

CENTRO UNIVERSITÁRIO
UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO
CURSO DE DIREITO

JOÃO VICTOR PINTO PEREIRA DE MELO

**Perspectiva preambular acerca da aplicação da prisão preventiva com escopo
na ordem pública.**

São Luís/MA

2021

JOÃO VICTOR PINTO PEREIRA DE MELO

Perspectiva preambular acerca da aplicação da prisão preventiva com escopo na ordem pública.

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Rafael Moreira Lima Sauaia.

São Luís/MA

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Centro Universitário – UNDB / Biblioteca

Melo, João Victor Pinto Pereira de

Perspectiva preambular acerca da aplicação da prisão preventiva com escopo na ordem pública. / João Victor Pinto Pereira de Melo __ São Luís, 2021.

45 f.

Orientador: Prof. Esp. Rafael Moreira Lima Sauaia.

Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito – Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2021.

1. Direito penal. 2. Prisão preventiva. 3. Inquérito policial.
4. Ação penal. I. Título.

CDU 343.126

JOÃO VICTOR PINTO PEREIRA DE MELO

Perspectiva preambular acerca da aplicação da prisão preventiva com escopo na ordem pública.

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Rafael Moreira Lima Sauaia.

Monografia defendida em 10 de dezembro de 2021.

Aprovada em 10 de dezembro de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Rafael Moreira Lima Sauaia

Prof. Me. Rafael Moreira Lima Sauaia (Orientador)

Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB

João Carlos da Cunha Moura

Professor Examinador 02

Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco

Alan Jefferson Lima de Moraes

Professor examinador 03

Membro externo

À minha pequena, preciosa e amada filha
Amanda Carvalho de Melo.

RESUMO

Preambularmente, é importante afirmar que a problemática de aplicação da prisão preventiva é um assunto emergente na contemporânea conjuntura nacional. Perante tais premissas, afirma-se que a prisão preventiva é um mecanismo auxiliar do inquérito policial ou da própria ação penal, que serve para tolher a liberdade de determinado indivíduo que turba as supracitadas relações. No mesmo contexto, pondera-se que a prisão preventiva é um tipo de cautelar, que demanda uma sensível necessidade de tolhimento da liberdade de determinado cidadão para o regular deslinde do processo. Noutra vertente, traz-se a outra vertente da presente monografia, que é justamente a questão da decretação da prisão preventiva com escopo na ordem pública. Por se tratar de um conceito jurídico abstrato e dotado de ilações, o termo “ordem pública” é capaz de acarretar a aplicação exacerbada do supracitado mecanismo de prisão, visto que para vasta gama da sociedade a ordem pública é um estado de normalidade das coisas. Através da noção anteriormente dita, tem-se o propulsor da problemática que a presente monografia abaliza. A utilização da prisão preventiva de forma equivocada alivia a sensação de impunidade para alguns e aumenta o padrão de insegurança jurídica para outros cidadãos. Partindo de tais premissas, afirma-se que repercussão social de um determinado fato criminoso e a liberdade do agente (mesmo que momentânea) acarreta o clamor social e a sensação de impunidade. Desta forma, a própria população clama pela punição daquele sujeito de uma forma antecipada, ainda que sem o trânsito em julgado da ação penal.

Palavras-chave: Direito Penal. Prisão preventiva. Direitos fundamentais. Ação penal.

ABSTRACT

Beforehand, it is important to state that the problem of applying preventive detention is an emerging issue in the contemporary national situation. Given these premises, it is stated that preventive detention is an auxiliary mechanism for the police investigation or for the criminal action itself, which serves to restrict the freedom of a particular individual who disturbs the aforementioned relationships. In the same context, it is considered that preventive detention is a type of precautionary measure, which demands a sensitive need to restrict the freedom of a given citizen in order to regulate the process. In another aspect, there is another aspect of this monograph, which is precisely the issue of the decree of preventive detention with scope in public order. As it is an abstract legal concept endowed with inferences, the term "public order" is capable of causing the exacerbated application of the aforementioned prison mechanism, since for a wide range of society, public order is a state of normality. Through the aforementioned notion, there is the driver of the problematic that the present monograph outlines. The misuse of preventive detention alleviates the sense of impunity for some and increases the pattern of legal uncertainty for other citizens. Based on these premises, it is stated that the social repercussions of a given criminal fact and the agent's freedom (even if momentary) lead to social outcry and a sense of impunity. In this way, the population itself calls for the punishment of that subject in advance, even if the criminal action is not final.

Key words: Criminal Law. Pre-trial detention. Fundamental rights. Criminal action.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	08
2. PERSPECTIVA PREAMBULAR ACERCA DA PRISÃO PREVENTIVA.....	10
2.1. Considerações relevantes acerca da temática.....	13
2.2. Momento de decretação do mecanismo cautelar	16
2.3. <i>Periculum libertatis e fumus comissi delicti</i>;	19
3. DA ORDEM PÚBLICA	21
3.1. Como identificar uma situação que enseja a aplicação do termo ordem pública	22
3.2. Da prisão preventiva com escopo na ordem pública	24
3.3. Da repercussão social e midiática.....	26
3.4. Da inviabilidade de preceitos abstratos para a decretação da medida cautelar.....	29
4. A ABOLIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA COM ESCOPO NA ORDEM PÚBLICA.....	32
4.1. Dos elementos migratórios externos ao inquérito ou ação penal.....	33
4.2. Do real objetivo das medidas cautelares	36
4.3. Das medidas cautelares diversas da prisão preventiva.....	38
4.4. Da aplicação contemporânea de preceitos concernentes à prisão preventiva.....	40
5. CONCLUSÃO	44
6. REFERÊNCIAS.....	46

1. INTRODUÇÃO

Preambularmente, é importante colacionar que a temática da prisão preventiva é um tema vasto e que merece algumas considerações de caráter imensuravelmente importante. O primeiro ponto capaz de justificar os supracitados argumentos e inaugurar a discussão homogênea acerca do presente assunto é a afirmação de que a prisão preventiva pode acontecer durante o inquérito policial ou da própria ação penal.

O presente trabalho possui como escopo a realização de um cotejo analítico contemporânea aplicação do instituto da prisão preventiva. De antemão, afirma-se que a prisão preventiva segue liames dotados de extrema sensibilidade para a sua concessão. Outro aspecto que deve ser aventado é que as medidas restritivas de liberdade deverão ser utilizadas em última instância, não havendo que rechaçar as diversas medidas cautelares diversas da prisão.

A prisão preventiva baseada na ordem pública é um tema sensível, uma vez que é importante observar que o conceito anteriormente citado abre espaço para vasta gama de lacunas, sendo extremamente indeterminado. Desta maneira, afirma-se que a ordem pública é um conceito jurídico dotado de incertezas e deve ser corretamente avaliado para aplicá-lo ao caso concreto.

Dentre os objetivos da presente monografia, tem-se como geral a realização do cotejo analítico acerca da aplicação da prisão preventiva com escopo na manutenção da ordem pública. No que versa sobre os objetivos específicos, ressalta-se **a)** A análise da aplicação da prisão preventiva na contemporânea conjuntura jurídica nacional, **b)** Estudo acerca do conceito de ordem pública na aplicação da prisão preventiva e **c)** Inconstitucionalidade do termo ordem pública para a decretação da prisão preventiva.

A justificativa da presente monografia é lastreada por argumentos homogêneos, sendo mister começar ponderando que a utilização da prisão preventiva de forma equivocada alivia a sensação de impunidade para alguns e aumenta o padrão de insegurança jurídica para outros cidadãos.

Partindo de tais premissas, afirma-se que repercussão social de um determinado fato criminoso e a liberdade do agente (mesmo que momentânea) acarreta o clamor social e a sensação de impunidade. Desta forma, a própria

população clama pela punição daquele sujeito de uma forma antecipada, ainda que sem o trânsito em julgado da ação penal.

Ainda, faz-se mister ressaltar a importância do presente trabalho, uma vez que na atual conjuntura jurídica não existem trabalhos capazes de fomentar e trazer uma discussão plausível acerca da presente temática.

No mesmo contexto, fala-se que o interesse na temática aqui abordada foi despertado no quarto período do curso de Direito, a partir de pequenos dados que versavam sobre o encarceramento em massa sob o argumento da prisão preventiva.

Feitas as homogêneas considerações introdutórias da presente monografia, afirma-se que esta foi dividida em três capítulos, sendo mister elencá-los de forma concisa:

. O primeiro capítulo versa sobre a perspectiva preambular acerca da prisão preventiva, tendo como subtítulos: **a)** Considerações relevantes acerca da prisão preventiva, **b)** Momento de decretação do mecanismo cautelar e **c)** Aplicação da prisão preventiva hodiernamente.

O segundo capítulo versa sobre a temática da ordem pública, que para um melhor entendimento acerca da temática, tornou-se preferível dividir em quatro subtítulos: **a)** Do aspecto hermenêutico do termo ordem pública, **b)** Da prisão preventiva com escopo na manutenção da ordem pública, **c)** Da repercussão social e midiática e **d)** Da inviabilidade de utilização dos preceitos abstratos para decretação da medida cautelar.

O terceiro capítulo versa sobre a abolição da prisão preventiva com fulcro na ordem pública, que foi preferível dividi-lo em três subtítulos, sendo estes: **a)** Dos elementos migratórios externos ao inquérito policial e ação penal, **b)** O real objetivo das medidas cautelares e **c)** Das medidas cautelares diversas da prisão preventiva e **d)** Da aplicação contemporânea de preceitos concernentes à prisão preventiva.

Perante todos os homogêneos argumentos introdutórios aqui elencados, passa-se ao núcleo da presente monografia.

