UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

MATHEUS DOS SANTOS REIS

A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

FLORIANÓPOLIS – SC
2009

MATHEUS DOS SANTOS REIS

A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Antonio Carlos Brasil Pinto

FLORIANÓPOLIS – SC

2009

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me conceder a vida, por me guiar em todos os instantes da minha caminhada, permitindo que eu chegasse até aqui, e por tudo o que eu sou.

Aos meus pais, Jonas e Leila, e ao meu irmão, Filipe, que, com muito amor e empenho, não mediram esforços para que eu alcançasse mais essa conquista.

À minha namorada, Francyne, pelo carinho, respeito e compreensão.

Ao Prof. Dr. Antonio Carlos Brasil Pinto, meu orientador, um exemplo de sabedoria, integridade e amor pela docência, pelo seu nobre auxílio e grandiosos ensinamentos.

Aos membros da banca examinadora, os quais prontamente aceitaram o convite para participarem deste trabalho.

Aos meus colegas, que durante estes cinco anos de caminhada sempre me incentivaram e apoiaram.

A todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a conclusão desta pesquisa.

EPÍGRAFE

Conveniência da instrução criminal e necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, eis as verdadeiras e legítimas circunstâncias que autorizam a decretação da prisão preventiva. As demais, não. Atendem, apenas, a propósitos demagógicos. Na hipótese de garantia da ordem pública, há uma solução eficaz e justa, dês que se observem estas regras: *a*) conclusão do inquérito em 10 dias; *b*) denúncia em 3 dias; *c*) notificação do réu para "respostar" em 5 dias; *d*) decisão recebendo a peça acusatória em 24 horas; *e*) instrução em 20 dias, com a audiência das testemunhas de Acusação, da Defesa, interrogatório, debates e julgamento. Fiel observância do art. 801 do CPP. Prazo de 24 horas ao Cartório para a prática dos atos de movimentação. Por óbvio, a proposta não deve ser aceita, pois é muito mais cômodo ter o réu na cadeia e os prazos ficarem ao sabor... das pautas.

(Fernando da Costa Tourinho Filho)

RESUMO

Este estudo diz respeito à garantia da ordem pública como fundamento para a decretação da prisão preventiva. Inicialmente, aborda-se a evolução histórica das punições: a época da vingança privada, a era da vingança pública, o período humanitário da pena e o surgimento da prisão. Discorre-se acerca das teorias sobre o fundamento do direito de punir. Analisa-se ainda o instituto da prisão provisória e suas modalidades: prisão decorrente de pronúncia, prisão em face de sentença condenatória recorrível, prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva. Abordam-se os pressupostos, requisitos e fundamentos de cada espécie de prisão processual. Por fim, examina-se em que sentido a expressão "garantia da ordem pública" vem sendo utilizada para fundamentar o decreto de prisão preventiva. Verificam-se as possibilidades expostas pela doutrina e suas críticas. Expõe-se a maneira como o fundamento vem sendo aplicado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina e pelo Supremo Tribunal Federal. Comenta-se o Projeto de Lei nº 4.208, de 2001.

Palavras-chave: Pena. Prisão provisória. Modalidades. Prisão preventiva. Ordem pública. Projeto de Lei nº 4.208/01.

LISTA DE SIGLAS

CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
STF	Supremo Tribunal Federal
TJ/SC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 9

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA 11
1.1. DO PERÍODO DA VINGANÇA PRIVADA AO PERÍODO HUMANITÁRIO DA PENA 12

1.2. O SURGIMENTO DA PRISÃO 19

1.2.1. Cadeia de Gand 20

1.2.2. Sistema panóptico 20

1.2.3. Sistema de Filadélfia 21

1.2.4. Sistema de Auburn 22

1.2.5. Sistema de Montesinos 23

1.2.6. Sistema progressivo inglês 24

1.2.7. Sistema progressivo irlandês 25

1.3. AS TEORIAS SOBRE O FUNDAMENTO DO DIREITO DE PUNIR 25

1.3.1. Teoria absoluta 26

1.3.2. Teoria relativa 26

1.3.3. Teoria mista 28

2. PRISÃO PROVISÓRIA 30
2.1. PRISÃO DECORRENTE DE DECISÃO DE PRONÚNCIA 32

2.2. PRISÃO DECORRENTE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL ... 34

2.3. PRISÃO EM FLAGRANTE 37

2.4. PRISÃO TEMPORÁRIA 43

2.5. PRISÃO PREVENTIVA 47

3. A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA 54
3.1. CORRENTES DOUTRINÁRIAS 55

3.1.1. Ordem pública e segurança do acusado 55

3.1.2. Ordem pública e confiabilidade na justiça 56

3.1.3. Ordem pública e clamor público (clamor popular) 58

3.1.4. Ordem pública e gravidade do crime.....60

3.1.5. Ordem pública e periculosidade do agente (reiteração de atos análogos).....62

3.2. POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA.....66

3.3. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 70

3.4. O PROJETO DE LEI N^{O} 4.208/2001 E O ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....74

CONCLUSÕES 78

REFERÊNCIAS.....81

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a “garantia da ordem pública” como embasamento do decreto de prisão preventiva. Refere-se à análise das diversas justificativas, expostas pela doutrina e verificadas na jurisprudência, utilizadas para determinar-se o recolhimento preventivo de um suspeito ou acusado para a “garantia da ordem pública”, bem como a viabilidade dos argumentos despendidos.

Deste modo, a pesquisa será baseada na seguinte indagação: em que situação – ou situações – é cabível evocar a “garantia da ordem pública” como fundamento do decreto de prisão preventiva?

Para responder ao questionamento, estabeleceu-se como objetivo geral exatamente constatar as proposições que autorizam a invocação da “garantia da ordem pública” como base para decretar-se a prisão preventiva.

Igualmente, como objetivos específicos do estudo, procurou-se:

- Evidenciar os períodos da evolução histórica da pena e as teorias sobre o fundamento do direito de punir.

- Analisar as espécies de prisões provisórias existentes na legislação processual penal brasileira e os requisitos e fundamentos que as autorizam.

- Compreender como vem sendo admitida, na doutrina e na jurisprudência, a decretação da prisão preventiva, sob a justificativa da “garantia da ordem pública”.

Primeiramente, será analisada a evolução histórica das punições, desde a época da vingança privada, passando-se à era da vingança pública e ao período humanitário da pena, até o surgimento da prisão. Mostrar-se-á, ainda, quais os fundamentos do direito de punir.

Na sequência, será examinado o instituto da prisão provisória no direito processual penal brasileiro, abordando-se, individualmente, cada uma de suas modalidades. Trata-se de estudar os pressupostos, requisitos e fundamentos autorizadores de cada espécie de prisão cautelar.

Por fim, será avaliada a “garantia da ordem pública” como embasamento para o decreto de prisão preventiva expedido pela autoridade competente, ou seja, procurar-se-á expor quais as possibilidades admitidas pela doutrina, e as críticas feitas, assim como a maneira como vem sendo aplicado, em nossos tribunais, o fundamento da “garantia da ordem pública” para a determinação do encarceramento preventivo.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA

Desde o surgimento da humanidade, o homem relaciona-se com os demais indivíduos buscando a satisfação de seus interesses pessoais. Inicialmente ajuntado em pequenos grupos familiares, posteriormente nos chamados clãs[1], o ser humano desenvolveu relações interpessoais de forma a chegar à sociedade nos moldes que conhecemos.

No entanto, ainda nos pequenos agrupamentos familiares, começaram a surgir conflitos de interesses entre os diferentes indivíduos[2]. Tais conflitos originavam-se, em suma, justamente diante da necessidade do ser humano de buscar a satisfação de seus interesses individuais. Nesta linha:

> Diante dos rudimentares vínculos sociais e da simplicidade da vida coletiva, as atividades de cada um davam-se a partir de suas necessidades básicas, ou seus instintos [...]. Então cada qual simplesmente saciava suas necessidades, ia à busca da pura satisfação destes instintos e realizava os atos necessários para tanto. Neste modo de agir, caso matasse, em seu caminho, outro da espécie, assim atuava não por maldade, ou por ser portador de uma violência genética, mas, por necessidade de vida. [...] Praticava-o para, tão-só, conseguir o objetivo desejado. (ANDRADE, 2007, p. 7).

Logo, juntamente com o aparecimento dos conflitos, iniciou-se uma busca por meios de solucioná-los, de modo a restabelecer a paz no grupo estremecido. Desta forma, tornou-se tarefa do Estado, independentemente do modelo em que estivesse constituído[3], elaborar leis reguladoras dos fatos e relações emergentes da

---

[1] O verbete é utilizado com o seguinte sentido: “2. Aglomeração de famílias que são ou se presumem descendentes de ancestrais comuns” (FERREIRA, 1985 ou 1986, p. 333). Conforme o define Lédio Rosa de Andrade (2007, p. 11): “Os vínculos sociais ocorriam por laços familiares, um idioma comum e certas crenças e costumes compartilhados.”

[2] Tourinho Filho (2005, v. I, p. 4) afirma que “quando ‘o sujeito de um dos interesses em conflito encontra resistência do sujeito de outro interesse’ fala-se em *lide*.”

[3] “O certo e recerto é que ele [o Estado] existe como uma realidade irreversível. Evidentemente, nos seus primeiros anos, todos os poderes se enfeixavam nas mãos de uma só pessoa, como no regime

vida, a fim de pôr fim a tais litígios, cominando, para tanto, sanções (como por exemplo: a pena de talião, os suplícios, a pena privativa de liberdade) aos que, porventura, viessem a transgredir tais normas.

Entretanto, antes de iniciar o estudo específico da evolução destas sanções, desde a época da autodefesa até o aparecimento da pena privativa de liberdade (prisão), amplamente utilizada, no presente, para a punição dos transgressores de preceitos legais, importante ressaltar que tal desenvolvimento não ocorreu de forma cronológica e independente. Consoante ensinam Zaffaroni e Pierangeli (2001, p. 180), deve-se ter em mente que “o caminho não é tão linear nem ‘evolutivo’, e sim uma luta permanente e constante; e que vingança privada, vingança pública e tendências humanitaristas são termos que encontramos em todas as épocas.”

1.1. DO PERÍODO DA VINGANÇA PRIVADA AO PERÍODO HUMANITÁRIO DA PENA

A primeira forma utilizada na solução de conflitos de que se tem notícia foi a autodefesa, baseada no uso da força pelo próprio ofendido. Neste sentido, Tourinho Filho (2005, v. I, p. 5) ensina:

---

tribal, na família de tipo patriarcal. Depois, com o crescimento do agrupamento humano, por certo houve necessidade de distribuição de funções, e, finalmente, num estágio mais avançado, os órgãos que desempenhavam as funções mais importantes, as funções básicas, atingiram a posição de poderes.” (TOURINHO FILHO, 2005, v. I, p. 2).

> O emprego da força maior devia ter sido a forma mais usual para a solução do conflito. Era a “autodefesa”. Mas, sobre ser uma solução egoísta, era por demais perigosa, já que, às vezes, como preleciona Alcalá-Zamora, o ofendido podia ser mais fraco que o autor do ataque e, assim, longe de obter a reparação do delito ou do dano sofrido, podia experimentar um novo e mais grave ataque. E se o prejudicado não reagisse? E se por ele ninguém assumisse a defesa-vingança? A justiça privada traduzir-se-ia em impunidade.

Verificando-se, pois, a ineficácia deste meio de resolução da lide, procurou-se outras maneiras de solucioná-la, chegando-se, por conseguinte, ao talião e, posteriormente, à composição.

