312, do Código de Processo Penal). As condições de admissibilidade da prisão preventiva estão previstas no art. 313, incisos I a III e parágrafo único, do Código de Processo Penal.

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

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

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

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

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

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso

ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

A decretação da cautelar quando o réu for condenado por outro crime doloso, em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, quando houver dúvida sobre a identidade civil ou quando esta não fornecer elementos suficientes, e nos casos de crime doloso com pena privativa de liberdade superior a quatro anos.

A prisão preventiva é a modalidade de prisão provisória, ao lado da prisão em flagrante e da prisão temporária. Possui natureza cautelar e tem por objetivo garantir a eficácia do futuro provimento jurisdicional, cuja natural demora pode comprometer sua efetividade, tornando-o inútil.

Trata-se de medida excepcional, imposta somente em último caso (CPP, art. 282, § 6º).

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

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.

Dessa forma, “a prisão provisória é medida de extrema exceção. Só se justifica em casos excepcionais, onde a segregação preventiva, embora um mal, seja indispensável”.⁶¹

⁶¹ ANDRADE, José Ueslles Souza de. **Bacharelado em Direito pela Faculdade de ciências humanas e sociais AGES**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,pressupostos-e-requisitos-de-aplicabilidade-da-prisao-preventiva,48562.html>, Acesso em: 06 fev. 2018.

4 CONCLUSÃO

O intuito do presente trabalho foi elucidar, a emblemática atinente a prisão preventiva em torno do pressuposto da garantia da ordem pública que fundamenta o decreto preventivo, haja vista a lacuna legal deixada em nosso ordenamento jurídico brasileiro, bem como trazer à baila as posições doutrinárias e dos Tribunais Superiores acerca do tema. Como se pode notar, a prisão preventiva é um instrumento necessário e indispensável para garantia da ordem pública, que sempre esteve ligada a uma sistemática jurídica que não possuía outra forma tão eficaz, de buscar a paz e a tranquilidade no meio social. Desse modo, aquele acusado (réu) e/ou investigado, enraizado na criminalidade acaba por abalar essa paz social, o que justifica a restrição da sua liberdade de maneira cautelar.

Demais disso, por ser uma prisão acautelatória, provisória ou processual, **que milita no âmbito do Princípio da Excepcionalidade** que toma como sinônimo a *última ratio*, ou seja em último caso, nas palavras do Ministro Felix Fischer a prisão cautelar só se justifica quando fica demonstrada sua real necessidade e essa conclusão é possível quando se extrai dos autos que a liberdade do acusado acarretará insegurança jurídica e lesão à ordem pública.

Nesse sentido, a prisão cautelar, não consiste em uma punição aplicada antecipadamente, afinal, a regra é que a prisão só ocorra com o advento da sentença definitiva, em razão do preceito esculpido no art. 5º, inciso LVII da Carta Magna de 1988, pois *“ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*, bem como disposição legal no artigo 283, do Código de Processo Penal:

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

Diante dessa modalidade de prisão é determinada pela justiça para impedir que o acusado ou indiciado atrapalhe a investigação, a ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei. Logo o acusado pode ser mantido preso preventivamente até o seu julgamento ou pelo período necessário para não atrapalhar as investigações. Se preciso, a prisão preventiva pode ser decretada inclusive na fase inicial do inquérito policial.

Desse modo, conclui-se, que a crítica tecida na presente monografia não se destina a abolição da prisão preventiva, sob a égide da garantia da ordem pública e, tão pouco a pretensão de esgotar o tema. Mas conforme assevera o Ministro Ayres Brito no julgamento do *habeas corpus* nº 111.244, da Suprema Corte, que noticia que, a "garantia da ordem pública" se mostra um significado de difícil conceituação, uma lacuna deixada pelo ordenamento jurídico, mas que a doutrina e a jurisprudência vem buscando de forma árdua caminhos no sentido de que ela legítima, evitando que ocorra decretação lacônica, bem como a observância das garantias constitucionais em especial o Princípio de Presunção de Inocência ou (não culpabilidade), da Excepcionalidade.

Em resposta a este quadro, numa linha mais acertada para esse enfrentamento dessa celeuma da prisão preventiva sob a decretação fundamentada na garantia da ordem pública para se legitimar de forma eficaz, a doutrina e as Cortes Superiores posicionam entendimento, “quase” que unânime quanta a manutenção do decreto preventivo, embasado no fundamento na periculosidade concreta do acusado (exige-se a presença de dados concretos) e o risco de reiteração delitiva (evitar que o acusado pratique novos delitos), como meio de resguardar a ordem pública desde que presentes a demonstração de prova da existência do crime, revelando a materialidade, e indícios suficientes de autoria ou a participação na infração (art. 312, *caput*, *in fine*, CPP), rechaçando uma posição minoritária que advoga a tese de fundamentar a decretação, embasado no “clamor público e/ou repercussão social”, segundo a posição majoritária, posiciona que o “clamor público seria apenas um referencial a mais para seu exame.