2. PERSPECTIVA PREAMBULAR ACERCA DA PRISÃO PREVENTIVA

Preambularmente, é importante pontuar que o cerne do presente capítulo é apresentar de uma forma inteligível a prisão preventiva, assim como uma a realização de um cotejo analítico acerca de sua aplicação na contemporânea sistemática jurídica nacional. Para isso, na primeira seção serão trabalhados conceitos introdutórios acerca da prisão preventiva e na segunda seção serão elencados os desdobramentos acerca do supracitado método de prisão cautelar.

O principal intuito da presente seção é apresentar uma conceituação sistemática do instituto da prisão preventiva, que sofre uma grande discrepância entre padrões trazidos pela legislação, doutrina e jurisprudência pátria.

Inaugurando a presente discussão, colaciona Guilherme de Souza Nucci:

Continua-se a demandar, ao menos, três fatores para a sua decretação: a) prova da existência do crime (materialidade) + b) indício suficiente de autoria (razoáveis indicações, pela prova colhida até então, de ser o indiciado ou réu o seu autor) + c) elemento variável: c.1) garantia da ordem pública; ou c.2) garantia da ordem econômica; ou c.3) conveniência da instrução criminal; ou c.4) garantia de aplicação da lei penal. O legislador poderia ter ousado, definindo ou detalhando o que vem a ser cada um dos fatores da prisão preventiva, ao menos os mais abrangentes, como garantia da ordem pública e da ordem econômica. Qualquer interferência, nesse setor, poderia dar margem ao cerceamento no uso da prisão cautelar. (NUCCI, 2014, p. 66).

Na contemporânea sistemática jurídica nacional, a prisão preventiva é o método que assume destaque dentre os demais modelos de prisão cautelar. Tal argumento é plenamente justificado pelo fato de que é uma medida decretada durante duas fases importantes do processo criminal, desde que existam elementos fáticos e legais suficientes para a sua decretação.

Nucci ainda pondera de forma acertada:

De todo modo, devemos conferir à garantia da ordem pública um significado realmente concreto, distante de ilações ou presunções de gravidade abstrata de qualquer infração penal. A garantia da ordem pública envolve a própria segurança pública, não sendo necessário abranger toda uma cidade, bastando um bairro, uma região ou uma comunidade. Demanda quesitos básicos como gravidade concreta do crime, repercussão social, maneira destacada de execução, condições pessoais negativas do autor e envolvimento com associação ou organização criminosa. (NUCCI, 2014, p. 66).

No intuito de proporcionar uma discussão homogênea acerca da presente temática, faz-se mister aventar um conceito basilar elaborado por Guilherme Nucci, que afirma:

Os requisitos para a decretação da preventiva estão previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, abrangendo prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, além de outros. Ora, esses dois são justamente os necessários para o recebimento da denúncia, motivo pelo qual, existindo a prisão temporária para garantir investigações policiais eficientes e dinâmicas, torna-se rara a oportunidade de decretação da prisão preventiva com retorno dos autos à delegacia para a conclusão do inquérito. (NUCCI, 2020, p. 360).

Feitas as considerações preambulares, é importante notar que o autor toca num ponto sensível, visto que nas supracitadas palavras ele direciona a decretação da prisão preventiva durante o inquérito policial. É importante observar que os requisitos contidos em lei deverão ser seguidos, não havendo que se falar em decretação arbitrária da medida cautelar.

O primeiro ponto que merece destaque é que a prisão preventiva possui a natureza cautelar, ou seja, é uma medida restritiva de liberdade que pode ser requerida pela autoridade competente no curso do inquérito ou da ação penal, desde que se mostre conveniente para o determinado caso.

O atual Códex de Processo pondera expressamente acerca da prisão preventiva:

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 e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

Para a decretação da prisão preventiva também devem ser observados os requisitos intrínsecos e inerentes à medida, visto que é importante notar que a decretação da prisão preventiva é inviável quando se tratar de crimes culposos. Ainda, afirma-se que o instituto aqui versado não pode ser utilizado de uma forma banal e descontrolada. Senão, vejamos:

Não se pretende sustentar a inviabilidade da prisão preventiva, como medida cautelar de urgência, pois ela pode ser necessária para a tranquilidade social ou para a efetividade do processo-crime. No entanto, a vulgarização da prisão cautelar tem sido notada, cada vez mais, no Brasil. Parcela considerável da sociedade, especialmente os leigos em Direito, acredita que a prisão preventiva é indispensável para acabar com a impunidade e para fazer justiça. Enganam-se e, pior, são enganados por operadores do Direito que trabalham bem com o radicalismo, estabelecido em cultura prisional. (NUCCI, 2020, pág. 989)

O certo é afirmar que o escopo da prisão preventiva é rechaçar as condutas lesivas ao deslinde do inquérito ou do próprio feito penal. Condutas como a supracitada devem ser abolidas, visto que a liberdade é um direito caro e ela está sendo tolhida antes do trânsito em julgado da ação.

Nesta seara, faz-se mister trazer as considerações de Eugênio Pacelli, que afirma:

Em razão da sua gravidade, e como decorrência do sistema de garantias individuais constitucionais, somente se decretará a prisão preventiva “por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”, conforme se observa com todas as letras no art. 5º, LXI, da Carta de 1988. E o que se entende por ordem fundamentada? O art. 315, em seu § 2º, estipulou expressamente algumas situações que geram uma presunção de “ausência de fundamentação” da decisão que decreta a prisão preventiva. Nestes casos, a custódia deverá ser relaxada, uma vez que toda segregação, seja cautelar ou definitiva, deve ser sempre devidamente fundamentada. (PACELLI, 2017, pág. 699)

Desde já, é importante colacionar que o preceito basilar do Direito é a fundamentação das decisões, e esta se torna um conceito caro na presente discussão, posto que decisões abstratas e não fundamentadas são nulas. Ainda, afirma-se que a arbitrariedade é materializada no campo fático por decisões não fundamentadas, fazendo valer assim própria arbitrariedade judicial.

2.1. Considerações relevantes acerca da temática.

A prisão preventiva é uma medida justificável apenas em determinadas situações, dentre situações específicas onde a prisão seja uma medida indispensável. Ainda, é mister afirmar que a prisão preventiva possui natureza cautelar e processual, com objetivo de assegurar o correto deslinde do feito penal ou inquérito policial.

Desta feita, se afirma que a prisão preventiva possui um caráter instrumental, visto que não é uma execução de pena com o trânsito em julgado de

uma sentença criminal, mas sim um método de tolhimento de liberdade previsto na Constituição Federal de 1988, que não fere direitos individuais quando estes obedecem a preceitos contidos em lei.

Para fundamentar os preceitos iniciais aqui trazidos, faz-se mister trazer as considerações do Ilustríssimo penalista Alexis Couto Brito, que acerca da presente temática afirma:

Para a prisão preventiva é necessária a demonstração, inconteste, da existência de um crime. Sem essa certeza, não há prisão preventiva, devendo-se valer a autoridade policial da prisão temporária para investigar o fato. Além da certeza do crime, é preciso que haja indícios suficientes e objetivos sobre a suposta autoria, já que a finalidade é evitar atos futuros sempre associados ao acusado. (BRITO, 2015, pág. 276)

Os ditames constitucionais devem ser intrinsecamente observados, uma vez que a presente temática versa sobre o direito fundamentalmente estampado na contemporânea Carta Magna, que é a liberdade. Outro aspecto que assume importância na discussão é o fato de que os pressupostos autorizadores da supracitada cautelar devem ser evocados, sendo mister destacar: o perigo que a liberdade do determinado cidadão pode oferecer, assim como as condições de admissibilidade.

Pondera Eugênio Pacelli:

O que ressalta dos aludidos textos é que toda e qualquer restrição a direitos individuais, além da exigência de ordem escrita e fundamentada do juiz, levará em conta a necessidade e a adequação da medida, a serem aferidas a partir da: garantia da aplicação da lei penal; conveniência da investigação ou da instrução criminal. Note-se que, tanto para as medidas cautelares diversas da prisão (arts. 319 e 320, CPP), quanto para a decretação da prisão preventiva (art. 312, CPP), estão presentes as mesmas exigências, quanto ao juízo de necessidade da restrição ao direito (garantir a aplicação da lei penal e a eficácia da investigação e da instrução criminal). (PACELLI, 2017, p. 237).

Perante as supracitadas considerações, é importante notar que a prisão preventiva segue liames dotados de extrema sensibilidade para a sua concessão. Outro aspecto que deve ser aventado é que as medidas restritivas de liberdade deverão ser utilizadas em última instância, não havendo que rechaçar as diversas medidas cautelares diversas da prisão.

A medida da prisão preventiva é utilizada para casos dotados de extrema gravidade, ou seja, ela será eficaz naqueles casos em que haja risco ou dano ao

deslinde do procedimento penal ou a própria liberdade do cidadão seja um indicativo de perigo à terceiros. Ainda, é mister pontuar que esta também será eficaz nos casos de descumprimento de medidas cautelares diversas da prisão.

No mesmo contexto, se deve evocar a questão da proporcionalidade, que é um preceito que deve ser fundamentalmente observado, justamente no intuito de obedecer direitos fundamentalmente estampados na Constituição Federal de 1988. A partir de premissas proporcionais, chega-se aos ditames das medidas cautelares alternativas à prisão, que são estampadas no art. 319 do contemporâneo Código Processual Penal, sendo mister evocar todas as medidas que pertencem ao rol taxativo:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades.

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações.

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante.

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução.

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos.

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais.

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável 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.

Elencadas as medidas alternativas à prisão, afirma-se que existem regras gerais para a sua aplicação, visto que a necessidade da medida deve ter primazia em face das demais. Ainda, é mister afirmar que não há de se falar numa aplicação “forçada” da prisão preventiva, sendo imprescindível rechaça-la em hipóteses forçosas e supérfluas.

Feitas as considerações basilares acerca da prisão preventiva, adentra-se ao núcleo do presente trabalho.