O talião em pouco se diferenciava da autodefesa, uma vez que se limitava à “reação do ofendido, fosse ele um indivíduo ou um grupo de indivíduos ligados por laços de sangue, à retribuição do mal recebido na mesma proporção em que a ofensa se realizara” (PIMENTEL, 1983, p. 121). Observa-se, pois, que a grande evolução verificada da autodefesa para o talião, consistia na proporcionalidade da reação do ofendido que devia ser verificada neste, enquanto que naquela não havia limites para a retribuição do mal.

> Todavia, mesmo o talião continha em seu bojo manifestos inconvenientes que, pensamos, motivaram sua substituição por outras formas de punir. De fato, é fácil pensar nas consequências nefastas para os grupos tribais, ocorrendo sucessivas mortes ou mutilações, por força das retaliações de ofensas. Olho por olho, o resultado era a cegueira parcial de duas pessoas. Braço por braço, a consequência era a invalidez de dois homens, enfraquecendo-se o grupo frente aos inimigos externos. (PIMENTEL, 1983, p. 122).

Em face do exposto, nasceu o costume de substituir o ofensor por um escravo, o qual era punido no lugar daquele, poupando-se, assim, o enfraquecimento ainda maior do grupo. Naturalmente, tal prática evoluiu, chegando-se, por consequência, à composição, que “consistia basicamente em se oferecer uma compensação pelo dano, realizada mediante o pagamento de certa importância em dinheiro ou em bens” (PIMENTEL, 1983, p. 122), e que já era admitida pelo

Código de Hammurábi (editado por volta do século XXIII a.C.) “em alguns delitos meramente patrimoniais, com a devolução do triplo do que havia sido tomado” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2001, p. 183), sendo, ainda, posteriormente, utilizada pelos povos germânicos para reprimir os chamados crimes privados[4].

Contudo, com o passar dos anos, o ser humano,

> [...] não podendo explicar os acontecimentos que fugiam à normalidade do cotidiano (a chuva, o raio, o trovão), era levado a atribuir tais fenômenos a seres sobrenaturais, que exerceriam direta influência sobre a vida dos homens, premiando-os ou castigando-os pelo seu comportamento. (PIMENTEL, 1983, p. 118).

Passou a revestir a pena, por conseguinte, nesta época, um caráter sacral. Sua aplicação deixou de ser proveniente tão somente de um sentimento de vingança privada, do ofendido, para ascender a uma vingança divina, dos deuses. Punia-se, assim, o indivíduo que descumprisse as obrigações devidas ao *totem*[5] ou desrespeitasse os chamados *tabus*[6].

Logo, a grande quantidade de agrupamentos humanos, com diversidade de *totens*, deu origem, consequentemente, a duas espécies de pena, com caráter sagrado: a *perda da paz*, aplicada contra membro do próprio grupo; e a *vingança de sangue*, incidente sobre estrangeiros.

---

[4] Mirabete (2006, p. 14-15) afirma que, não apenas os povos germânicos, mas já os gregos, assim como os romanos, distinguiam os crimes privados e os crimes públicos. “[...] a repressão dos primeiros, que se caracterizavam pela pouca relevância e por atingirem bens essencialmente particulares, ficava à mercê do ofendido. Os demais, mais graves por atingirem interesses sociais, eram apurados com a participação direta dos cidadãos e o procedimento primava pela oralidade e publicidade dos debates.” No mesmo sentido: Tourinho Filho (2005, v. I, p. 79) e Zaffaroni e Pierangeli (2001, p. 188).

[5] “Os *totens* eram objeto de grande respeito e de obrigações por parte daqueles que com eles se relacionavam. Violar esse respeito ou descumprir as obrigações devidas para com o *totem*, acarretava graves castigos. Essas obrigações eram sobretudo reconhecidas entre indivíduos que cultuavam o mesmo *totem* ou que se ligavam por relações totêmicas semelhantes. O respeito ao simbolismo totêmico era cobrado rigorosamente. Confundindo-se com o culto por amor, encontrava-se o culto pelo temor.” (PIMENTEL, 1983, p. 118).

[6] Manoel Pedro Pimentel (1978, p. 12) afirma que a função dos *tabus*, “na horda, seria normativa, visando declarar proibidos determinados comportamentos, tidos como prejudiciais” para os integrantes dos agrupamentos humanos primitivos.

> A *perda da paz* sempre implicava na exclusão da proteção totêmica, expulsando-se o infrator do grupo, sem armas nem alimentos. Equivalia a uma condenação à morte porque, desamparado, ficava o infrator à mercê dos inimigos e das feras, exposto a todos os riscos e às intempéries. A punição consistente na *vingança do sangue* era, como o nome sugere, a cobrança pelo sangue da falta cometida, vingança de tipo punição *tabu*. (PIMENTEL, 1983, p. 120).

No entanto, segundo leciona Odete de Oliveira (2003, p. 35), à medida que a civilização avançou, o delito reduziu-se mais e mais contra a pessoa, regredindo-se as formas religiosas da criminalidade e, por imediato, enfraquecendo-se suas penas, em decorrência da suavização da religiosidade do povo, cujos sentimentos coletivos foram gradativamente desaparecendo.

Consequentemente, viu-se a necessidade de que a solução dos litígios fosse delegada a um terceiro, alheio aos interesses em conflito, mas que possuísse força suficiente, de maneira que sua decisão fosse respeitada e obedecida por todos, em especial pelos litigantes. Assim, percebeu-se que "somente o Estado é que podia ser esse terceiro. Então o Estado chamou a si, avocou a tarefa de administrar a justiça, isto é, a tarefa de aplicar o direito objetivo aos casos concretos, dando a cada um o que é seu" (TOURINHO FILHO, 2005, v. I, p. 6), retirando da mão do ofendido ou de sua família a titularidade.

A partir deste momento, então, as penas passaram a ter um caráter eminentemente público.

Contudo, a despeito de possuir um caráter público, o que se começou a observar, em especial por volta do século XVII, foi a aplicação de penas excessivamente atrozes[7], as quais se prolongaram até o início do século XIX, e que,

---

[7] A utilização de penas atrozes já era vista na antiguidade, na China, onde eram admitidas punições cruéis, "tais como abraçar uma coluna de ferro incandescente, esquartejamento, tortura, açoitamento, espancamento, distintas formas de pena de morte, furar os olhos com ferro candente" (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2001, p. 181).

nada mais eram, do que o emprego do talião, por parte do Estado, disfarçadamente admitido. Corroborando, Foucault (2005, p. 30), em sua mais conhecida obra, descreveu as formas de prática penal existentes na França, no período:

> A ordenação de 1670 regeu, até a Revolução, as formas gerais da prática penal. Eis a hierarquia dos castigos por ela descritos: a morte, a questão com reserva de provas, as galeras, o açoite, a confissão pública, o banimento. As penas físicas tinham, portanto, uma parte considerável. Os costumes, a natureza dos crimes, o status dos condenados as faziam variar ainda mais.

Assim, com o tempo, inculcou-se na população a idéia de que, qualquer pena, por mais simples que fosse, deveria incluir alguma dose de suplício no seu emprego, isto é, necessitaria ser corporalmente aplicada, de modo doloroso e mais ou menos atroz.

Visando, todavia, à desmistificação da pena dos suplícios, legalmente imposta pelo Estado, e procurando desconstruir a crença, inconscientemente aceita pelo povo, de que todas as punições, para terem eficácia, precisavam incluir certa dose de sofrimento, importante foram as contribuições de autores da época que iniciaram um movimento defendendo a obediência a alguns critérios para sua utilização.

Michel Foucault (2005, p. 31-32) expõe os ideais:

> O suplício é uma técnica e não deve ser equiparado aos extremos de uma raiva sem lei. Uma pena, para ser um suplício, deve obedecer a três critérios principais: em primeiro lugar, produzir uma certa quantidade de sofrimento que se possa, se não medir exatamente, ao menos apreciar, comparar e hierarquizar; [...] O suplício faz correlacionar o tipo de ferimento físico, a qualidade, a intensidade, o tempo dos sofrimentos com a gravidade do crime, a pessoa do criminoso, o nível social de suas vítimas. [...] Em relação à vítima, ele deve ser marcante: destina-se, ou pela cicatriz que deixa no corpo, ou pela ostentação de que se acompanha, a tornar infame aquele que é sua vítima; [...] E pelo lado da justiça que o impõe, o suplício deve ser ostentoso, deve ser constatado por todos, um pouco como seu triunfo. [...] não corresponde a qualquer punição corporal: é uma produção diferenciada de sofrimentos, um ritual organizado para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que pune: não é absolutamente a exasperação de uma justiça que, esquecendo seus princípios, perdesse

> todo o controle. Nos “excessos” dos suplícios, se investe toda a economia do poder.

Deduz-se, destarte, que os suplícios nada mais eram do que a reprodução do crime, voltada contra o próprio corpo do condenado, de modo com que o delito, na mesma proporção, se manifestava e se anulava. Percebe-se que a aplicação de tais penas procurava demonstrar, principalmente, a superioridade do poder do soberano, o qual, através de uma cerimônia aterrorizante, que muitas vezes culminava com a morte do criminoso, marcava o corpo de seu adversário para sempre, utilizando-se, para tanto, de meios cruéis.

Contudo, ao mesmo tempo em que evidenciavam o poder existente nas mãos do soberano, os suplícios, paradoxalmente, transformavam em heróis aqueles que eram suas vítimas. Foucault (2005, p. 51), confirmando o revelado, pensa que:

> Há nessas acusações, que só deveriam mostrar o poder aterrorizante do príncipe, todo um aspecto de carnaval em que os papéis são invertidos, os poderes ridicularizados e os criminosos transformados em heróis. A infâmia se transforma no contrário: a coragem deles, seus gritos e lamentos só podem preocupar a lei.

Percebendo, pois, tais consequências, ainda no final do século XVIII, juristas, magistrados, parlamentares, filósofos e técnicos do Direito iniciaram movimento de reforma do sistema punitivo, visando à abolição da pena dos suplícios, “pregando a moderação das punições e sua proporcionalidade com o crime” (OLIVEIRA, 2003, p. 42). Buscavam “a humanização da Justiça, procurando-se conciliar a legislação penal com as exigências da justiça e os princípios da humanidade” (MIRABETE, 2006, p. 16).

Seus pressupostos foram assim expostos:

> Deslocar o objetivo e mudar sua escola. Definir novas táticas para atingir um alvo que agora é mais tênue mas também mais largamente difuso no corpo social. Encontrar novas técnicas às quais ajustar as punições e cujos

> efeitos adaptar. Colocar novos princípios para regularizar, afinar, universalizar a arte de castigar. Homogeneizar seu exercício. Diminuir seu custo econômico e político aumentando sua eficácia e multiplicando seus circuitos. Em resumo, constituir uma nova economia e uma nova tecnologia do poder de punir: tais são sem dúvida as razões de ser essenciais da reforma penal no século XVIII. (FOUCAULT, 2005, p. 76).

Pregavam, portanto, que a justiça criminal deveria punir, em vez de se vingar. Não punir menos, mas melhor, e, isto porque, quando se impunha uma sanção a um criminoso, afirmavam, ao menos sua "humanidade" deveria ser respeitada.

Logo, em poucos anos,

> [...] desapareceu o corpo supliciado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal. No fim do século XVIII e começo do XIX, a despeito de algumas grandes fogueiras, a melancólica festa da punição vai-se extinguindo. [...] O cerimonial da pena vai sendo obliterado e passa a ser apenas um novo ato de procedimento ou de administração. (FOUCAULT, 2005, p. 12).