Nesse diapasão o Supremo Tribunal Federal, no julgamento, do *habeas corpus* nº 89.090/GO, tem destacado algumas circunstanciais principais que podem destacar os requisitos quanto a sua decretação, da garantia da ordem pública, em linhas gerais e sem qualquer pretensão de exaurir todas as possibilidades normativas de sua aplicação judicial, destaco as seguintes circunstâncias principais: i) a necessidade de resguardar a integridade física do próprio paciente ou dos demais cidadãos; ii) *o imperativo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que tal objetivo esteja lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar*; e iii) para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do Poder Judiciário, quanto à visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução criminal e desde que diretamente relacionadas com a adoção tempestiva de medidas adequadas e eficazes associadas à base empírica concreta que tenha ensejado a custódia cautelar.

Em razão das supracitadas interpretações, a doutrina majoritária e as Cortes Superiores, entendem legítima a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública compreende, que nesse caso, a finalidade da segregação da medida cautelar, com intuito de evitar que o acusado ou indiciado volte a praticar novos delitos, bem como a periculosidade concreta, embasada numa exigência de fatos concretos, em observância às garantias constitucionais, típico de um Estado Democrático Direito.

Em conclusão, constata-se a ratificação da importância da prisão preventiva para fins de ordem pública como um instrumento imprescindível e necessário, em que pese o termo ordem pública não ter definição legal expressa no Código de Processo Penal Brasileiro; abordamos ao longo do trabalho as correntes doutrinárias e os posicionamentos dos Tribunais Superiores que entende o instituto da prisão é legítima para, assegurar as garantias constitucionais, a paz social e favorecer a justiça, evitando, desta feita, que o acusado ou investigado, não atrapalhe as investigações bem como conter a reiteração de condutas criminosas, sempre que restar comprovada a periculosidade de um agente por meio de fatos concretos e atender os requisitos legais. Não podemos admitir que o Estado Democrático de Direito e a Coletividade, fiquem à mercê de criminosos, que

abusam do seu direito de liberdade, o que justifica a restrição da sua liberdade de maneira cautelar.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Ueslles Souza de. **Pressupostos e requisitos de aplicabilidade da prisão preventiva**. Disponível em:

<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,pressupostos-e-requisitos-de-aplicabilidade-da-prisao-preventiva,48562.html>.

Acesso em: 06 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - **HC – LIMINAR** – Relator Marco Aurélio – j.14.06.200 – Revista Síntese 3/141.

_____. Supremo Tribunal Federal - **HC nº 89.429/RO** – Turma, – Relatora Ministra Carmem Lúcia – Dj.02/02/2007– p.114.

_____. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, **HC nº 89.090/GO**, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 05/10/2007 p.38

_____. Superior Tribunal Federal, 6ª Turma, **RHC nº 1.526/RJ**, Relator. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ. 25/11/1991 p.17.084.

_____. Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, **HC nº 142.513/ES**, Rel. Min. Nilson Naves, j.23/03/2010 DJ. 10/05/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, **RHC nº 21.989/CE**, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, j. 06/12/2007, DJ 19/12/2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, **HC nº 52.745/SP**, Rel. Min. Paulo Gallotti, Informativo n.354 do STJ (28/04 a 09/05 de 2008).

_____. Informativo nº 397 do STJ – **HC nº 120.167/PR** – 5ª Turma – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado 04/06/2009.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **A Garantia da Pública.**

Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937452/garantia-da-ordem-publica-como-fundamento-para-a-prisao-preventiva>.

Acesso em: 05 fev. 2018.

CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari.** Pádova: Cedam,1936.

DEMERCIAN, Henrique Pedro; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ESPEN – **A História das Prisões e dos Sistemas de Punições.** Disponível em: [http:// www.espen.pr.gov.br/modules/conteudo/php](http://www.espen.pr.gov.br/modules/conteudo/php). Acesso em: 15 jan. 2018.

HERCULANO Leandro de Camargo. **Análise da Ordem Pública como fundamento da Prisão Preventiva, e o Sistema Acusatório:** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,analise-da-ordem-publica-como-fundamento-da-prisao-preventiva-violacao-do-sistema-acusatorio,54533.html>, Acesso em: 15 fev. 2018.

JUSTIÇA GLOBAL. Disponível em: **Sentença no caso de Damião Ximenes.** <http://www.global.org.br/blog/corte-interamericana-de-direitos-humanos-emite-resolucao-sobre-o-cumprimento-pelo-brasil-da-sentenca-no-caso-damiao-ximenes/>, acesso: 05 mar. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Direito Processual Penal.** 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

LOPES JR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juri, 2006.

MACHADO, Luís Henrique Alves. **A prisão preventiva sob a perspectiva do Direito alemã.** Jota. Disponível em:

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/prisao-preventiva-sob-perspectiva-direito-alemao-24022015>. Acesso: 15 mar. 2018.

MAGALHÃES, Caio Lucas Brito Silva. **Prisão Preventiva: Garantia da Ordem Pública e seus Conceitos**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 mar. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47506&seo=1>. Acesso em: 08 fev. 2018.

MENEZES, Josefa do Espírito Santo. **Panorama histórico das prisões**. Conteúdo Jurídico, Brasília -DF: 12 mar. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47337&seo=1>. Acesso em: 12 fev. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Código de Processo Penal Comentado**. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SILVA, Fernando. **Prisão preventiva, análise de direito comparado**. Janus Online. 2004. Disponível: https://www.janusonline.pt/arquivo/2004/2004_3_3_12.html#dados. Acesso: 06 mar. 2018.

SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Tratado Temático de Processo Penal**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

TÁVORA, Nestor; ROSMAR, Rodrigues Alencar. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Salvador: JusPodiVM, 2017.