2.2. Momento de decretação da cautelar.

No intuito de inaugurar uma discussão homogênea acerca da presente

temática, faz-se mister trazer o seguinte artigo do contemporâneo 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; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

A partir da supracitada premissa legislativa, tem-se o marco inicial da presente discussão, que são as hipóteses autorizadoras da decretação da prisão preventiva. Acerca da temática, colaciona Guilherme de Souza Nucci:

A modificação do art. 313 foi substancial, envolvendo vários pontos relevantes, já apontados pela doutrina e pela jurisprudência como fatores a merecer alteração. Em primeiro lugar, seguindo-se tendência a ser adotada pelo Direito Penal, elimina-se a distinção entre reclusão e detenção, algo que, na prática, nunca funcionou devidamente. Portanto, para a decretação da preventiva, não mais se difere o delito em função da espécie de pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção), mas, sim, em razão do elemento subjetivo, apontando-se o dolo como referencial. Além disso, apõe-se um patamar de gravidade abstrata a comportar a prisão preventiva, conforme se vê do inciso I do art. 313. (NUCCI, 2014, p. 73)

É interessante notar que àquela época o autor Guilherme Nucci considerações já estava a par de todos os prospectos preceitos que envolvem a prisão preventiva. Um aspecto primordial foi a eliminação da prisão preventiva pelo simples fato do cidadão não portar documentos capazes de fomentar sua verdadeira identidade.

Acerca das inovações legislativas sobre a presente temática Eugênio Pacelli, afirma:

No caso de haver prisão em flagrante nos crimes para os quais seja cabível também a prisão temporária, cumpre distinguir: se a prisão em flagrante é mantida com fundamento na existência de motivos para a prisão preventiva (art. 310, § 1º, art. 312 e art. 313, CPP), o prazo tem início desde o flagrante; se, ao contrário, a prisão for mantida com fundamento na decretação da prisão temporária, deverão ser observadas as regras da Lei nº 7.960/89, seja quanto aos prazos máximos de prisão, seja quanto aos requisitos de manutenção da prisão (aplicação do art. 1º, Lei nº 7.960/89, e não do art. 312, CPP). (PACELLI, 2021, p. 122)

Feitas as considerações preambulares acerca do marco temporal que lastreia a prisão preventiva, afirma-se que no momento de sua aplicação os requisitos principais e subsidiários devem estar incluídos, uma vez que não há que se falar na utilização da medida cautelar em *prima facie*.

Nucci completa o seu posicionamento anterior afirmando:

Somente cabe prisão preventiva nos crimes dolosos com pena privativa máxima cominada superior a quatro anos. Com isso, exemplificando, cessa a possibilidade de decretação da prisão preventiva para o furto simples, cuja pena máxima é de quatro anos (art. 155, caput, CP). A restrição é correta, uma vez que surgem várias outras medidas cautelares alternativas (art. 319, CPP), destinadas, justamente, a atender o universo das infrações penais de menor relevo. (NUCCI, 2014, p. 73)

Neste aspecto, afirma-se que a utilização da prisão preventiva é um preceito sensível, uma vez que se tem a própria antecipação da pena para determinadas pessoas que estão submetidas àquela medida. Ainda, cumpre esclarecer a utilização da prisão preventiva queda justamente numa antecipação de pena.

No mesmo contexto, colaciona Aury Lopes Júnior:

O Brasil, enquanto democracia jovem e com grandes instabilidades econômicas e políticas, é um exemplo dos altos e baixos aos quais os direitos fundamentais são submetidos, diante da forte tensão existente entre o populismo punitivo e as garantias constitucionais. A banalização da prisão cautelar 138 tem um forte componente simbólico e de correspondência às expectativas sociais criadas em torno da punição, na medida em que se situa no eterno conflito entre tempo social versus tempo do direito. Uma sociedade regida pela velocidade e hiperacelerada, dominada pelo instantâneo, não está acostumada a esperar. Por conta disso, diante de um crime, existe um imenso mal-estar em ter que esperar pelo processo e o tempo do direito, ou seja, a temporalidade do processo enquanto caminho necessário para se chegar à pena é vista – sempre, qualquer que seja a duração – como uma dilação insuportável, jamais correspondendo à ambição de velocidade e à ilusão de justiça imediata. (JÚNIOR, 2020, p.112)

Desta forma, e perante os homogêneos argumentos aqui elencados, torna-se plenamente defensável que a prisão preventiva deve ser utilizada de forma subsidiária e em última instância. No mesmo contexto, é de suma importância colacionar que a medida cautelar restritiva de liberdade deve observar a periculosidade em concreto e gravidade do crime praticado.

2.3. Periculum libertatis e fumus comissi delicti.

Elencados os argumentos introdutórios, adentra-se aos preceitos ensejadores da decretação da prisão preventiva. Como já afirmado, a prisão preventiva não deve ser aplicada a partir de pressupostos abstratos, sendo decretada apenas quando a liberdade daquele cidadão possa causar algum gravame ao inquérito policial ou ação penal.

Desta forma, Aury Lopes Júnior traz uma consideração pertinente à presente discussão:

Tanto a instituição do júri quanto a soberania dos jurados estão inseridas no rol de direitos e garantias individuais, não podendo servir de argumento para o sacrifício da liberdade do próprio réu; – ao não se revestir de caráter cautelar, sem, portanto, analisar o periculum libertatis e a necessidade efetiva da prisão, se converte em uma prisão irracional, desproporcional e perigosíssima, dada a real possibilidade de reversão já em segundo grau (sem mencionar, ainda, a possibilidade de reversão em sede de recurso especial e extraordinário); – a soberania dos jurados não é um argumento válido para justificar a execução antecipada, pois é um atributo que não serve como legitimador de prisão, mas sim como garantia de independência dos jurados; – é incompatível com o disposto no art. 313, § 2º, que expressamente prevê que “não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena”. (JÚNIOR, 2020, p. 135)

O periculum libertatis deve ser analisado de forma concreta, sendo um realmente uma questão de que o sujeito está turbando a relação administrativa ou processual em si. Noutra seara, o periculum libertatis é materializado pelo art. 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 e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 1º 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).

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

Nesta seara, o próprio pacote anticrime (L. 13.964/2019) contempla o periculum libertatis, que é materializado pela manutenção da ordem pública. Neste aspecto é importante colacionar que para a contemporânea doutrina pátria, entende-se a ordem pública como uma espécie de “normalidade” de todas as

coisas.

O próprio descumprimento das demais medidas impostas pelo Magistrado também é um fator autorizador da prisão preventiva, que deve ser utilizada quando as demais medidas alternativas não são eficazes para sanar o determinado problema.

O *fumus comissi delicti* é materializado por preceitos previstos também no art. 312 do Código de Processo Penal, quando o artigo anteriormente citado pondera que “existiu um determinado crime”. Novamente, é de suma importância afirmar que os dois requisitos ensejadores da prisão preventiva devem ser lidos de forma concisa, rechaçando quaisquer formas de ilações acerca da temática.

Noutra vertente, traz-se mais outro fator capaz de evitar a utilização exacerbada da prisão preventiva. Tal preceito encontra-se expressamente exposto no art. 282, §6º do Código de Processo Penal, que preconiza:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

A Lei 13.964/2019 trouxe um padrão de eficácia (aspecto formal) para a aplicação da prisão preventiva, visto que o artigo supracitado contempla a possibilidade de aplicação das demais medidas cautelares para a solução do determinado problema. Neste aspecto, as medidas contempladas pelo art. 319 do Código de Processo Penal são dotadas de eficácia, porém, são esquecidas por vasta gama de operadores do Direito.

A prisão cautelar, por excelência, é a preventiva, cujos requisitos encontram-se enumerados no art. 312 do Código de Processo Penal. Ninguém deverá ser preso ou mantido no cárcere, se não estiverem presentes os referidos elementos. Permite-se a sua decretação em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, embora, atualmente, com o advento da prisão temporária (Lei 7.960/1989), seja rara a utilização da preventiva durante o inquérito. Afinal, por conveniência da investigação, tem-se valido a autoridade policial da prisão temporária, muito mais rápida e eficaz. (NUCCI, 2014, p. 64)

Nesta mesma seara, colaciona os ensinamentos de Eugênio Pacelli: “Não por outra razão, dispõe o art. 282 do Código de Processo Penal que as medidas cautelares deverão ser aplicadas com a observância do binômio

necessidade/adequação”. (PACELLI, 2021, p. 3165)

Sobre a temática, colaciona Guilherme de Souza Nucci:

Pensamos que jamais deveria o magistrado decretar de ofício a prisão preventiva. Trata-se de medida drástica de cerceamento da liberdade, razão pela qual haveria, sempre, de existir um exposto pedido da parte interessada (MP, assistente de acusação ou querelante). Por isso, a reforma corrigiu parte dessa legitimação judicial, evitando que o magistrado atue, de ofício, pelo menos na fase policial. Porém, a jurisprudência tem permitido a decretação da preventiva de ofício. (NUCCI, 2014, p. 64)

A partir da supracitada consideração de Eugênio Pacelli, torna-se plenamente defensável que os requisitos que envolvem a prisão preventiva vão além das previsões legislativas. Ainda, afirma-se que os requisitos extrínsecos devem ser observados, justamente no intuito de evitar injustiças e rechaçar a insegurança jurídica.

3. DA ORDEM PÚBLICA.

O primeiro ponto à ser elencado no presente capítulo é que a ordem pública se materializa como um conceito inerente para a decretação da prisão preventiva. Ainda, dentre todos os conceitos trazidos no art. 312 do Código de Processo Penal, o supracitado termo é o mais utilizado, rechaçando por completo os demais.