Com a adoção desta nova concepção de economia do poder de punir, tudo que implicasse em espetáculo, na aplicação das sanções, passou a ser visto por uma ótica negativa. Não se tolerava mais, após essa mudança de percepção, o sofrimento físico, a dor do corpo, como elementos constitutivos da pena.

Assim, "o castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos. [...] A pena não mais se centralizava no suplício como técnica de sofrimento; tomou como objeto a perda de um bem ou de um direito" (FOUCAULT, 2005, p. 14 e 18). Consequentemente, tornou-se cada vez mais comum, a partir de então, a utilização, como forma de punição aos transgressores da lei, da pena prisão, sanção que retira do criminoso um de seus direitos mais valiosos: a liberdade.

1.2. O SURGIMENTO DA PRISÃO

A pena de prisão, amplamente difundida, teve sua origem, sob influência da cultura cristã, nos mosteiros medievais, os quais eram utilizados como punição aos religiosos faltosos, recolhidos às celas, a fim de se dedicarem, silenciosamente, à meditação, visando ao arrependimento da falha cometida e, por conseguinte, à reconciliação com Deus. Manoel Pimentel (1983, p. 126), confirmando o exposto, relata:

> [...] a pena de prisão, hoje a principal forma de punir, teve origem na disciplina da Igreja. [...] Como não lhe fosse permitido aplicar pena de extermínio, punia os clérigos através da segregação, que estimulava o arrependimento. O faltoso podia ser recolhido à cela, para uma reclusão solitária, a isso se chamando a penitência *in pace*, visitado somente pelo seu confessor ou diretor espiritual. Ou, então, podia sofrer a restrição de permanecer confinado nos limites dos muros do convento, forma conhecida como *murus largus*.

Posteriormente, a pena privativa de liberdade começou a ser utilizada pelo Estado, não como forma de punição definitiva, mas como medida preventiva, buscando a garantia da execução de outras sanções, ao passo que, apenas por volta do século XVIII, foi reconhecida como punição categórica, substituindo os suplícios, e, sobretudo, a pena de morte.

Inicialmente,

> [...] as prisões eram geralmente subterrâneas, apresentavam-se insalubres, infectas e repelentes. Tais estabelecimentos, verdadeiras masmorras do desespero e da fome, abarrotavam-se de condenados, criando situações tenebrosas e insuportáveis. Os prisioneiros eram ali jogados e relegados ao mais completo abandono, sofrendo cruéis torturas. (OLIVEIRA, 2003, p. 51).

Observando, pois, tais condições desumanas a que eram submetidos os criminosos, ainda no século XVIII, começaram a ser desenvolvidos modelos de prisão que buscavam proporcionar aos presidiários melhores condições de vida.

1.2.1. Cadeia de Gand

Criada no ano de 1775, na Bélgica, por Hanway, a cadeia de Gand tinha por princípios o trabalho penal do criminoso, baseado em imperativos econômicos, e seu completo isolamento. Tais regras foram assim justificadas:

> [...] por razões negativas: a promiscuidade na prisão dá maus exemplos e possibilidades de evasão no imediato, de chantagem ou de cumplicidade para o futuro. A prisão se pareceria demais com uma fábrica deixando-se os detentos trabalhar em comum. As razões positivas em seguida: o isolamento constitui “um choque terrível”, a partir do qual o condenado, escapando às más influências, pode fazer meia-volta e redescobrir no fundo de sua consciência a voz do bem; o trabalho solitário se tornará então tanto um exercício de conversão quanto de aprendizado; não reformará simplesmente o jogo de interesses próprios ao *homo oeconomicus*, mas também os imperativos do indivíduo moral. (FOUCAULT, 2005, p. 101).

A prisão se constituía, portanto, no local em que mudanças individuais devolviam ao Estado o ser humano que este havia perdido.

1.2.2. Sistema panóptico

Uma década após a instituição da cadeia de Gand, o inglês Jeremy Bentham fundou o estabelecimento carcerário conhecido como panóptico.

Seu formato é assim descrito:

> [...] na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. [...] Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. (FOUCAULT, 2005, p. 165-166).

Desta forma, tornava-se possível, e extremamente fácil, que apenas um indivíduo, situado na torre central, controlasse todo o sistema prisional, com o mínimo de esforço e o máximo de eficácia: a tudo via, sem ser visto, em decorrência do efeito da contraluz.

De tal modo, Zaffaroni e Pierangeli (2001, p. 279) afirmam que o panóptico, nada mais era, senão

> [...] um estabelecimento radial, com pavilhões a partir de um centro, comum, de onde se consegue o máximo de controle sobre toda a atividade diária do indivíduo, com um mínimo de esforço. A partir do centro, um único guarda pode observar todos os pavilhões com apenas um giro da cabeça. A ideologia da pena era a do treinamento, mediante controle estrito da conduta do apenado, sem que este pudesse dispor de um só instante de privacidade.

Caracterizava-se, portanto, pela vigilância constante sobre os condenados.

1.2.3. Sistema de Filadélfia

Conhecido como sistema pensilvânico ou *solitary confinement*, o sistema de Filadélfia foi formado no ano de 1790, e regia-se por uma reclusão em isolamento perene, sem a execução de trabalhos, tampouco a possibilidade do recebimento de visitas, com incentivo ao arrependimento através da leitura da Bíblia, a Palavra de Deus. Neste sentido, em muito se assemelhava ao sistema da cadeia de Gand, surgido há pouco mais de uma década.

Individualizava-se, ainda, pela “exibição do prisioneiro a estranhos como impressionante exemplo que contribuía para afastá-los do mau caminho” (OLIVEIRA, 2003, p. 57).

O princípio da não publicidade da pena, outro traço característico deste sistema, foi apresentado por Foucault (2005, p. 103):

> Se a condenação e o que a motivou devem ser conhecidos por todos, a execução da pena, em compensação, deve ser feita em segredo; o público não deve intervir nem como testemunha, nem como abonador da punição; a certeza de que, atrás dos muros, o detento cumpre sua pena deve ser suficiente para constituir um exemplo: terminados aqueles espetáculos de rua criados pela lei de 1786, quando impôs a certos condenados obras públicas a executar nas cidades ou estradas. O castigo e a correção que este deve operar são processos que se desenrolam entre o prisioneiro e aqueles que o vigiam.

No entanto, apesar de oferecer certas vantagens práticas, o sistema de Filadélfia recebeu críticas, sobretudo, pois, por sua severidade, impedia a readaptação social do condenado.

1.2.4. Sistema de Auburn

Já no século XIX, no ano de 1821, nasceu, em New York, o sistema de Auburn, que ficou conhecido como sistema auburniano ou *silent system*.

Assemelhava-se muito ao sistema pensilvânico, trazendo, todavia, como grande inovação, a implementação de trabalho para os presos, durante o dia, o qual inicialmente era executado no interior das próprias celas e, em seguida, passou a ser permitido em grupos, desde que mantida a regra da incomunicabilidade entre os criminosos.

Contudo, o sistema auburniano foi extremamente censurado, vez que ainda conservava o isolamento noturno, assim como cultivava a “proibição de visitas, mesmo dos familiares, com a abolição do lazer e dos exercícios físicos, bem como

uma notória indiferença quanto à instrução e aprendizado ministrado aos presos" (PIMENTEL, 1983, p. 138).

Como leciona Odete Maria de Oliveira (2003, p. 58),

> Enquanto que o sistema de Filadélfia objetivava a transformação do criminoso em homem bom e de alma pura, por meio do arrependimento, levado pela reflexão, o sistema Auburn pretendia condicionar o apenado pelo trabalho, disciplina e mutismo. Ambos, porém, só faziam degenerar o homem.

Logo, muito embora se verifique um importante avanço advindo com o *silent system*, qual seja a possibilidade de que os presos trabalhassem no período diurno, observa-se que apenas esta inovação não foi suficiente para que o encarceramento deixasse de degenerar o indivíduo e o recuperasse efetivamente.

1.2.5. Sistema de Montesinos

Por volta de 1834, colocaram-se em prática, então, as ideias do coronel espanhol Manuel Montesinos y Molina, um dos maiores críticos dos sistemas de Filadélfia e de Auburn. Instituiu-se um sistema prisional em que o criminoso exercia trabalho remunerado, de modo que não poderia ser explorado, extinguindo-se, por conseguinte, os castigos corporais.

Montesinos

> [...] criou um sistema de trabalho em que o preso era remunerado e não explorado. Suprimiu os castigos corporais e estabeleceu regras que poderiam ser consideradas sementes dos regulamentos penitenciários ou dos Códigos de execuções penais atuais. A prisão que dirigia fora erigida, por circunstâncias eventuais, em condições arquitetônicas e funcionais que a tornavam comparável a um estabelecimento de segurança mínima – em moderna terminologia – e foi surpreendentemente baixo o número de evasões. (PIMENTEL, 1983, p. 139).

Buscava-se, pois, dispensar um tratamento humanístico aos segregados, respeitando-se sua dignidade e objetivando-se sua ressocialização através da função reabilitadora do trabalho.

1.2.6. Sistema progressivo inglês

Pouco mais de dez anos após o surgimento do sistema espanhol de Montesinos, despontou, nos idos de 1846, o denominado sistema progressivo inglês, cuja instituição foi atribuída a Alexander Maconochie.

Tratava-se de um aparelho, em que a duração da pena não mais era determinada somente pela sentença condenatória, mas também influenciada pela boa conduta do criminoso, do trabalho por ele produzido na prisão e da gravidade do delito cometido. Nesta linha, o prisioneiro recebia vales quando o seu comportamento era agradável, perdendo-os caso viesse a ter uma conduta reprovável.

Dividia-se, assim, o tempo de cumprimento da pena em três períodos:

> [...] o primeiro era chamado o período de prova, com isolamento celular completo de tipo pensilvânico; o segundo período se iniciava com a permissão de trabalho em comum ao preso, observada porém a regra auburniana do rigoroso silêncio e mantido o isolamento noturno, passando depois de algum tempo para as chamadas *public work-houses*, com vantagens maiores; finalmente, o terceiro período, no qual, pela correção demonstrada, o prisioneiro obtinha o *ticket of leave*, com o benefício da liberdade condicional. (PIMENTEL, 1983, p. 140).

Tal sistema, por inovar quanto ao cumprimento da pena, executada em três etapas seqüenciais, teve grande difusão na Europa, nos anos após o seu surgimento.

1.2.7. Sistema progressivo irlandês

Por fim, ainda no século XIX, mais precisamente no ano de 1853, aperfeiçoando o sistema progressivo inglês, Walter Crofton, diretor de prisões na Irlanda, organizou o sistema progressivo irlandês.

Trouxe, como grande novidade, o acréscimo de mais uma etapa para o cumprimento da pena, na qual, segundo dispõe Odete de Oliveira (2003, p. 64), o recluso era transferido para prisões intermediárias, “com suave regime de vigilância, sem uniforme, com permissão para conversar, sair até uma certa distância, trabalho externo no campo, objetivando o preparo do condenado para o retorno à vida” livre.

Passou-se à existência, portanto, de quatro períodos de cumprimento da pena:

> [...] o *penal*, na cela; o *da reforma*, pelo isolamento noturno; o *intermediário*, com trabalho em comum, caracterizado pelo fato dos prisioneiros vestirem roupas civis e desempenharem alguns empregos ou encargos externos, até mesmo como trabalhadores livres; o *da liberdade provisória*, que se tornava definitiva pelo bom comportamento. O acesso a cada uma dessas etapas era feito progressivamente, através do ganho de vales merecidos. (PIMENTEL, 1983, p. 141).