No intuito de iniciar uma discussão homogênea acerca do presente capítulo, faz-se mister elencar a seguinte consideração basilar para a presente temática:

Compreendendo-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. Assim, a simples assertiva de que se trata de autor de crime de homicídio cometido mediante disparo de arma de fogo não é suficiente, por si só, para justificar a custódia cautelar. Todavia, demonstrada a gravidade em concreto do delito, seja pelo modo de agir, seja a pela condição subjetiva do agente, afigura-se possível a decretação da prisão preventiva, já que demonstrada sua periculosidade, pondo em risco a ordem pública. (LIMA, 2015, p. 939)

O primeiro aspecto à ser observado aqui é que o Renato Brasileiro, nos moldes das palavras anteriormente citadas, considera que o perigo em concreto daquele determinado agente é capaz de sustentar o cabimento da prisão preventiva para todos os casos. Desta feita, tais pensamentos corroboram mais ainda para a

concepção de que a ordem pública é utilizada como um conceito jurídico dotado de abstração e ilações exacerbadas.

Para sustentar as supracitadas considerações, faz-se mister trazer assertivas basilares acerca da verdadeira sistemática da ordem pública:

Resulta imprescindível visualizar o processo desde seu exterior, para constatar que o sistema não tem valor em si mesmo, senão pelos objetivos que é chamado a cumprir (projeto democrático constitucional). Sem embargo, devemos ter cuidado na definição do alcance de suas metas, pois o processo penal não pode ser transformado em instrumento de “segurança pública”. Nesse contexto, por exemplo, insere-se a crítica ao uso abusivo das medidas cautelares pessoais, especialmente a prisão preventiva para “garantia da ordem pública”. Trata-se de buscar um fim alheio ao processo e, portanto, estranho à natureza cautelar da medida. (JÚNIOR, 2020, p. 59)

Feitas as considerações basilares, passamos para as considerações basilares acerca do presente capítulo.

3.1 – Como identificar uma situação que enseja a aplicação do termo ordem pública?

Adentrando ao núcleo essencial do presente capítulo, faz-se mister a realização de um estudo acerca da acepção do conceito de ordem pública, que é genérico e dotado de prospectas ilações.

No que consistiria a ordem pública? Conforme ainda veremos no Capítulo atinente às prisões, a definição de ordem pública é bastante problemática. É que a fluidez conceitual ou a indeterminação do sentido da palavra pode prestar-se a diversas estratégias de funcionalidade do sistema (penal). De modo mais simples, diríamos que a noção de ordem pública na jurisprudência nacional encontra-se associada à ideia de evitação de reiteração de determinadas práticas, contrárias ao ordenamento jurídico. (PACELLI, 2021, p.1172)

Perante as supracitadas considerações, afirma-se que a prisão preventiva com escopo na ordem pública é a própria concessão de poder para a decretação de prisões arbitrárias e dotadas de subjetividade. Tal argumento é plenamente validado pelo fato de que para todas as pessoas em diligência normal, a ordem pública é o estado de normalidade das coisas, sendo uma sociedade onde não existe criminalidade.

Contudo, a partir daí temos a primeira problemática, pois o que seria o estado de normalidade das coisas? Seria uma sociedade sem crimes? Para conseguir tal fim todos as pessoas perigosas em abstrato ou sujeitos “reincidentes” devem estar encarcerados?

Eugênio Pacelli afirma:

Os princípios fundamentais do Direito, em uma ordem constitucional, na qual impera a supremacia da Constituição, prestam-se também a nortear quaisquer critérios de interpretação das Leis, cumprindo a função de fundamento de validade da ordem jurídica. Pode-se dizer, sem risco de errar em demasia, que a aplicação do Direito nos dias que correm se baseia na definição dos princípios constitucionais que decorreriam do modelo de Estado adotado na Constituição da República. Assim, e como já antecipamos, do Estado Democrático de Direito, fundado no reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais, há de se deduzirem princípios e/ou postulados de interpretação, orientados pela prévia definição daquele paradigma político. (PACELLI, 2021, p. 37)

É notório para todos que a utilização do conceito de ordem pública para a decretação da prisão preventiva é dotada de extremo espaço para a discricionariedade. Também é certo afirmar que quando um operador do direito realiza determinado ato abalizado pela discricionariedade para realizar o tolhimento de direitos fundamentais, ele vai contra todos os princípios caros reservados pela contemporânea Carta Magna.

Para fundamentar as afirmações aqui realizadas, traz-se os conhecimentos de Renato Brasileiro Lima:

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 absoluta ou relativa da liberdade de locomoção antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória –, deve também preservar o indispensável respeito a direitos e liberdades individuais que tão caro custaram para serem reconhecidos e que, em verdade, condicionam a legitimidade da atuação do próprio aparato estatal em um Estado Democrático de Direito. (LIMA, 2020, pág. 1001)

É imprescindível asseverar de forma incessante que os direitos basilares e inerentes aos cidadãos devem ser respeitados. Afirma-se também que a utilização de uma cautelar sob o viés equivocado acarreta prejuízos sensíveis aos sujeitos que estão sofrendo aquela constrição sem o trânsito em julgado da ação penal.

Perante os preceitos aqui elencados pelos demais penalistas e os ensinamentos de Eugênio Pacelli na primeira citação, torna-se plenamente defensável que a indeterminação do conceito de ordem pública abre margem para a discricionariedade do Magistrado na análise do cabimento da prisão preventiva, ferindo assim, os direitos positivamente estampados na contemporânea Carta Magna.

Desta forma, a discricionariedade é materializada a partir da indeterminação do conceito de ordem pública, que deve ser rechaçado pela contemporânea legislação, jurisprudência e doutrina pátria.

3.2 - Da prisão preventiva com escopo na ordem pública.

Como já ponderado pela doutrina trazida em tópico anterior, a prisão preventiva com escopo na ordem pública é um permissivo legal, que está positivado expressamente no artigo 312 do atual Código de Processo Penal. Realizada a conceituação de prisão preventiva e ordem pública, faz-se mister realizar a coadunação dos dois institutos.

Preambularmente, cumpre esclarecer que infelizmente a ordem pública materializada pelo clamor social e pelo próprio “estado de segurança” na sociedade contemporânea. Senão, vejamos:

Existe uma absurda banalização da prisão preventiva, uma grave degeneração, que a transformou em uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-a indevidamente como medida de segurança pública. Quando se mantém uma pessoa presa em nome da ordem pública, diante da reiteração de delitos e o risco de novas práticas, está se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e ao fundamento do processo penal. (JÚNIOR, 2020, p. 117)

Assim, a aplicação da prisão preventiva com escopo na ordem pública sofre uma imensurável banalização, uma vez que a utilização de um conceito jurídico abstrato serve de parâmetro para o tolhimento de um direito estampado no rol de direitos fundamentais da contemporânea Carta Magna Nacional apenas para satisfazer anseios supérfluos da sociedade. Para melhor elucidar a problemática, aventa-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

Feitas as considerações preambulares, a prisão tolhe sensivelmente direitos caros e inerentes dos cidadãos. Tem-se um aspecto ainda mais sensível

quando se afirma que a prisão é cautelar sob o viés preventivo, uma vez que não se tem o trânsito em julgado da ação penal. Neste aspecto, tem-se a própria antecipação da pena do cidadão, violando preceitos inerentes e caros da sistemática processualística penal.

A antecipação da pena é um problema gravíssimo que consterna a contemporânea conjuntura nacional, uma vez que se tem a pena em si apenas com o trânsito em julgado do feito penal. Desta forma, torna-se plenamente defensável que a antecipação da pena deve ser rechaçada em todo o ordenamento jurídico penal nacional, visto que todos os preceitos devem ser observados e obedecidos.

O próprio Código de Processo Penal afirma de forma veemente que a prisão preventiva com o objetivo de antecipação de pena deve ser rechaçada. Senão, vejamos:

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).

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Nestas diligências, devem subsistir motivos capazes de justificar a manutenção da prisão preventiva. Uma vez que os motivos para tanto cessam, inexistem razões para a utilização da medida cautelar.

Desta forma, torna-se plenamente justificável a ingerência de considerações do autor Aury Lopes Júnior, uma vez que seus pensamentos são fundamentais para a construção de um raciocínio dotado de coerência acerca da presente temática.

Assume contornos de verdadeira pena antecipada, violando o devido processo legal, a presunção de inocência e o previsto, expressamente, no art. 313, § 2º: “Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia”. (JÚNIOR, 2020, p. 119).

Perante tais premissas torna-se plenamente defensável o fato de que hodiernamente a prisão preventiva assume um caráter de prevenção. Noutras palavras, afirma-se que o mecanismo cautelar é utilizado como um método abstrato de prevenir crimes, contudo, mediante tal ato desprezível tem-se apenas a utilização equivocada do instituto, garantindo mais ainda a sua banalização.

3.3 - Da repercussão social e midiática

O primeiro ponto que merece ser elencado no presente tópico é o fato de que pressões midiáticas e clamor social não podem interferir na prestação jurisdicional do Estado (Poder Judiciário). Tal assertiva é justificada pelo fato de que devemos possuir uma concepção objetiva e taxativa do Direito, aplicando-o enquanto tal.

Guilherme de Souza Nucci traz considerações contemporâneas, que assumem um caráter imensurável para a presente discussão:

Há, para os leigos, a presunção de veracidade, quando a imprensa notifica algum fato criminoso com ênfase, cheio de indicações de provas e como se fosse algo consumado. É preciso muito esforço do Judiciário para agir com imparcialidade e não se deixar envolver pela pretensa opinião pública, julgando cada caso – dos desconhecidos da mídia aos mais divulgados – com absoluta isenção. Por vezes, notamos a atuação legislativa vacilante e ilógica, atormentada pela mídia e pela opinião pública, sem qualquer critério científico ou, no mínimo, razoável. (NUCCI, 2020, p. 694)

Perante as supracitadas considerações, deve-se afirmar que o operador do Direito não deve se deixar levar por premissas externas, que são materializadas pela mídia e por pressões sociais mediante a repercussão de determinado fato. É ainda mais certo ponderar que o Magistrado deve ater-se apenas aos elementos de provas trazidos nos autos no produzidos no curso do próprio processo penal.

Desta forma, a supracitada consideração materializa o princípio caro do Direito, que é o juiz natural, que deve ser imparcial, julgando as mais variadas lides de acordo com provas, normas e princípios admitidos pela contemporânea sistemática jurídica nacional.

Aury Lopes Júnior sustenta:

Deve-se maximizar a preocupação em evitar os pré-juízos, que geram um imenso prejuízo. Somente a adoção de um sistema efetivamente acusatório, que não apenas respeite o *ne procedat iudex ex officio* (durante todo o procedimento, não apenas no início!), mas, principalmente, que mantenha o juiz afastado da iniciativa/gestão da prova, é capaz de criar as condições de possibilidade para a imparcialidade. A exigência da imparcialidade deve ser pensada para além da questão subjetiva (dos prejulgamentos) mas também objetiva e estética. Objetivamente se deve mirar para a estrutura processual, não permitindo que o juiz “desça” para a arena das partes, praticando atos que não lhe competem.. É essa estética que dá a necessária confiança ao jurisdicionado de que haverá um julgamento justo. (JÚNIOR, 2020, p. 194)

Desta forma, as pressões sociais e midiáticas exercem um papel imensurável e sensível tanto na confecção, quanto na aplicação fática da

contemporânea sistemática penal. Para asseverar todos os preceitos aqui trazidos por Nucci em seu livro “prisões e liberdade” afirma:

Impõe-se a viabilidade de decretação da prisão preventiva, sabendo-se que a grande maioria dos delitos, envolvidos no cenário da violência doméstica e familiar, possuem penas pífias (ameaça, detenção de um a seis meses, ou multa; lesão corporal qualificada, detenção, de três meses a três anos). Logo, é perfeitamente viável concluir que o legislador deseja um processo penal de efeitos especiais, simbólico e maniqueísta, ou seja, bateu na mulher vai para a cadeia imediatamente. Mas, depois, quando a sociedade esquece o fato, o intento legislativo passa a ser outro, construindo um direito penal brando e, por vezes, ineficiente, aplicando-se penas impositivas da liberdade do condenado, necessariamente. É preciso que o Judiciário coloque um basta nessa manipulação de massas ignorantes, envolvendo a mídia e os índices de audiência, quando se pretende apresentar um processo penal rigoroso, limitado por um direito penal benigno. (NUCCI, 2014, p. 21)

Outro aspecto que assume importância na presente discussão é o fato de que a problemática nasce através do processo legislativo, onde reflete o clamor social. Contudo, é certo afirmar que as leis baseadas em clamores sociais materializam a própria insegurança jurídica e rechaço às garantias contempladas na legislação penal nacional.

De acordo com a melhor doutrina, o clamor social é:

Questão importante concerne à possibilidade de a repercussão social intensa provocada pela gravidade da infração penal, por si, autorizar a privação cautelar da liberdade sob o manto da garantia da ordem pública. A respeito, predomina o entendimento de que isto não é possível, pois, se admitirmos que sempre que a população se revoltar e clamar por justiça seja decretada a preventiva do infrator, não só estaremos tirando a imperiosa posição de isenção, imparcialidade e superioridade do Estado-juiz perante a sociedade, como também admitindo a utilização do próprio Estado para a perfectibilização da vingança privada. Neste sentido, também, a orientação do STF, decidindo que a mera afirmação de gravidade do crime e de clamor social, de per si, não são suficientes para fundamentar a constrição cautelar, sob pena de transformar o acusado em instrumento para a satisfação do anseio coletivo pela resposta penal. (AVENA, 2017, p. 670)

No intuito de fundamentar a presente discussão, traz-se o art. 20 de Lei Maria da Penha, que assevera:

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

A supracitada lei é a própria materialização do clamor público em face de um fato de imensurável e indiscutível repercussão social. Outro aspecto interessante

à ser notado é que a supracitada lei contempla aspectos contidos na contemporânea legislação da processualística penal.

Contudo, a problemática aqui almejada é trazida à tona pelas palavras de Norberto Avena quando afirma:

Na verdade, problemas surgem quando se trata de definir o alcance das disciplinas incorporadas aos mencionados arts. 20 da Lei 11.340/2006 e 313, III, do CPP. É que a hipótese de prisão preventiva em questão foi contemplada nesses dispositivos de forma demasiadamente genérica, permitindo, se interpretados em sua letra fria, concluir que a custódia, nesses casos, viabiliza-se em qualquer tipo de crime, até mesmo nos delitos culposos, o que seria um absurdo do ponto de vista legal. (AVENA, 2017, p. 586)

Perante os homogêneos argumentos aqui elencados, torna-se plenamente defensável que o clamor público e pressões midiáticas não devem interferir nas demandas penais. Ainda, é importante lembrar que decisões devem ser lastreadas de objetividade, baseadas em provas e matérias permitidas no Direito.

3.4 – Da inviabilidade da utilização do termo ordem pública para a decretação da prisão preventiva.

Preliminarmente, faz-se mister ponderar que o objetivo do presente tópico é tornar inteligível o viés inconstitucional e inconvenção da utilização da ordem pública para a decretação da prisão preventiva. É importante observar que quando é utilizada para seus devidos fins, a prisão preventiva com escopo na ordem pública é dotada de validade e eficácia.

A inconstitucionalidade da ordem pública para a decretação da prisão preventiva é fruto da inobservância dos próprios fins estabelecidos para a cautelar (utilização discricionária, clamor social e midiático) e rechaçamento de preceitos formais de suma importância.

O primeiro ponto capaz de sustentar os argumentos aqui elencados é trazidos por Aury Lopes Júnior, que pondera:

É substancialmente inconstitucional e inconvenção atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarma social e, por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o Estado, enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo. Considerando a natureza dos direitos limitados (liberdade e presunção de inocência), é absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva (in malam partem) que amplie o conceito de “cautelar” até o ponto de transformá-la em “medida de segurança pública”. (JÚNIOR, 2020, p. 120)

Desta feita, deve-se afirmar que existe uma linha tênue, visto que tanto os pedidos, quando a decisão que prospectivamente irá deferir a prisão preventiva são lastreados apenas por argumentos supérfluos, onde o clamor social está por trás na maioria das vezes. Ainda, fala-se que na maior parte dos casos aquele fator ensejador nunca existiu e nem está emergente. Desta forma, para quê deferir tal medida? Seria apenas para satisfazer a sociedade?

Pode-se encontrar o argumento base para a construção do raciocínio aqui almejado através do art. 315 do atual Códex de Processo Penal, que assevera:

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

Coaduna-se os supracitados preceitos às considerações de Norberto Avena, que pondera:

Inferre-se do art. 315 do CPP, e também por decorrência constitucional (art. 93, IX, da CF), que o decreto da prisão preventiva deve ser fundamentado quanto aos seus pressupostos e motivos ensejadores. E mais: Considerando o que dispõe o art. 282, § 6.º, do CPP, no sentido de que a preventiva apenas poderá ser decretada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar diversa da prisão, também este aspecto deverá integrar a decisão judicial que a ordenar, sob pena de nulidade. Evidentemente, a exigência de fundamentação não significa, necessariamente, uma fundamentação extensa. Pode o juiz motivá-la objetivamente, desde que externar as razões de seu convencimento, de forma a permitir que a defesa possa apresentar argumentos contrários em eventual impugnação com que venha a ingressar. (AVENA, 2017, p. 682)

É importante que a decisão de acolhimento do pedido de prisão preventiva observe os preceitos elencados na legislação contemporânea e demonstre a sua própria razão de existir. Nesta mesma senda, afirma-se que as decisões que carecem de fundamentação são nulas, não havendo que se falar em argumentos supérfluos. Tais preceitos são plenamente validados pelo art. 564 do atual Códex de Processo Penal, que assevera:

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

V - em decorrência de decisão carente de fundamentação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

Outro aspecto de suma importância é a questão da existência contemporânea dos motivos que justificaram a decretação da prisão preventiva. Na

hipótese de inexistência, é imprescindível que o cidadão seja posto em liberdade o mais rápido possível.

Ainda, existe outro fator capaz de sustentar a inviabilidade da prisão preventiva no contemporâneo ordenamento jurídico, que é a utilização das medidas cautelares diversas da prisão. A prisão preventiva é utilizada de forma subsidiária, sendo cabível apenas quando se manifestar impossível a aplicação das medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Suponha-se que, no curso da investigação policial ou do processo criminal, instado pelos legitimados do art. 311, constate o juiz a presença inequívoca dos pressupostos que autorizam a decretação da prisão preventiva. Em tal caso, por força do que reza o art. 282, § 6.º, do CPP, caberá ao juiz examinar a possibilidade de aplicação, quer isoladas, quer cumuladas umas com as outras, das medidas previstas no art. 319 e no art. 320, já que estas, por força de lei, possuem natureza substitutiva da prisão preventiva nas hipóteses que autorizam esta custódia (art. 313). Neste diapasão, apenas será facultado ao juiz decretar a prisão preventiva se, fundamentadamente, demonstrar a impossibilidade de substituí-la eficazmente por outro provimento alternativo dentre os previstos nos mencionados arts. 319 e 320. (AVENA, 2017, p. 618)

Perante tais premissas, torna-se plenamente defensável o caráter subsidiário da prisão preventiva. Afirma-se ainda que tal método deve ser rechaçado em situações manifestamente incabíveis, assim como sua prospecta inconstitucionalidade, como vasta gama da contemporânea doutrina preconiza.