Trata-se de sistema ainda hoje em vigor em diversos países, entre os quais o Brasil, que o adotou com algumas modificações, como a exclusão do uso dos vales.

1.3. AS TEORIAS SOBRE O FUNDAMENTO DO DIREITO DE PUNIR

Juntamente com a evolução histórica da pena, desenvolveram-se diversas teorias sobre o fundamento do direito de punir. Aludidas correntes, ressalta-se, ainda

hoje são utilizadas para justificar a aplicação da sanção privativa de liberdade, como pena decorrente de sentença condenatória transitada em julgado.

1.3.1. Teoria absoluta

Da Escola Clássica do Direito Penal originou-se a teoria absoluta. Segundo esta corrente, que não mais possui adeptos, a pena tem como principal finalidade a retribuição e a expiação do delito cometido, tratando-se, pois, de simples consequência jurídica do crime. No entendimento do filósofo grego Aristóteles, “o mal e o crime eram produtos do querer livre e racional do homem, e a pena deveria surgir como retribuição do mal pelo mal” (OLIVEIRA, 2003, p. 33).

Assim, observa-se que

> [...] não havia, portanto, qualquer preocupação com a pessoa do delinquente, uma vez que a pena se destinava a restabelecer a ordem pública alterada pelo delito, e tinha o caráter de um mal equivalente àquele causado pelo infrator, limitada pelo critério de proporcionalidade ao crime, certa e definida, segura e justa. (PIMENTEL, 1983, p. 129).

Percebe-se, pois, que a sanção tem, por regra, que ser adequada à infração, e não ao seu autor, ou seja, deve-se punir o indivíduo porque delinquiu.

1.3.2. Teoria relativa

Não obstante todo o entendimento dos adeptos da teoria absoluta sobre o fundamento do direito de punir, já no período humanitário da pena, verificou-se a necessidade de que a sanção abandonasse seu caráter meramente retributivo e se caracterizasse pela intimidação, prevenindo a prática de outros crimes.

Dessa concepção, com base na Escola Positivista do Direito Penal, organizou-se a teoria relativa sobre o fundamento do direito de sancionar, cuja idéia principal baseia-se no delito como pressuposto da pena, e não mais como fundamento. Busca-se, consequentemente, atingir a punição no seu sentido utilitário e preventivo.

Desloca-se o enfoque do castigo, do delito ao delinquente.

> O homem passava a centrar o Direito penal, como objeto principal de suas conceituações doutrinárias. O crime passava a ser apenas um produto do homem, um fenômeno que reclamava providências para a proteção da sociedade. A pena não era mais um castigo, mas uma oportunidade para ressocializar o criminoso, e a segregação deste era um imperativo de proteção à sociedade, tendo em vista sua periculosidade. (PIMENTEL, 1983, p. 129).

Tal teoria, hoje, é classificada em: a) teoria da prevenção geral; e b) teoria da prevenção especial.

A pena, entendida como prevenção geral, tem por finalidade impedir, através da intimidação, que outros indivíduos cometam crimes. Age, pois, sobre a generalização das pessoas, por meio da coação psicológica. Serve “para mostrar que existem normas a serem seguidas e que sua não observação implica consequências juridicamente previstas” (ALMEIDA, 2003, p. 77).

Portanto, o principal meio utilizado para alcançar seu objetivo é o exemplo. Somente através de uma punição exemplar, advertir-se-ão os demais homens sobre a inconveniência de imitar o delinquente, desencorajando-os à prática de delitos.

Neste sentido, já os egípcios, bem como os fenícios, aplicavam a pena de morte, “atribuindo-se-lhe um certo cunho de prevenção geral, pela intimidação através da imposição do castigo supremo” (PIMENTEL, 1983, p. 123-124).

Contudo, a despeito de seu caráter de prevenção geral, há os que defendem que a punição deve ter, também, um sentido de precaução especial. E, isto porque, acaso tivesse por fundamento unicamente a prevenção geral dos indivíduos, considerar-se-ia irracional e antijurídica, posto que se utilizaria de um ser humano apenas como instrumento para a simbolização da sanção, ou seja, como um meio, não como um fim em si, desconsiderando-se, abertamente, sua dignidade.

Assim, baseada na função de prevenção especial, a pena deve atuar sobre o criminoso, através da intimidação de sua personalidade, buscando evitar que volte a delinquir.

> Pretende que a pena imposta ao infrator tenha caráter ressocializador, isto é, que ela possa reeducá-lo, fazendo com que ele tenha condições de observar a lei penal, o que possibilitaria sua reinserção social. [...] Decorre da necessidade de evitar-se que o infrator volte a praticar crimes. (ALMEIDA, 2003, p. 77).

Este é o objetivo da punição, conforme o artigo 5º, § 6º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica): “as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados” (ANGHER, 2007, p. 1556).

Logo, observa-se que a principal função da sanção, segundo as teorias relativas não é vingar a injustiça, senão evitar a ocorrência de novos crimes, tanto por aqueles que o praticaram, como por aqueles que assistem o castigo.

1.3.3. Teoria mista

Entretanto, a corrente que mais se adapta à nossa legislação e ao sistema punitivo pátrio é a teoria mista. Agrega à pena um fim socialmente útil, bem como um conceito retributivo. Seus adeptos,

> [...] por um lado, pensam que a retribuição é impraticável em todas as suas consequências e, de outro, não se animam a aderir à prevenção especial. Uma de suas manifestações é o lema seguido pela jurisprudência alemã: “prevenção geral mediante retribuição justa”. (ZAFFARONI; PIERNGELI, 2001, p. 120).

Combinam-se, desta forma, os discursos jurídicos garantidores baseados na retribuição e na ressocialização.

2. PRISÃO PROVISÓRIA

A prisão, verdadeira antítese da liberdade, consiste na privação dos movimentos do ser humano, na consagração do desrespeito ao seu direito de ir e vir ou fazer o que lhe aprouver, enfim, no afastamento do seu livre-arbítrio, por força de decisão estatal.

É estabelecida usualmente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, uma vez que se trata da forma mais comum de recriminação no direito penal pátrio. Corroborando, cita-se a lição de Martins (2004, p. 100):

> A execução de reprimenda penal advém da preexistência de sentença condenatória irrecorrível, na qual foi fixada definitivamente quantidade de pena prisional certa, em face da infringência de determinado tipo penal. Isso significa que há certeza quanto ao crime cometido, ao tipo de pena e sua quantificação.

No entanto, pode ser decretada, em certas ocasiões, antes de se afirmar ser o indivíduo "culpado de prática infracional penal, por ausente decisão a respeito, ou por ainda não se ter tornado definitiva a sentença criminal condenatória contra ele prolatada" (MARTINS, 2004, p. 71). Trata-se, nestes casos, da prisão provisória, também conhecida como prisão processual ou cautelar.

E, justamente por ser aplicada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, visando respeitar os princípios da desconsideração prévia de culpabilidade e da presunção de inocência[8] exige-se que toda prisão provisória seja

---

[8] Previsto no inciso LVII do art. 5º da CRFB/88, o qual estabelece que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (ANGHER, 2007, p. 45), bem como no art. 8º, nº 2, 1ª parte, da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, o qual afirma que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa" (ANGHER, 2007, p. 1556), o princípio da presunção de inocência, segundo Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 39), é equivalente ao princípio da desconsideração prévia de culpabilidade e significa "que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado" motivo pelo qual "tem por objetivo garantir que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa." Prossegue o autor: "as pessoas

exclusivamente cautelar[9], sob pena de significar punição antecipada, necessitando ser decretada, portanto, por decisão judicial fundamentada, uma vez que se trata da privação da liberdade de quem deve ser obrigatoriamente considerado inocente.

Logo, por ser medida acautelatória dos interesses da jurisdição penal, para ser determinada a imposição de uma das modalidades de prisão processual, exige-se a configuração, no caso concreto, do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, os quais devem ser expressamente demonstrados pelo magistrado na decisão prolatada. Assim, antes de ser ordenado o recolhimento provisório de qualquer indivíduo,

> [...] primeiro hão de ser constatadas a materialidade do delito e a existência de graves indícios de sua autoria (que são os *pressupostos* da prisão cautelar) [*fumus boni iuris*]; em seguida, deverá ser aferida a ocorrência do perigo *concreto* que a manutenção da liberdade do acusado representa para a instrução processual ou para a futura aplicação da lei penal (seus *requisitos*) [*periculum in mora*]. (DELMANTO JUNIOR, 2001, p. 84).

---

nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual para quebrar tal regra torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz a culpa do réu. Por outro lado, confirma a excepcionalidade e a necessariedade das medidas cautelares de prisão [...]. Integra-se a este o princípio da prevalência do interesse do réu (*in dubio pro reo*), garantindo que, em caso de dúvida, deve sempre prevalecer o estado de inocência, absolvendo-se o acusado. Reforça, ainda, o princípio da intervenção mínima do Estado na vida do cidadão, uma vez que a reprovação penal somente alcançará aquele que for efetivamente culpado."

[9] Faggioni (2003, p. 127-129) enumera oito características da tutela cautelar, no processo penal: a) Urgência ("o provimento cautelar tem por objetivo afastar risco ao direito discutido, isto é, mitigar a possibilidade de danos prováveis ao provimento pleiteado"); b) Sumariedade do procedimento ("em face da imprescindibilidade da rapidez na dispensa do provimento cautelar, decorrente da urgência da situação, já que retardo pode implicar na perda do direito e causar o desaparecimento do efeito real do processo, o procedimento destinado à averiguação do cabimento da tutela deve ser rápido"); c) Superficialidade do conhecimento ("tanto o direito material que se visa garantir como a existência do perigo que o ameaçaria são verificados utilizando-se por critério não a busca de certeza, mas sim a de verossimilhança"); d) Aparência ("havendo aparência do direito material e do risco a ele, o provimento cautelar é de ser prestado"); e) Temporariedade ("o provimento cautelar é sempre destinado a durar por tempo limitado. Seus efeitos devem perdurar enquanto haja risco à efetividade do processo e à sua capacitação plena para obtenção de tutela eficiente do direito material"); f) Inexistência de coisa julgada material ("a decisão é sempre mutável a qualquer tempo – *rebus sic stantibus*"); g) Instrumentalidade (a finalidade do provimento cautelar "é assegurar que o provimento almejado para tutela do direito substancial discutido advenha e opere com eficácia, em sua plenitude, ao término dos debates"); e h) Referibilidade ("o provimento cautelar é vinculado a uma situação de perigo e à tutela satisfativa que pretende acautelar").

Destas características, estabelecidas para que se determine a prisão processual, pode-se extrair, pois, as principais funções da prisão provisória, instituída com finalidade cautelar, quais sejam, “assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da execução da pena, ou ainda a impedir que, solto, o sujeito continue praticando delitos” (CAPEZ, 2004, p. 227-228).

Assim, considerados os aspectos gerais que circundam esta medida cautelar, analisar-se-ão, por conseguinte, as modalidades de prisão provisória previstas no direito processual penal brasileiro.

2.1. PRISÃO DECORRENTE DE DECISÃO DE PRONÚNCIA

A pronúncia, “decisão interlocutória (que não julga o mérito) mista (que põe fim a uma fase procedimental) não terminativa (que não encerra o processo)” (MENDONÇA, 2008, p. 15), é um juízo de admissibilidade da acusação, “um juízo de reconhecimento da competência do Tribunal do Júri para o julgamento de fato que, em tese, afigura-se como crime doloso contra a vida” (MARTINS, 2004, p. 88).