4. Da abolição da prisão preventiva com escopo na ordem pública.

O primeiro ponto que deve ser lembrado no preâmbulo do presente capítulo é que as medidas cautelares servem para resguardar o deslinde do inquérito ou do feito penal. Desta forma, as medidas cautelares não possuem o condão de realizar a prevenção.

Para melhor fundamentar os supracitados preceitos, faz-se mister trazer a seguinte consideração:

Obviamente que a prisão preventiva para garantia da ordem pública não é cautelar, pois não tutela o processo, sendo, portanto, flagrantemente inconstitucional, até porque, nessa matéria, é imprescindível a estrita observância do princípio da legalidade e da taxatividade. Considerando a natureza dos direitos limitados (liberdade e presunção de inocência), é absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva (in malam partem) que amplie o conceito de “cautelar” até o ponto de transformá-la em “medida de segurança pública”. (JÚNIOR, 2020, p. 120)

As considerações anteriormente trazidas por Aury Lopes assumem um caráter primordial para a presente discussão, uma vez que realmente existe plausibilidade na manutenção de um mecanismo que turba significativamente a conjuntura penal?

Nesta seara, é importante evocar o garantismo penal de Luigi Ferrajoli, onde as instituições e objetos resguardados por lei não devem ser rechaçados. Para coadunar a discussão, retoma-se à última decisão aqui citada do Supremo Tribunal Federal, onde o prazo de noventa dias (contemplado pelo próprio pacote anticrime) é rechaçado, ferindo de forma gravosa os direitos basilares do cidadão.

Inaugura-se o presente capítulo com as céleres considerações de Luigi Ferrajoli, que são contemporâneas à presente discussão:

O fato de que entre pena e delito não exista nenhuma relação natural não exime a primeira de ser adequada ao segundo em alguma medida. Ao contrário, precisamente o caráter convencional e legal do nexu retributivo que liga a sanção ao ilícito penal exige que a eleição da qualidade e da quantidade de uma seja realizada pelo legislador e pelo juiz em relação à natureza e à gravidade do outro. O princípio de proporcionalidade expressado na antiga máxima *poena debet commensurari delicto* é, em suma, um corolário dos princípios de legalidade e de retributividade, que tem nestes seu fundamento lógico e axiológico. (FERRAJOLI, 2002, p. 318)

A presente discussão é iniciada a partir de um assunto basilar concernente aos preceitos inerentes ao rol de direitos fundamentais. O presente assunto versa veementemente sobre o direito de liberdade, e nesta seara colaciona Ingo Wolfgang Sarlet:

Dito de outro modo, o direito geral de liberdade funciona como um princípio geral de interpretação e integração das liberdades em espécie e de identificação de liberdades implícitas na ordem constitucional. Assim sendo, para reforçar a linha argumentativa já lançada, a positivação de um direito geral de liberdade tem a vantagem de introduzir no ordenamento jurídico uma cláusula geral que permite dela derivar, por meio de interpretação extensiva, outras liberdades não expressamente consagradas no texto constitucional. Com efeito, a liberdade, como faculdade genérica de ação ou de omissão, concede ao indivíduo um amplíssimo leque de possibilidades de manifestação de suas vontades e preferências e de expressão de sua autonomia pessoal que não pode ser apreendido por meio de liberdades específicas previstas em textos normativo. (SARLET, 2017, p. 526)

Acerca dos direitos de liberdade, devem existir, enquanto ações estatais, as atitudes no comedimento da utilização da prisão preventiva. Desta forma, o Estado é o propulsor de todas as ações, sejam omissivas ou comissivas no que concerne à tutela das prisões, sejam elas de qualquer natureza.

Feitas as considerações preambulares, passa-se ao cerne do presente capítulo, onde serão abordados conceitos basilares.

4.1 – Dos elementos migratórios externos ao inquérito policial e ação penal.

Feitas as considerações preambulares acerca do presente capítulo passa-se ao núcleo da discussão. Quando se versa sobre elementos migratórios no presente contexto, a discussão é materializada por preceitos alheios ao inquérito ou ação penal. Dentre os elementos, é importante versar sobre a “reincidência” perante a sociedade.

No contexto inaugural, nada melhor que trazer as seguintes considerações do ilustríssimo Guilherme de Souza Nucci:

A) A prisão preventiva somente pode ser decretada, em qualquer situação, para crimes dolosos, com pena superior a quatro anos, reincidência em crime doloso ou violência doméstica e familiar. B) A prisão preventiva pode ser decretada para todos os casos supramencionados, mas também para todas as hipóteses de descumprimento das obrigações fixadas por medidas cautelares alternativas, válidas para qualquer espécie de delito. Pela análise sistemática da novel legislação, não vemos como deixar de acolher a segunda posição. As medidas cautelares, alternativas ao cárcere, são salutares e representam a possibilidade real de esvaziamento de cadeias. Porém, elas precisam de credibilidade e respeitabilidade. (NUCCI, 2014, p. 74)

O primeiro ponto que merece destaque no presente contexto é que a prisão preventiva não possui caráter preventivo e nem de evitar a reincidência. Desta forma, o papel anteriormente citado também não é do Poder Judiciário no que concerne a evitar ou não a reincidência.

Acerca da reincidência, Norberto Avena afirma de forma objetiva:

A reincidência também é considerada pela doutrina um efeito reflexo da sentença condenatória, pois o indivíduo apenas poderá ser considerado reincidente se for condenado por fato praticado no máximo até cinco anos após o cumprimento da pena imposta em razão de condenação anterior. (AVENA, 2017, p. 760)

Num julgado paradigma, o Superior Tribunal de Justiça decidiu de forma concisa e acertada:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. MÉRITO. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE PESSOAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE ABSTRATA. REINCIDÊNCIA, POR SI SÓ, NÃO JUSTIFICA A PRISÃO PREVENTIVA. MEDIDAS CAUTELARES. ADEQUAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal,

passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal. **2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF) que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal.** **3. Caso em que o decreto que impôs a prisão preventiva ao paciente não apresentou motivação concreta apta a justificar a necessidade, adequação e a imprescindibilidade da medida extrema. Consta apenas que o paciente foi encontrado na posse de três objetos alheios (painel frontal de um som automotivo, um par de chinelo e uma caixa de máscaras), subtraídos de um veículo que estava fechado, porém não trancado, em via pública; e que possui diversas condenações criminais.** Não há modus operandi excepcional (delito cometido sem violência ou grave ameaça) e a reincidência, por si só, notadamente diante do cenário de pandemia que estávamos vivendo, não justifica a prisão preventiva. Constrangimento ilegal configurado. **4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva do paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, sob a imposição de medidas cautelares, a critério do Juízo de primeiro grau. (HC 618.229/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2020, DJe 26/10/2020) (grifou-se)**

O posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça é dotado de plausibilidade, contudo, na presente conjuntura os juízos de base não seguem as diretrizes elencadas pelo supracitado tribunal. Ainda, pondera-se que para vasta gama de magistrados a reincidência por si só já é um fator ensejador de decretação da prisão preventiva.

O pensamento engessado de que sujeitos “reincidentes” na prática de delitos ferem a “ordem pública” (conceito em abstrato) acarreta imensurável instabilidade na contemporânea conjuntura nacional, afetando de forma significativa a questão da segurança jurídica ao tolher a liberdade do cidadão em nome de um conceito vago e abstrato.

4.2 – Do real objetivo das medidas cautelares.

De antemão, deve-se pontuar que hodiernamente a cautelar da prisão preventiva não está cumprindo com seu real objetivo. Tal afirmação é plenamente lastreada pelos argumentos anteriormente trazidos, assim como posicionamentos elencados em Direito.

Acertadamente, afirma Guilherme de Souza Nucci:

A prisão cautelar é fruto da necessidade de se obter uma investigação ou instrução criminal produtiva, eficiente e livre de interferências. Embora ambas provoquem a segregação do indiciado ou acusado, a primeira constitui efetiva sanção penal; a segunda não passa de uma medida de cautela, com o fim de assegurar algo. Não é um fim, mas um meio. (NUCCI, 2014, pág. 25)

Desta feita, a contemporânea aplicação da prisão cautelar é dotada de objetividade em suas metas (quando aplicada nos moldes do contemporâneo Código de Processo Penal), que é justamente rechaçar todas as máculas contidas, seja no inquérito policial ou no próprio corpo do processo.

Renato Brasileiro colaciona:

Prisão cautelar é aquela decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória com o objetivo de assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal. Em um Estado que consagra o princípio da presunção de não culpabilidade, o ideal seria que a privação da liberdade de locomoção do imputado somente fosse possível por força de uma prisão penal, ou seja, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (LIMA, 2020, p. 784)

Neste mesmo contexto, as medidas de prisão cautelares são métodos dotados de estado transitório e de urgência para a sua decretação. Quando inexistem os motivos para tanto, ela deve ser imediatamente rechaçada. Perante tais premissas, torna-se ainda útil elencar a seguinte consideração:

O segundo caráter das novas medidas cautelares liga-se à adequabilidade. Esse fator, sem dúvida, concerne ao princípio constitucional da proporcionalidade. Observa-se, cada vez mais, a vinculação e a integração entre os princípios constitucionais penais e processuais penais. Nesse prisma, já havíamos apontado a umbilical ligadura entre a proporcionalidade e a individualização da pena, além de indicar a união entre legalidade e prisão cautelar (nossa obra: Princípios constitucionais penais e processuais penais). Agora, nota-se o vínculo entre as medidas cautelares e a proporcionalidade, ou seja, tal como se fosse uma autêntica individualização da pena, deve-se analisar o fato e seu autor, em detalhes, para aplicar a mais adequada medida cautelar restritiva da liberdade. Cuida-se da individualização da medida cautelar, vez que existem várias à disposição do magistrado para a aplicação ao caso concreto. (NUCCI, 2014, p. 27).