Assim, previa o Código de Processo Penal, em seu art. 408, *caput* e §§ 1º a 3º, antes da mudança advinda com a Lei nº 11.689/08, que a prisão provisória do pronunciado seria automática, salvo se fosse primário e de bons antecedentes, ou ainda se o crime por ele cometido fosse afiançável[10]. Ressalvadas estas hipóteses, a privação da liberdade era medida que se impunha.

---

[10] “Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.

§ 1º Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para a sua captura. (Redação dada pela Lei nº 9.033, de 2-5-1995).

No entanto, mesmo com tal redação, após o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o art. 408, *caput* e §§ 1º a 3º, do CPP, necessitou ser reinterpretado com base nos princípios da presunção de inocência e da desconsideração prévia da culpabilidade, presentes na CRFB/88.

Em razão disso, ao acusado, ainda que reincidente ou de maus antecedentes, passou a ser garantido o direito de aguardar o julgamento pelo Tribunal do Júri em liberdade, desde que não estivessem presentes outras razões para a decretação de sua custódia cautelar, ou seja, desde que não se verificassem, no caso concreto, os elementos da prisão preventiva (art. 312, CPP). Neste sentido:

> [...] o simples fato de o acusado ser reincidente ou não possuir bons antecedentes não tem o condão de justificar, *cautelarmente*, a sua prisão. [...] Se ele não foi preso preventivamente antes, apesar de possuir maus antecedentes ou ser reincidente, tendo se comportado exemplarmente durante toda a primeira fase da instrução, não há o mínimo cabimento em que o seja somente porque pronunciado. (DELMANTO JUNIOR, 2001, p. 195 e 199).

Assim, confirmando o entendimento que já era aplicado ao art. 408, *caput* e §§ 1º a 3º, do CPP, após o advento da CRFB/88, foi promulgada em 2008 a Lei nº 11.689, que alterou substancialmente as disposições do Código de Processo Penal, referentes ao Tribunal do Júri.

Logo, modificado por completo o teor do art. 408, a decisão de pronúncia agora é tratada no art. 413, *caput* e parágrafos, do CPP[11], dispondo, a respeito do

---

§ 2º Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso.

§ 3º Se o crime for afiançável, será, desde logo, arbitrado o valor da fiança, que constará do mandado de prisão." (ANGHER, 2007, p. 531-532).

[11] "Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008).

§ 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008).

tema, que “o juiz poderá, ou manter a custódia já decretada, ou determinar a prisão preventiva, observando, em quaisquer das hipóteses, a necessidade de fundamentação cautelar da medida” (OLIVEIRA, 2009, p. 466).

Não há mais, portanto, prisão decorrente de simples ato decisório, mas, sim, prisão eventualmente mantida ou decretada, fundamentadamente; prisão concretamente necessária e acautelatória, como, aliás, já vinha sendo interpretado o disposto no art. 408 do Código de Processo Penal, após o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

2.2. PRISÃO DECORRENTE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL

O art. 594 do Código de Processo Penal[12], revogado pela Lei nº 11.719/08, que regia a prisão decorrente de sentença condenatória ainda não transitada em julgado, conforme se observa, estabelecia critérios semelhantes àqueles previstos para o reconhecimento da necessidade ou não de aprisionamento por ocasião da decisão de pronúncia, ou seja, vinculava a possibilidade do acusado aguardar em liberdade o julgamento de eventual recurso, desde que fosse primário e de bons antecedentes, ou se condenado por crime de que se livre solto[13].

---

§ 2º Se o crime for afiançável, o juiz arbitrará o valor da fiança para a concessão ou manutenção da liberdade provisória. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008).

§ 3º O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008).” (BRASIL, 2009a).

[12] “Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.” (ANGHER, 2007, p. 542).

[13] Com redação semelhante são os artigos 9º da Lei nº 9.034/95 – Lei do Crime Organizado (“o réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta Lei”) e 59 da Lei nº 11.343/06 – Lei de Drogas (“nos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o réu não poderá apelar

Tratava-se, portanto, de “verdadeira tutela satisfativa, em virtude da ‘patente ausência de cautelaridade da prisão’. Inclusive, se o acusado não se recolhesse à prisão, perdia seu direito de recorrer, não sendo conhecido o seu recurso” (MENDONÇA, 2008, p. 246).

No entanto, após o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o art. 594 do Código de Processo Penal recebeu nova interpretação, guiada pela cautelaridade, isto é, a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível deixou de ser uma medida automática, somente se admitindo se demonstrada a necessidade de sua imposição.

Passou a exigir-se, portanto, assim como para a decretação da prisão decorrente de decisão de pronúncia, que estivessem presentes no caso concreto os elementos da prisão preventiva (art. 312, CPP). Ademais, adotou-se o entendimento de que se o réu estivesse foragido ou viesse a fugir após a interposição do recurso, a apelação não poderia deixar de ser conhecida ou ser julgada deserta, revogando-se, desta forma, implicitamente a norma do art. 595 do CPP[14]. Neste sentido:

> Assim, mesmo que decretada a custódia, seja em que momento for, ainda que com fundamento nos motivos ensejadores da prisão preventiva (art. 312 do Código de Processo Penal) e estando o acusado foragido ou vier a fugir, *jamais* a apelação poderá deixar de ser conhecida ou ser julgada deserta, *ex vi* do art. 8º, 2, *h*, do Pacto de San José da Costa Rica (Decreto nº 678, de 6.11.92)[15], sob pena de violação de nosso ordenamento constitucional (art. 5º, LIV e § 2º[16]). (DELMANTO JUNIOR, 2001, p. 212).

---

sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória”). (ANGHER, 2007, p. 1052 e 1153).

[14] “Art. 595. Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação.” (ANGHER, 2007, p. 543).

[15] “Art. 8º, 2: Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] *h*) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.” (ANGHER, 2007, p. 1556).

[16] “Art. 5º [...]: LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (ANGHER, 2007, p. 45-46).

Logo, acompanhando esse entendimento, em 1990 foi promulgada a Lei nº 8.072, ainda em vigor, que dispõe sobre os crimes hediondos e equiparados, infrações penais situadas em patamar de maior gravidade, recebendo, pois, tratamento mais gravoso, e que em seu art. 2º, § 3º, prevê que "em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade"[17] (BRASIL, 2009b).

Foi, por conseguinte, conforme já afirmado, que, adotando tal entendimento, entrou em vigor em agosto de 2008 a Lei nº 11.719, a qual revogou expressamente o disposto no art. 594 do Código de Processo Penal e, implicitamente, a norma do art. 595 do mesmo diploma legal. Assim resume Mendonça (2008, p. 247):

> Em síntese, portanto, foi extinta a antiga prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, revogando-se o art. 594 do CPP. Agora, o juiz, ao sentenciar, deve verificar se a prisão preventiva é ou não necessária. A regra deve ser a liberdade. A exceção, devidamente justificada pelas circunstâncias, deve ser a prisão preventiva durante o recurso.

Todavia, ainda que o tema seja hoje pacífico, sobretudo após a promulgação da Lei nº 11.719/08, outra questão ainda se faz pertinente, a respeito da matéria: ante a inexistência de norma expressa regulamentadora, seria possível a decretação de prisão cautelar, após a publicação de acórdão suscetível de recurso especial ou extraordinário?

Segundo entendimento majoritário, é admitida a expedição de mandado de prisão nesta hipótese, uma vez que, consoante o art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90, "os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo"

---

[17] Na mesma direção é o art. 3º, da Lei nº 9.613/98 (Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro): "Os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade." (ANGHER, 2007, p. 1103).

(ANGHER, 2007, p. 996). Delmanto Junior (2001, p. 225-226), neste sentido, finaliza:

> A despeito de não existir no ordenamento processual penal expressa previsão de modalidade de prisão "cautelar", que seja decretável quando Tribunal Estadual ou Regional Federal (a) confirme condenação proferida em primeira instância, seja por Tribunal do Júri ou por juízo monocrático, (b) julgue procedente ação penal originária, em função de prerrogativa de foro, ou, então, (c) reforme sentença absolutória prolatada por juízo singular, a expedição de mandado de prisão no julgamento efetuado por essas Cortes tornou-se prática comum em nossos Tribunais, ainda que, em tese, o condenado possa vir a interpor recursos extraordinário e/ou especial. [...] Como é cediço, nessas hipóteses a expedição de mandado de prisão tem se baseado no efeito apenas devolutivo dos recursos especial e extraordinário, como determinado pela Lei nº 8.038/90, em seu art. 27, § 2º.

Conclui-se, portanto, que é possível a decretação da prisão cautelar após a publicação de acórdão suscetível de recursos especial e/ou extraordinário, nos casos acima expostos. Trata-se de medida oposta, pois, àquela adotada contra condenado em primeira instância por sentença penal ainda não transitada em julgado, o qual só poderá ser recolhido provisoriamente quando estiverem presentes os elementos da prisão preventiva.

2.3. PRISÃO EM FLAGRANTE

Autorizada pelo art. 5º, LXI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[18], a prisão em flagrante é "modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção penal)" (NUCCI, 2007, p. 543), portanto, efetuada sem a necessidade de expedição de mandado de prisão pela autoridade judiciária.

[18] "Art. 5º [...]: LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei" (ANGHER, 2007, p. 46).

No entanto, a despeito disto, imediatamente após a sua realização, deve ser submetida à avaliação do magistrado competente, que poderá relaxá-la, caso observe qualquer ilegalidade (art. 5º, LXV, CRFB/88)[19], ou mantê-la, momento a partir do qual passa a ter conteúdo jurisdicional.

Assim, por se tratar de "medida restritiva da liberdade, de natureza cautelar e processual", nas palavras de Fernando Capez (2004, p. 232), a prisão em flagrante só pode ser admitida nos casos expressamente previstos na legislação pátria. E tais hipóteses vêm elencadas, taxativamente, no art. 302 do Código de Processo Penal[20].

Antes de analisá-las, porém, cabe destacar a diferença estabelecida pelo CPP entre o flagrante facultativo – ocasião em que qualquer pessoa do povo, no exercício regular de seu direito, poderá prender quem for encontrado em flagrante delito – e o flagrante obrigatório – quando as autoridades policiais, no estrito cumprimento de seu dever legal, devem efetivar a prisão de qualquer indivíduo surpreendido em flagrante –, conforme dispõe o art. 301 do CPP[21]. Esta é a lição de Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 544):

> Conferiu a lei a possibilidade de qualquer pessoa do povo – inclusive a vítima do crime – prender aquele que for encontrado em flagrante delito, num autêntico exercício de cidadania, em nome do cumprimento das leis do país (art. 301, CPP). É o flagrante facultativo. Quanto às autoridades policiais e seus agentes (Polícia Militar ou Civil), impôs o dever de efetivá-la, sob pena de responder criminal e funcionalmente pelo seu descaso. E deve fazê-lo durante as 24 horas do dia, quando possível. Cuida-se do flagrante obrigatório.

---

[19] "Art. 5º [...]: LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária" (ANGHER, 2007, p. 46).

[20] "Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração" (BRASIL, 2009a).

[21] "Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito" (BRASIL, 2009a).

Verificada, pois, a diferenciação entre o flagrante facultativo e o obrigatório, passa-se, por conseguinte, ao estudo das situações legais permissivas da prisão em flagrante. Classificam-nas, a doutrina, em três espécies: flagrante próprio, flagrante impróprio ou quase flagrante e flagrante presumido.