No que concerne à prisão preventiva, temos um aspecto intrinsecamente sensível, uma vez que tem-se o primeiro padrão de subjetividade quando o Magistrado analisa de forma concisa e imprecisa os poucos materiais probatórios para a decretação de uma prospecta prisão. Para melhor elucidar os supracitados argumentos, colaciona Aury Lopes:

Grande parte desse problema vem do fato de o juiz ler e estudar os autos da investigação preliminar (inquérito policial) para decidir se recebe ou não

a denúncia, para decidir se decreta ou não a prisão preventiva, formando uma imagem mental dos fatos para, depois, passar à “busca por confirmação” dessas hipóteses na instrução. O quadro agrava-se se permitirmos que o juiz, de ofício, vá em busca dessa prova sequer produzida pelo acusador. Enfim, o risco de pré-julgamento é real e tão expressivo, que a tendência é separar o juiz que recebe a denúncia (que atua na fase pré-processual) daquele que vai instruir e julgar ao final. (JÚNIOR, 2020, p. 245)

Nesta mesma discussão, todos os preceitos constitucionais (inclusive princípios) devem ser observados, justamente no intuito de conferir harmonia à conjuntura penal nacional. Contudo, é imperioso ressaltar que os supracitados preceitos não estão sendo obedecidos e a medida cautelar da prisão preventiva está sendo utilizada para fins diversos ao inicial.

A prisão preventiva do imputado se assemelha a um daqueles remédios heroicos que devem ser ministrados pelo médico com suma prudência, porque podem curar o enfermo, mas também podem ocasionar-lhe um mal mais grave; quiçá uma comparação eficaz se possa fazer com a anestesia, e sobretudo com a anestesia geral, a qual é um meio indispensável para o cirurgião, mas ah se este abusa dela! (JÚNIOR, 2020, p. 118)

As demais medidas cautelares em hipótese alguma devem atender ao clamor social ou pressões midiáticas. Afirma-se ainda que todos os preceitos aqui elencados inaplicáveis à prisão preventiva não devem ser utilizados em sede das demais medidas cautelares (que são instrumentos unicamente aplicáveis ao inquérito ou no deslinde do feito penal).

E quais são as prisões cautelares recepcionadas atualmente? Prisão preventiva e prisão temporária. A prisão em flagrante também costuma ser considerada “cautelar” por parte da doutrina tradicional. Divergimos neste ponto, por considerar a prisão em flagrante como “pré-cautelar”, como explicaremos ao tratar dela. De qualquer forma, essas são as três modalidades de prisão que podem ocorrer antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Não existem mais, após a reforma de 2011, a prisão decorrente da pronúncia e a prisão decorrente da sentença penal condenatória recorrível. Elas agora, como determinam os respectivos arts. 413, § 3º e 387, §1º do CPP, passam a ser tratadas como prisão preventiva (não só porque somente podem ser decretadas se presentes o requisito e o fundamento, mas também devem ser assim nominadas). (JÚNIOR, 2020, p. 128)

As considerações suscitam um sensível cotejo analítico, posto que as medidas cautelares diversas da prisão se mostram imensuravelmente mais eficazes que a prisão preventiva, que apenas tolhe a liberdade do indivíduo e não atende ao fim específico, que é o regular deslinde do inquérito policial ou ação penal.

As medidas cautelares servem como uma auxiliar do deslinde penal e não podem desvirtuar-se da sua determinada finalidade. As medidas cautelares, quando utilizada para sua real finalidade (conservar o feito penal) as supracitadas medidas surtem notável efeito no plano prático.

4.3 - Das medidas cautelares diversas da prisão preventiva.

De antemão, colaciona-se que a contemporânea sistemática jurídica nacional contempla um rol eficaz de medidas diversas da prisão preventiva dotadas de eficácia para atender as mais variadas peculiaridades. Desta forma, afasta-se o exaustivo uso da prisão preventiva como “único” método para tolher a liberdade e almejar uma supérflua sensação de garantia da ordem pública.

Para melhor fundamentar as supracitadas considerações, Norberto Avena traz excelentes considerações pertencentes à presente temática.

Excepcionalidade da prisão preventiva frente a outras medidas cautelares que não impliquem privação da liberdade. Por conseguinte, antes de decretar a prisão cautelar, deverá o juiz verificar se, porventura, são cabíveis quaisquer das medidas cautelares diversas da prisão arroladas no Código de Processo Penal (art. 282, § 6.º). Estabeleceu que, ressalvados os casos de urgência ou de ineficácia da medida a ser imposta, será exigida a observância do contraditório como condição prévia para que o Juiz determine as medidas cautelares de natureza pessoal. Evidentemente, a exigência desse contraditório requer compatibilidade com a medida, não sendo razoável, por exemplo, cogitá-lo diante da decretação de uma prisão preventiva ou temporária (art. 282, § 3.º). Coibiu o decreto de medidas cautelares de ofício na fase das investigações, seja a prisão preventiva, sejam as demais medidas diversas da prisão. Destarte, em regra, apenas na fase do processo judicial é facultado ao juiz decretar estas medidas por sua própria iniciativa (arts. 282, § 2.º, e 311) (AVENA, 2017, p. 599).

Perante as palavras de Avena, torna-se plenamente defensável que existem uma vasta gama de medidas diversas da prisão dotadas de eficácia para obter o resultado almejado no feito penal. Senão, vejamos o seguinte preceito disposto no art. 282, §6º do Código de Processo Penal Brasileiro:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). de 2011).

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

O próprio preceito estampado no Código de Processo Penal Brasileiro e contemplado pelo Pacote Anticrime só confirma o padrão imensurável de

subsidiariedade na utilização da prisão preventiva. Apenas à título de exemplo, traz-se outra consideração normativa contida no Código de Processo Penal Brasileiro:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Como exemplo basilar, tem-se a supracitada consideração trazida pelo contemporâneo e vigente Código de Processo Penal. Materializando para a realidade, tem-se a hipótese de quando um determinado funcionário público esteja se utilizando daquela determinada situação para coagir testemunhas de um caso. A mera prisão dele não iria adiantar para o caso fático, mas a suspensão do exercício de sua função pública seria a medida ideal para o caso em voga.

Ora, se existem medidas cautelares diversas da prisão dotadas de imensurável eficácia, para quê utilizar a prisão preventiva em *prima facie*? Apenas para lotar o exacerbado contingente penitenciário nacional?

A supracitada pergunta é facilmente respondida pelo art. 282, §6º do contemporâneo e vigente Código de Processo Penal, que afirma expressamente:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Desta forma, a contemporânea sistemática jurídica penal nacional detém meios capazes de rechaçar a prisão preventiva utilizada em um termo vago, que é justamente a “ordem pública”. Tal preceito é um verdadeiro item abstrato e deplorável que merece ser rechaçado.

Nesta linha, conclui-se que, relativamente ao princípio da necessidade, tanto a prisão preventiva quanto as medidas cautelares alternativas dos arts. 319 e 320 poderão ser aplicadas quando, efetivamente, revelarem-se necessárias para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução

criminal e para evitar a prática de novas infrações penais, tal como externado no art. 282, I, do CPP. Já no que toca às medidas cautelares alternativas dos arts. 319 e 320, não havendo dispositivo específico quanto aos respectivos fundamentos, depreende-se que os nortes serão apenas aqueles elencados no citado art. 282, I. (AVENA, 2017, p. 606).

Para assegurar a aplicação da lei penal não é necessário o tolhimento direto e imediato do determinado sujeito. Existem medidas plausíveis que devem ser adotadas, não cabendo a possibilidade de reincidência de um modo abstrato o fator determinante para a decretação da prisão.

4.4 – Da aplicação contemporânea de preceitos concernentes à prisão preventiva.

Continuando a presente discussão, faz-se mister adentrar a outra vertente da presente discussão. O primeiro ponto que merece destaque é acerca dos posicionamentos legais e considerações elencadas pela contemporânea jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Para iniciar uma discussão homogênea, traz-se o seguinte julgado que serve como um paradigma:

Ementa PRISÃO PREVENTIVA. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. OFENSA NÃO CONFIGURADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PACIENTE FORAGIDO. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. ALEGADA INOBSERVÂNCIA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 316 DO CPP. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DECURSO DO PRAZO NONAGESIMAL QUE NÃO ACARRETA A SOLTURA AUTOMÁTICA DO CUSTODIADO. MANIFESTA ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE NÃO IDENTIFICADAS. 1. Na dicção dos arts. 21, § 1º, e 192, do RISTF, que conferem ao Relator a faculdade de decidir monocraticamente o habeas corpus, inexistente ofensa ao princípio da colegialidade. Precedentes. 2. Prisão preventiva decretada forte na garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal, presentes as circunstâncias concretas reveladas nos autos. Precedentes. 3. A circunstância de o Agravante ostentar primariedade e bons antecedentes não constitui óbice à decretação ou manutenção da prisão preventiva, desde que preenchidos os pressupostos e requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. 4. Inviável o exame das teses defensivas não analisadas pelas instâncias anteriores, sob pena de indevida supressão de instâncias. Precedentes. 5. **O Plenário deste Supremo Tribunal firmou entendimento no sentido de que o mero decurso do prazo de 90 (noventa) dias previsto no art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, não conduz à soltura automática do preso preventivamente.** 6. Agravo regimental conhecido e não provido. HC 178254 AgR Órgão julgador: Primeira Turma Relator(a): Min. ROSA WEBER Julgamento: 03/08/2021 Publicação: 06/08/2021 (grifou-se).

Feitas as supracitadas considerações, afirma-se que o posicionamento da Suprema Corte Nacional é contemporâneo e merece destaque. O primeiro ponto é que o problema é versado como apenas “um mero decurso”, ou seja, preceitos

contidos na legislação nacional são rechaçados de forma veemente. Senão, vejamos:

Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

Neste mesmo diapasão, afirma-se que a jurisprudência rechaça completamente os preceitos contemplados pela Lei 13.964/2019, que é o Pacote Anticrime. A mutação de legislação ordinária conferida pelo STF no presente caso é dotada de sensíveis arbitrariedades, violando de forma significativa direitos caros e inerentes aos cidadãos.

Colaciona Eugênio Pacelli:

A prisão cautelar lastreia-se em fatos, que podem mudar ao longo da instrução. Desse modo, a decretação da preventiva não é definitiva, podendo ser revista, caso a situação fática apresente nova feição. Ilustrando, alegou-se que o réu teria ameaçado determinada testemunha para não depor em seu desfavor; entretanto, o depoimento transcorre normalmente e a própria testemunha declara nunca se ter sentido ameaçada; se a prisão preventiva fora decretada com base nisso, é preciso seja revista e revogada. O mesmo preceito foi criado no contexto das medidas cautelares: “o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem” (art. 282, § 5.º, CPP). (PACELLI, 2014, p. 78).

As considerações do supracitado penalista ganham uma força imensurável hodiernamente, uma vez que se deve elencar a morosidade no sistema judiciário brasileiro, onde aquele prazo de noventa dias pode facilmente se tornar duzentos dias, ferindo de forma gravosa os direitos do cidadão.

A prisão preventiva decretada para conveniência da instrução criminal é aquela que visa a impedir que o agente, em liberdade, alicie testemunhas, forje provas, destrua ou oculte elementos que possam servir de base à futura condenação. A despeito da terminologia empregada no dispositivo, essa medida não pode ser decretada apenas por se revelar proveitosa ou vantajosa à instrução, como sugere a interpretação literal da palavra “conveniência”. Sendo a custódia decretada unicamente com base no fundamento in examen, uma vez esgotada a instrução, não há mais razões para que subsista o decreto, impondo-se a revogação, conforme se infere dos arts. 316 e 282, § 5.º, ambos do CPP. (AVENA, 2017, p. 671).

A contemporânea e sensata doutrina do Direito Penal contemporânea é precisa quando conferem primazia à análise e revogação da medida que tolhe os

direitos de liberdade do cidadão. Quando não subsistirem os motivos para tal, a prisão deve ser imediatamente rechaçada, e o prazo de noventa dias deve ser obedecido, assim como a avaliação para a manutenção.

Acerca das prisões, Ingo Wolfgang Sarlet afirma:

Importa ter presente que a liberdade de locomoção articula-se com outros direitos e garantias fundamentais e outros dispositivos da Constituição Federal, que tanto se destinam à sua proteção (é o caso, por exemplo, do instituto do habeas corpus e das limitações constitucionais da prisão), quanto, a depender do caso, atuam como limites da própria liberdade de locomoção ou autorizam o legislador a restringir tal liberdade, o que será objeto de atenção logo mais adiante, no item reservado aos limites da liberdade de locomoção. O caráter abrangente da liberdade de locomoção na Constituição Federal, por sua vez, não nos parece conciliável com uma definição fechada, no sentido do direito de toda e qualquer pessoa a não ser presa ou detida arbitrariamente, a não ser que também tal fórmula seja compreendida em sentido aberto, ainda mais em face da existência de dispositivos específicos, no título “Dos direitos e garantias fundamentais”, assegurando a pessoa contra prisões arbitrárias. (SARLET, 2017, p. 567)

A liberdade de locomoção é um direito subjetivo inerente ao cidadão, e este não pode ser tolhido de forma arbitrária. Desta forma, no que tange à prisão preventiva e aplicação das demais medidas cautelares, a contemporânea jurisprudência atua de forma retrógrada, ferindo sensivelmente direitos caros e inerentes aos cidadãos.

Além da proteção da liberdade de locomoção em relação ao próprio Estado, mas especialmente no que diz com a proteção na esfera das relações privadas, cabe ao Poder Público assegurar as condições materiais do exercício de tal liberdade, especialmente na esfera da organização e do procedimento, como dão conta, em caráter ilustrativo, toda a regulamentação do trânsito nacional e internacional de pessoas e bens, as regras e princípios em matéria de prisão e detenção (boa parte das quais foi objeto de previsão constitucional específica), apenas para referir algumas. (SARLET, 2017, p. 568)

Acerca da mesma temática, Aury Lopes traz considerações de caráter imensuravelmente importante, uma vez que perante suas palavras torna-se plenamente abominável a utilização de mecanismos de tolhimento de liberdade sob o viés arbitrário, que é o próprio caso da utilização da prisão preventiva em *prima facie*.

Perante os homogêneos argumentos aqui trazidos, torna-se clarividente que a utilização da prisão preventiva com escopo na manutenção da ordem pública é um assunto sensível e que merece o máximo de cuidados quando se materializa em termos práticos. A saída dotada de extrema viabilidade seria a abolição do termo

jurídico vago e atenção intrínseca aos preceitos contidos na contemporânea legislação pátria.

5. CONCLUSÃO

Perante os homogêneos argumentos expostos na presente monografia, torna-se plenamente evidente a discrepância da problemática no que versa sobre a aplicação da prisão preventiva com escopo no termo da ordem pública.

A prisão preventiva baseada na ordem pública é um tema sensível, uma vez que é importante observar que o conceito anteriormente citado abre espaço para vasta gama de lacunas, sendo extremamente indeterminado. Desta maneira, afirma-se que a ordem pública é um conceito jurídico dotado de incertezas e deve ser corretamente avaliado para aplicá-lo ao caso concreto

É certo afirmar que o processo para a mudança dos paradigmas intrínsecos à prisão preventiva é lento e merece cuidados especiais, justamente para não quedar em outros erros como conferir imensurável importância para um termo jurídico vago e inadequado para vasta gama das situações em que é utilizado.

A corrente doutrinária que assumiu primordial importância foi a do garantismo penal, que é defendida veementemente por Luigi Ferrajoli. A corrente doutrinária anteriormente citada possui bases diretas nos preceitos objetivos do Direito, onde os direitos fundamentais estampados na contemporânea Carta Magna seriam obedecidos de forma inequívoca.

O garantismo penal aqui proposto é a vertente defendida pelo supracitado Autor, onde as instituições e objetos resguardados por lei não devem ser rechaçados. Para coadunar a discussão, retoma-se à última decisão aqui citada do Supremo Tribunal Federal, onde o prazo de noventa dias (contemplado pelo próprio pacote anticrime) é rechaçado, ferindo de forma gravosa os direitos basilares do cidadão.

Enquanto corrente, o garantismo encontra base no presente trabalho, posto que por se tratar de um “modelo ideal”, este deve ser seguido, justamente no intuito de encontrar preceitos mínimos capazes de assegurar direitos. Tais direitos

merecem respeito, visto que a contemporânea sistemática jurídica nacional abaliza direitos e garantias fundamentais que devem ser respeitadas.

Ainda, é importante notar que cabe à todas as instituições resguardar os direitos que por longos anos foram pleiteados, e agora que foram contemplados, estes não merecem ser rechaçados apenas para a “satisfação temporária” de uma parcela da população.

Contudo, é certo afirmar que existe um longo caminho à ser percorrido, uma vez que os direitos e garantias constitucionais funcionam apenas num mundo hipotético. Desta forma, preceitos basilares não são materializados pelos operadores do Direito na esfera contemporânea.

Um grande exemplo da problemática refere-se ao prazo da prisão preventiva, onde a jurisprudência e legislação entram em constante contradição, não podendo se aferir qual seria o tempo ideal para a manutenção da prisão preventiva. Outro aspecto importante à ser citado aqui na conclusão é a questão da revisão do lapso temporal da prisão preventiva, onde o Código de Processo Penal contempla uma análise acerca das razões de ser daquela medida, mas não acontece.

Feitas as considerações pertinentes, afirma-se mais uma vez que a prisão preventiva na contemporaneidade é um método de prisão cautelar deficitário e merece sensíveis reparações.

Nesta seara, deve-se afastar a prisão preventiva em sua utilização à *prima facie*, visto que é um meio ineficaz para a solução dos determinados problemas. Em termos práticos, pode-se evocar as medidas do art. 319 do Código de Processo Penal, que são capazes de rechaçar a aplicação exacerbada da prisão preventiva.

Portanto, deve-se afastar a aplicação exacerbada da prisão preventiva, utilizando-a em última instância e quando a liberdade do indivíduo realmente possa turbar o inquérito policial ou feito penal.

6. REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro **Processo penal** – 9.^a ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Planalto. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 15 de setembro de 2021.

BRASIL. **Código Penal**. Planalto. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 10 de novembro de 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Planalto. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 de novembro de 2021.

BRASIL. **LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006**. PLANALTO. DISPONÍVEL EM: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. ACESSO EM 10 OUT 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 178254**. Órgão julgador: Primeira Turma Rel. Min. ROSA WEBER Julgamento: 03/08/2021 Publicação: 06/08/2021. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1273456892/agreg-no-habeas-corpus-hc-178254-sp/inteiro-teor-1273456922>. Acesso em 10 de novembro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 618.229/SP**. Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2020, DJe 26/10/2020). Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1111245137/habeas-corpus-hc-618229-sp-2020-0265760-6/inteiro-teor-1111245229>. Acesso em 10 de novembro de 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão : teoria do garantismo penal**. São Paulo/SP.

Editora Revista dos Tribunais, 2002. Disponível em:
<https://deusgarcia.files.wordpress.com/2017/03/luigi-ferrajoli-direito-e-razao-teoria-do-garantismo-penal.pdf>. Acesso em 10 de novembro de 2021.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 3 ed. Rev. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6. ed. São Paulo/SP. Saraiva Educação, 2020. 344 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal /**. – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**..– 4. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro : Forense, 2014.

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

WOLFGANG, Ingo Sarlet. **Curso de direito constitucional**. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 6. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.