O flagrante próprio admite duas formas: quando o acusado é surpreendido cometendo a infração penal ou ainda quando acaba de cometê-la (art. 302, I e II, CPP). Nesta segunda modalidade, deve-se interpretar a expressão “acaba de cometê-la” de modo restritivo, ou seja, num sentido de absoluta imediatidade, sem qualquer intervalo de tempo.

Já o quase flagrante ocorre quando o agente conclui a infração penal ou é interrompido pela chegada de terceiros, mas não é preso no local do ilícito, pois consegue fugir, dando início à perseguição por parte da polícia, da vítima ou de qualquer pessoa do povo. É o caso tipificado no inciso III do art. 302 do Código de Processo Penal. A respeito, doutrina Nucci (2007, p. 546-547):

> Evitando-se conferir larga extensão à situação imprópria de flagrante, para que não se autorize a perseguição de pessoas simplesmente suspeitas, mas contra as quais não há certeza alguma de autoria, utilizou a lei a expressão *logo após*, querendo demonstrar que a perseguição deve iniciar-se em ato contínuo à execução do delito, sem intervalos longos, demonstrativos da falta de pistas. [...] A perseguição, por sua vez, pode demorar horas ou dias, desde que tenha tido início *logo após* a prática do crime.

Por fim, prevê o inciso IV do art. 302 do CPP, a hipótese do flagrante presumido. Constitui-se na situação do agente que, logo depois à prática da infração, muito embora não tenha sido perseguido, é encontrado com instrumentos, armas, objetos ou papéis que demonstrem, por presunção, que ele é o autor do ilícito penal. Na mesma esteira do flagrante impróprio, afirma-se:

> Também neste contexto não se pode conferir à expressão “logo depois” uma larga extensão, sob pena de se frustrar o conteúdo da prisão *em flagrante*. Trata-se de uma situação de imediatidade, que não comporta mais do que algumas horas para findar-se. (NUCCI, 2007, p. 547).

Além dos casos expressamente previstos no Código de Processo Penal, apontam-se outras modalidades de prisão em flagrante, em razão da presença, em cada uma delas, de elementos ou circunstâncias não contempladas naqueles. Citam-se: o flagrante esperado, o flagrante provocado ou preparado, o flagrante forjado e o flagrante diferido ou prorrogado.

A primeira modalidade citada é hipótese autorizadora da prisão em flagrante, uma vez que se trata de constituição válida do delito. Configura-se quando um terceiro, que pode ou não ser um agente policial, recebe a informação de que um crime será, em breve, cometido, ocasião em que se desloca para o local, aguardando a ocorrência do ilícito, que pode ou não se dar da maneira como a notícia foi repassada. Considerando-se que nenhuma situação foi artificialmente criada, é viável a sua consumação, pois o terceiro não detém a certeza absoluta quanto ao local da infração, tampouco controla a ação do agente criminoso.

Por outro lado, o flagrante provocado, também designado flagrante preparado, caracteriza-se pela ação de um terceiro, denominado agente provocador, o qual, nas palavras de Eugênio Pacelli de Oliveira (2007, p. 425),

> [...] atuaria com a finalidade específica de proporcionar uma situação de realidade na qual o suspeito se veria compelido a *repetir* (já que ele é o suspeito) a infração. No momento em que ele assim atuasse, a polícia, já previamente colocada em posição estratégica, efetuaria a prisão em flagrante do delito.

Logo, há quem rejeite o flagrante provocado justamente por decorrer da intervenção decisiva de um terceiro, que prepara, induz, instiga a prática da ação criminosa e, assim, do próprio flagrante, influindo na vontade do suspeito.

Ademais, há outra corrente, fortalecida pela Súmula 145, do Supremo Tribunal Federal (STF)[22], que também recusa o flagrante preparado, afirmando que a elaboração do delito, por parte do agente provocador, resultaria em impossibilidade de consumação da infração penal, de modo que a hipótese se aproximaria do chamado crime impossível.

Já o flagrante forjado distingue-se dos demais por não haver a prática de qualquer ilícito penal, ao menos no momento em que se deseja vê-lo concretizado. Pacelli de Oliveira (2007, p. 428) o exemplifica: "ocorre, em regra, diante de suposta criminalidade habitual, quando os agentes policiais *plantam*, isto é, forjam, a prova de um crime *atual* para incriminar determinada pessoa." Tem como principal consequência, portanto, a punição de seus idealizadores e executores, por ato de manifesto abuso de autoridade.

Por fim, cita-se o flagrante prorrogado, por ora denominado diferido. Trata-se da hipótese exposta no art. 2º, II, da Lei nº 9.034/95 (Lei do Crime Organizado)[23], o qual, diante da complexidade que acompanha as ações praticadas por grupos organizados, prevê a possibilidade de retardamento da ação policial, para observação e acompanhamento das condutas tidas como integrantes de ações organizadas, para que a prisão em flagrante se concretize em momento mais eficaz, do ponto de vista da formação da prova e fornecimento de informações.

Fernando Capez (2004, p. 235) assim o distingue do flagrante esperado:

---

[22] "145. Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação."

[23] "Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: [...] II – a ação controlada, que consiste em retardar a ação policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações" (ANGHER, 2007, p. 1051).

> [O flagrante prorrogado] difere-se do esperado pois, neste, o agente é obrigado a efetuar a prisão em flagrante no primeiro momento em que ocorrer o delito, não podendo escolher um momento posterior que considerar mais adequado, enquanto no prorrogado, o agente policial tem a discricionariedade quanto ao momento da prisão.

Em síntese, observa-se, pois, que a prisão em flagrante cumpre importante missão,

> [...] cuidando da diminuição dos efeitos da ação criminosa, quando não do seu completo afastamento (dos efeitos), bem como da coleta imediata da prova, para o cabal esclarecimento dos fatos. Feito isso [...] esgota-se a sua função, impondo-se ao juiz que seja devidamente fundamentada a *manutenção* da prisão realizada em situação de flagrante delito. (OLIVEIRA, 2007, p. 431).

No entanto, ainda que exerça função relevante no processo penal, há determinadas situações em que a prisão em flagrante não pode vir a ser aplicada conforme os ditames do CPP, diante de ressalvas expressas na legislação e na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Deste modo, em consideração à função exercida pelo agente: (a) não podem ser presos em flagrante o Presidente da República (art. 86, § 3º, CRFB/88[24]), e "os diplomatas estrangeiros, em decorrência de tratados e convenções internacionais" (CAPEZ, 2004, p. 237); (b) somente podem ser presos em flagrante de crime inafiançável, os membros do Congresso Nacional (art. 53, § 2º, CRFB/88)[25], os magistrados (art. 33, II, LC nº 35/79)[26] e os membros do Ministério

---

[24] "Art. 86. [...] § 3º Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito à prisão" (ANGHER, 2007, p. 66).

[25] "Art. 53. [...] § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável" (ANGHER, 2007, p. 61).

[26] "Art. 33. São prerrogativas do magistrado: [...] II - não ser preso senão por ordem escrita do Tribunal ou do órgão especial competente para o julgamento, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará imediata comunicação e apresentação do magistrado ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado (vetado)" (BRASIL, 2009d).

Público (art. 18, II, *d*, LC nº 75/93[27], e art. 40, III, Lei nº 8.625/93[28]); e (c) o advogado "somente poderá ser preso em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável", conforme a norma do art. 7º, § 3º, da Lei nº 8.906/94 (ANGHER, 2007, p. 1037).

Da mesma forma, em estima ao comportamento do infrator, não pode ser preso em flagrante o condutor de automóvel envolvido em acidente de trânsito de que resulte vítima, desde que preste pronto e integral socorro a esta, consoante o disposto no art. 301, da Lei nº 9.503/98.[29]

E, por derradeiro, em atenção à própria conduta do agente, não pode ser preso em flagrante o autor de infração penal de menor potencial ofensivo, qual seja aquela cuja pena máxima cominada não seja superior a dois anos, segundo se depreende do art. 61, da Lei nº 9.099/95.[30]

2.4. PRISÃO TEMPORÁRIA

---

[27] "Art. 18. São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União: [...] II - processuais: [...] d) ser preso ou detido somente por ordem escrita do tribunal competente ou em razão de flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará imediata comunicação àquele tribunal e ao Procurador-Geral da República, sob pena de responsabilidade" (BRASIL, 2009e).

[28] "Art. 40. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, além de outras previstas na Lei Orgânica: [...] III - ser preso somente por ordem judicial escrita, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará, no prazo máximo de vinte e quatro horas, a comunicação e a apresentação do membro do Ministério Público ao Procurador-Geral de Justiça" (BRASIL, 2009c).

[29] "Art. 301. Ao condutor de veículo, nos casos de acidentes de trânsito de que resulte vítima, não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro àquela" (ANGHER, 2007, p. 709).

[30] "Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (Artigo com a redação dada pela Lei nº 11.313, de 28-6-2006)" (ANGHER, 2007, p. 1060).

Idealizada para substituir a antiga prisão para averiguação, “uma odiosa e comum prática policial” (DELMANTO JUNIOR, 2001, p. 150), a prisão temporária, instituída através da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, tem como principal finalidade “assegurar uma eficaz investigação policial” (NUCCI, 2007, p. 540), razão pela qual não pode ser aplicada quando já instaurada a ação penal.

E, exatamente por se destinar à proteção das investigações policiais, vedou a legislação que seja decretada *ex officio* pelo magistrado, somente sendo possível sua aplicação “em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público” (ANGHER, 2007, p. 985), conforme prescreve o art. 2º, da Lei nº 7.960/89.

Ademais, visando não banalizar o uso desta medida cautelar, prevê o art. 1º, da mencionada Lei[31], os casos em que se admite a decretação da prisão temporária. No entanto, muito embora expressamente expostos na legislação, tais hipóteses são tema ainda controvertido.

Nucci (2007, p. 540-541), Martins (2004, p. 83) e Capez (2004, p. 247) afirmam que, isoladamente, nenhuma das razões previstas nos incisos do art. 1º da Lei da Prisão Temporária é suficiente para autorizar a prolação da decisão de

[31] “Art. 1°. Caberá prisão temporária: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, *caput*, e seu § 2°); b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, *caput*, e seus §§ 1° e 2°); c) roubo (art. 157, *caput*, e seus §§ 1°, 2° e 3°); d) extorsão (art. 158, *caput*, e seus §§ 1° e 2°); e) extorsão mediante sequestro (art. 159, *caput*, e seus §§ 1°, 2° e 3°); f) estupro (art. 213, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1°); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, *caput*, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1°, 2° e 3° da Lei n° 2.889, de 1° de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei n° 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei n° 7.492, de 16 de junho de 1986)” (ANGHER, 2007, p. 985).

encarceramento. E mais, sustentam que há a necessidade de conjugação do inciso III, que enumera taxativamente os crimes que admitem a prisão processual, com as situações encontradas nos incisos I e/ou II, evidenciadoras do *periculum in mora*, para que o juiz se encontre autorizado a decidir.

Em contrapartida, Eugênio Pacelli de Oliveira (2007, p. 446-447) defende a tese de que devem estar presentes, necessariamente, tanto a situação do inciso I, quanto aquela do inciso III. A hipótese do inciso II, como afirma, já estaria contemplada na expressão "quando imprescindível para as investigações do inquérito policial", constante do inciso I do art. 1º da Lei nº 7.960/89.

Por fim, discordando das duas correntes, ainda, há o entendimento de Roberto Delmanto Junior (2001, p. 160-161), para quem a única hipótese que justificaria cautelarmente a prisão temporária, ocorre quando estiver presente no caso concreto a prática de um dos delitos explicitados no inciso III, acrescida da situação exposta no inciso II ("quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade"), pois, nas suas palavras, a não identificação do acusado "não só prejudica a execução de eventual decisão condenatória, como também as próprias investigações, o que acaba aproximando o inciso II ao inciso I."

Já quanto ao prazo, estipula o art. 2º da Lei nº 7.960/89 que a prisão temporária "terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade" (ANGHER, 2007, p. 985). Todavia, nos casos

dos crimes hediondos o prazo será de trinta dias, prorrogável por igual período, consoante o disposto no § 4º do art. 2º da Lei nº 8.072/90.[32]

Aliás, quanto a estes delitos, controvérsia há no sentido de se saber se todos aqueles ilícitos previstos na Lei dos Crimes Hediondos podem ser passíveis de decretação da prisão temporária, ou apenas as infrações penais elencadas no art. 1º da Lei nº 8.072/90 e simultaneamente previstas no art. 1º, III, da Lei nº 7.960/89.

Martins (2004, p. 84) e Pacelli de Oliveira (2007, p. 447) asseveram que

> [...] o elenco contido no inc. III e alíneas do art. 1º da Lei 7.960/89 é taxativo. Não foi ele ampliado pela Lei dos Crimes Hediondos, que contempla rol de crimes inferior ao contido na Lei de prisão temporária, e, mesmo que a situação fosse inversa, tal não seria admissível, por ser vedada na hipótese a aplicação de analogia que viria em prejuízo do agente. (MARTINS, 2004,p. 84).

Noutra direção, entretanto, é o pensamento de Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 541), para quem o rol contido no inciso III do art. 1º da Lei da Prisão Temporária foi ampliado pelo art. 1º da Lei dos Crimes Hediondos, a qual foi posteriormente promulgada.

Por fim, ressalta-se que, seja qual for o prazo estipulado pelo juiz para o encarceramento temporário de qualquer indivíduo, expirado o tempo determinado (com ou sem prorrogação), deve o indiciado ser imediatamente libertado, pela própria autoridade policial, independentemente da expedição de alvará de soltura pelo magistrado, sob pena de configurar constrangimento ilegal, passível de *habeas corpus*.

---

[32] "Art. 2º [...] § 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. (Incluído pela Lei nº 11.464, de 2007) (BRASIL, 2009b).

2.5. PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva, das modalidades de prisão provisória a que se mostra de maior espectro, “na medida em que são os seus fundamentos que acabam por estabelecer o norte quanto à possibilidade ou não de determinação ou continuidade das demais modalidades prisionais antecedentes ao trânsito em julgado” (MARTINS, 2004, p. 86), exceção feita à prisão temporária, “revela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a *efetividade* do processo” (OLIVEIRA, 2007, p. 432-433).

Assim, visando a atingir tal escopo, prescreve o art. 311 do Código de Processo Penal, que “em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial” (ANGHER, 2007, p. 526). Proibida estaria, portanto, a decretação de tal medida restritiva da liberdade, depois de finda a instrução criminal.

Contudo, neste ponto, importante é a lição de Eugênio Pacelli de Oliveira, o qual afirma que, após a reforma ocorrida na legislação processual penal brasileira, sobretudo com a promulgação das Leis n°s 11.689/08 e 11.719/08, que alteraram substancialmente a matéria referente à prisão decorrente de decisão de pronúncia e à prisão em face de sentença condenatória recorrível, plenamente possível é a decretação da prisão preventiva após o término das diligências, desde que não fundamentada tão somente na “conveniência da instrução criminal”. Em outros termos:

> [...] é perfeitamente possível que a autoridade judiciária competente, por ocasião da pronúncia e da sentença condenatória passível de recurso, determine a prisão preventiva do acusado, se solto, ou a manutenção dela, se já estiver preso. [Assim], fica revogado, em parte (derrogação), o art. 311, CPP, relativamente à vedação de decretação de prisão preventiva após a instrução criminal. (OLIVEIRA, 2009, p. 467).

Tratando-se, pois, de medida cautelar, utilizada apenas excepcionalmente, o legislador deixou de determinar prazo de duração para a prisão preventiva, contrariamente ao que fez com a prisão temporária, condicionando sua permanência à existência temporal de sua fundamentação, não podendo, por óbvio, "ultrapassar eventual decisão absolutória – que faz cessar os motivos determinantes de sua decretação – bem como o trânsito em julgado de decisão condenatória, pois, a partir desse ponto, está-se diante de prisão-pena" (NUCCI, 2007, p. 558).

Em outras palavras, cita-se Pacelli de Oliveira (2007, p. 434), ao aduzir que "a prisão preventiva submete-se à cláusula da *imprevisão*, podendo ser revogada quando não mais presentes os motivos que a ensejaram, bem como renovada quando sobrevierem razões que a justifiquem".[33]

Todavia, para que seja determinada a prisão preventiva, necessário se faz o preenchimento de certos requisitos, legalmente previstos nos artigos 312 e 313, ambos do Código de Processo Penal.[34] Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 558)

---

[33] Dispõe o art. 316 do Código de Processo Penal, que "o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem" (ANGHER, 2007, p. 527).

[34] "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.

Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos: I - punidos com reclusão; II - punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; III - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal. IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. (Inciso IV acrescido pela Lei nº 11.340, de 7-8-2006)" (ANGHER, 2007, p. 526-527).

afirma que tais pressupostos “são sempre, no mínimo três: prova da existência do crime (materialidade) + indício suficiente de autoria + uma das situações descritas no art. 312 do CPP.”

A prova da existência do crime é a certeza de que ocorreu um delito, "não se podendo determinar o recolhimento cautelar de uma pessoa, presumidamente inocente, quando há séria dúvida quanto à própria existência de evento típico” (NUCCI, 2007, p. 559).

Assim, impossível é o encarceramento preventivo de indivíduo quando o fato por ele perpetrado se mostra atípico. Do mesmo modo, ocorre quando o acusado agiu, ao que tudo indica, em legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal ou em exercício regular de direito, todas excludentes de ilicitude, consoante a letra do art. 314, CPP[35]. Analogicamente, Nucci (2007, p. 564-565) entende, ainda, “que podem ser incluídas as excludentes do crime, não se justificando a decretação da prisão preventiva contra quem agiu, por exemplo, sob coação moral irresistível ou em erro de proibição.”

Por outro lado, observa-se que o legislador pátrio, no diploma penal, não incluiu a culpabilidade como elemento do delito. Assim, ao tratar da inimputabilidade, utilizou-se da expressão “é isento de pena”, em vez de “não há crime”. Desta maneira, nada obsta seja decretado o recolhimento preventivo de indivíduo

[35] “Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições do art. 19, I, II ou III, do Código Penal. (Referência feita a dispositivo da antiga Parte Geral do CP, revogada pela Lei nº 7.209, de 11-7-1984. Trata da matéria o art. 23, I a III, do CP vigente)” (ANGHER, 2007, p. 527).

inimputável ou semi-imputável (art. 26, *caput* e parágrafo único, do Código Penal[36]). Afirma, nesta linha, Roberto Delmanto Junior (2001, p. 164-165):

> [...] a exigência para a decretação da prisão preventiva de haver *prova da existência do crime* não é obstáculo para o encarceramento daquele que se suspeita inimputável por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. [...] No que concerne às hipóteses de semi-imputabilidade (art. 26, parágrafo único, do Código Penal), que acarreta simples diminuição de pena, evidentemente não há dúvida de que o acusado nessas condições, *se for o caso*, pode ser preso preventivamente.

Ademais, ao se falar em "prova da existência do crime", exclui-se, também, a aplicação desta medida cautelar aos contraventores.

Noutra direção, quanto aos acusados de delitos, deve-se analisar este requisito, com base no que dispõe o art. 313 do diploma processual penal. Verifica-se, pois, que: a) não cabe prisão preventiva nos casos de crimes culposos; b) quanto aos crimes dolosos, o encarceramento preventivo só é possível se: o delito for punido com pena de reclusão; ou, nos casos de serem apenados com detenção, apenas se o acusado for vadio, não fornecer elementos visando ao esclarecimento de sua identidade, havendo dúvidas, ou ainda se o indiciado ou réu já houver sido condenado, com sentença passado em julgado, por outro crime doloso, desde que não tenha transcorrido mais do que cinco anos entre o cumprimento ou extinção da pena anteriormente imposta e o cometimento da nova infração.

O segundo pressuposto que deve ser verificado, conforme Nucci, para que haja a possibilidade de decretar-se a prisão preventiva é o "indício suficiente de

---

[36] "Inimputáveis. Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Redução de pena. Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento" (ANGHER, 2007, p. 441).

autoria", ou seja, "a suspeita fundada de que o indiciado ou réu é o autor da infração penal. Não é exigida prova plena da culpa, pois isso é inviável num juízo meramente cautelar" (NUCCI, 2007, p. 559), contudo, determina-se a forte probabilidade da pessoa, contra a qual é decretada a preventiva, ser autora do crime. Noutros termos:

> [...] em um Estado Democrático de Direito, sob a égide de uma Constituição como é a brasileira, para se limitar provisoriamente o exercício da liberdade de alguém sujeito à *persecutio criminis*, exigir-se a *forte probabilidade* da pessoa contra a qual é decretada a prisão *ser autor do crime*, inadmitindo-se qualquer possibilidade de erro, é elementar. (DELMANTO JUNIOR, 2001, p. 167-168).

Por fim, completando o trinômio necessário para o recolhimento preventivo de qualquer indivíduo, exige-se a presença de uma das situações descritas no art. 312 do Código de Processo Penal, quais sejam, a conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal, como garantia da ordem econômica e como garantia da ordem pública.

A "conveniência da instrução criminal" está diretamente ligada à coleta de informes necessários à apuração da verdade real do ocorrido. Tem por fim, portanto, evitar que o agente perturbe ou impeça a produção de provas. Exige-se, contudo, prova concreta de que o acusado assim está procedendo, não bastando a mera presunção de que poderá vir a ameaçar testemunhas, por exemplo. A respeito:

> A conveniência da instrução criminal está direta e indissoluvelmente ligada à coleta de informes necessários à apuração da verdade. Havendo demonstração de que, de alguma forma, o indiciado ou acusado poderá vir a obstá-la, seja por buscar alterar a prova, como frustrá-la ou impedir sua produção, utilizando-se para isso de sua condição pessoal e social, de artifícios econômicos ou mesmo de violência ou grave ameaça, viável será a decretação [da prisão preventiva]. (MARTINS, 2004, p. 111-112).

A "garantia de aplicação da lei penal", como fundamento para o recolhimento preventivo de qualquer indivíduo, "contempla as hipóteses em que haja risco *real de*

fuga do acusado e, assim, risco de não aplicação da lei na hipótese de decisão condenatória" (OLIVEIRA, 2007, p. 435).

Também esta presunção deve-se fundar em dados concretos da realidade, não podendo revelar-se fruto de mera especulação teórica, razão pela qual importante se faz a análise dos vínculos do acusado com o distrito da culpa. Delmanto Junior (2001, p. 176), a respeito deste requisito fático, ressalta:

> Se o acusado [...] foge após a sua prisão preventiva ter sido decretada, com base em outro fundamento que não o da garantia da aplicação da lei penal, essa fuga, por si só, jamais poderá ter o condão de constituir o fundamento daquela prisão, repita-se, decretada *anteriormente*. Com efeito, parece-nos absolutamente normal e, até, de pleno direito, que o acusado não se submeta espontaneamente a uma prisão que julga ilegal (seja em flagrante, temporária ou preventiva) [...]. A análise das peculiaridades de cada caso, aqui, é fundamental, levando-se em consideração, sobretudo, não só os antecedentes do acusado, mas, também, os seus vínculos com o distrito da culpa, como, por exemplo, a sua família, profissão etc.

Já a "garantia da ordem econômica", como fundamento para a decretação da prisão preventiva, incluída no rol do art. 312 do CPP por meio da Lei nº 8.884/94, é tema ainda controvertido. Nucci (2007, p. 561) afirma que ela pode ser avocada para "impedir que o agente, causador de seriíssimo abalo à situação econômico-financeira de uma instituição financeira ou mesmo de órgão do Estado, permaneça em liberdade, demonstrando à sociedade a impunidade reinante nessa área".

Em sentido contrário, Delmanto Junior (2001, p. 191-192) ensina que:

> Apesar da criminalidade econômica, a priori e de forma aparente, não ameaçar tão diretamente o cidadão, quanto o ameaça a delinquência violenta, [...] é de se atentar para o fato de que as consequências advindas desse tipo de criminalidade, muitas vezes, envolvem um número enorme de pessoas e são tão prejudiciais à sociedade quanto o é a criminalidade violenta. Por mais que o delito já tenha ocorrido e suas consequências se operado, a prisão daquele que tenha violado as regras econômicas impostas inclusive pela Constituição da República, poderia, em alguns casos, afigurar-se indispensável para que as sequelas decorrentes do crime e eventual desordem global da economia fossem minoradas.

Entretanto, na mesma oportunidade tece severas críticas a essa situação, afirmando que nessas hipóteses a prisão preventiva afasta-se, por inteiro, da sua natureza cautelar instrumental, transformando-se em punição antecipada, uma vez que tal medida jamais pode ter como fim a punição e a ressocialização do acusado, para que não desrespeite mais os preceitos legais, bem como a consequente desestimulação de outras pessoas à prática de delitos semelhantes.

Na mesma linha, Eugênio Pacelli de Oliveira (2007, p. 435) leciona que, se o risco é contra a ordem econômica, melhor que a decretação da prisão preventiva, a medida cautelar que parece mais propícia a ser efetuada “é o *sequestro* e a indisponibilidade dos bens dos possíveis responsáveis pela infração. Parece-nos que é dessa maneira que se poderia melhor tutelar a ordem financeira, em que há sempre o risco de perdas econômicas generalizadas”.

Da mesma forma, questão bastante controvertida é a decretação da prisão preventiva, fundamentada na “garantia da ordem pública”. Tal requisito, no entanto, será objeto de estudo mais aprofundado no próximo capítulo.

3. A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Ordem pública, nas palavras de De Plácido e Silva (1987, v. III, p. 291), é "a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto."

Em outros termos, é o conjunto de condições sem as quais não se pode ter uma vida social conveniente baseada na segurança das pessoas e bens, na saúde, na tranquilidade e na paz pública.

Deste modo, verifica-se que o conceito de "ordem pública", invocado como base autorizadora da prisão preventiva, é, da mesma forma, demasiadamente abrangente, muitas vezes caracterizado como expressão vazia e ambígua[37], a qual dá margem à insegurança jurídica.

Logo, a fim de viabilizar a "garantia da ordem pública" como requisito à análise da medida cautelar restritiva de liberdade, torna-se imprescindível uma delimitação jurisprudencial e doutrinária que lhe minimize a aparente imprecisão de seu conteúdo (VARALDA, 2007, p. 180).

Em síntese, afirma Danilo Andreato (2008, p. 9): "Garantia da ordem pública é uma locução de conteúdo largo. Seu preenchimento deve se dar de maneira

---

[37] Almeida (2003, p. 71) afirma que se trata de conceito ambíguo, em face das diversas fundamentações que se apresentam a justificar a "garantia da ordem pública" para a decretação da prisão preventiva. Em suas palavras: "Em que pese existirem várias tentativas de definição do conceito de ordem pública, até hoje se vê que os decretos de prisão preventiva com esse tipo de justificação apresentam as mais diversas fundamentações: ora se fala em confiabilidade da justiça, ora em acautelar-se o meio social, ora na periculosidade do acusado, ora no clamor público, ora na gravidade do crime, ora na segurança do próprio ofendido. Enfim, a ordem pública é ainda hoje um conceito extremamente ambíguo e, por isso, preocupante motivo de insegurança jurídica."

bastante criteriosa, para não propiciar injustiças mediante atos processuais movidos ao calor do momento.”

3.1. CORRENTES DOUTRINÁRIAS

3.1.1. Ordem pública e segurança do acusado

Segundo ensina Antonio Alberto Machado (1993, p. 59), “a possibilidade de represálias e até linchamentos contra o autor do crime, mormente nos casos de grande repercussão social ou clamor público, em alguns casos, tem justificado a imposição da prisão preventiva”, fundada na garantia da ordem pública.

E, isto porque, na hipótese de a vítima, ou mesmo seus familiares, estarem ameaçando o indiciado ou réu, haveria a possibilidade de perturbação da ordem pública e, deste modo, o encarceramento preventivo seria, em tese, medida cabível, pois garantiria a segurança do próprio suspeito ou acusado, tutelando sua vida ou integridade física.

No entanto, inúmeras críticas são tecidas ao argumento, uma vez que se trata de justificação um tanto ou quanto simplista.

Em primeiro lugar, afirma-se que dar proteção ao réu é responsabilidade do Estado[38], por meio de sua “atividade *não jurisdicional* de segurança pública” (OLIVEIRA, 2007, p. 436).

[38] Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 560-561), em sentido contrário, diz que: “Cabe ao indiciado ou réu procurar a melhor maneira de se proteger, se for o caso, mas não se pode utilizar a custódia cautelar para esse mister.”

Em segundo plano, argúi-se que não se pode admitir a privação da liberdade do indiciado ou réu por ato que não lhe é atribuído.

Enfim, aceitando-se a utilização de tal argumento, se poderia chegar ao absurdo de determinar-se a tutela cautelar, mesmo após o cumprimento da pena privativa de liberdade pelo acusado. É o que expõe Fernando da Costa Tourinho Filho (2000, v. III, p. 489):

> [...] mesmo condenado o réu, e mesmo após o cumprimento da pena, poderia surgir a notícia de que a família da vítima estava preparada para ato de vingança... E, nesse caso, deveria o juiz recolher o criminoso à cadeia? O absurdo é evidente.

Afasta-se, pois, através destas críticas, a “segurança do acusado” como hipótese ensejadora da “garantia da ordem pública” para a decretação da prisão preventiva.

3.1.2. Ordem pública e confiabilidade na justiça

Há autores, por outro lado, que vinculam a ordem pública à “credibilidade da Justiça”, isto é, na confiabilidade de que o Poder Público não deixará impune o acusado de um delito, independentemente de sua condição econômica e social.

Em outras palavras, Luiz Roberto Faggioni (2003, p. 140) afirma que a ideia de confiabilidade na justiça para a decretação da custódia preventiva com fundamento na garantia da ordem pública “é utilizada para se contrapor à crença generalizada de que a justiça somente é capaz de determinar a punição daqueles que são econômica e socialmente frágeis.”

Aprofundando mais o tema, há doutrinadores que afirmam, ainda, que diante da gravidade do delito, associada à forma e execução do crime, pode-se provocar violenta comoção no meio social, gerando, por consequência, uma sensação de impunidade e descrédito pela demora jurisdicional, de tal forma que a decretação da preventiva impõe-se como garantia do próprio prestígio do Poder Judiciário. Este é o posicionamento adotado por Mirabete (2003, p. 813) e Capez (2004, p. 243).

Contudo, tal hipótese de fundamentação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública é também objeto de muitas críticas.

Segundo Faggioni (2003, p. 140):

> [...] a vontade de se contrapor a essa sensação de impunidade termina por se revelar sem concreção, já que em toda a sua atuação a justiça deve se demonstrar confiável. Por semelhante abordagem, qualquer acusação poderia dar ensejo à prisão cautelar, e, doutro lado, o encarceramento do acusado pode justamente significar o oposto: que a justiça não se revelou imparcial, confiável.

Além disso, há quem reprove esta proposição, afirmando que o efetivo combate à criminalidade e a eficiência da justiça penal, nem sempre estão diretamente ligados à otimização do aspecto repressivo do aparelho judiciário. É o que leciona Alberto Antonio Machado (1993, p. 61):

> A nosso ver, tanto as causas da criminalidade, quanto os meios de combatê-la, deitam suas raízes em fatores socioeconômicos e reclamam uma reforma estrutural, não no aparelho repressivo estatal, mas na própria base material da sociedade, onde se dão as relações de produção e a distribuição profundamente desigual dos seus resultados. Por conseguinte, a preservação da imagem da justiça não deve ser pretexto para a prisão dos acusados (predominantemente pobres) como justificativa de garantia da ordem pública.

Por fim, cita-se a objeção indicada por Gabriel Bertin de Almeida (2003, p. 79), para quem “a necessidade de demonstrar-se a confiabilidade institucional no sistema, tornando viva na população a relação entre crime e pena” somente ocorreria em situações excepcionalíssimas, “em que a comoção social decorrente da

prática do crime fosse de tal grandeza que originasse situação inaceitável de desordem, o que muito raramente ocorre." Logo, em decorrência dessa raridade, "a necessidade de tutelar-se a confiabilidade institucional do sistema penal não pode servir de hipótese de cabimento de prisão preventiva."

3.1.3. Ordem pública e clamor público (clamor popular)

O clamor popular, utilizado muitas vezes para avocar a garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva, pode ser definido como a revolta da sociedade em decorrência do choque que um crime causou no meio social, ou seja, o alarma social ocasionado por um delito, capaz de "***tumultuar o bom andamento da persecução penal***, na fase do inquérito ou do processo" (DELMANTO JUNIOR, 2001, p. 184).

Em geral, tal alarma social é apurado por meio da divulgação que o ilícito penal alcança nos meios de comunicação, quer sejam escritos, quer falados.

Por isso, exige-se muita cautela e bom senso do magistrado que analisa o caso concreto, pois é necessário "distinguir quando há estardalhaço indevido sobre um determinado crime, inexistindo abalo real à ordem pública, da situação de divulgação real da intranquilidade da população, após o cometimento de grave infração penal" (NUCCI, 2007, p. 560).

Em outras palavras, explica Roberto Delmanto Junior (2001, p. 184 e 188):

> Difícil é a tarefa do magistrado em distinguir se a revolta da sociedade é decorrência do choque que o crime causou no meio social, por si só, ou se a mencionada vingança do inconsciente popular é consequência da exploração e da distorção dos fatos pela mídia. Como visto, muitas vezes não é o crime, em tese cometido, que gera a chamada "vigorosa reação social", mas sim a **desmedida dramatização e até mesmo alteração da versão dos fatos pela imprensa**, [visando] mais aumentar a audiência televisiva ou radiofônica, ou, ainda, o número de leitores de periódicos, com

> a finalidade precípua de valorizar o espaço para a propaganda, do que, realmente, informar de forma isenta o ocorrido.

Logo, também são tecidas críticas a essa hipótese de embasamento do recolhimento preventivo para a garantia da ordem pública, sobretudo diante da afronta a princípios constitucionais.

Neste sentido, Odone Sanguiné (2003, p. 114) expõe:

> [...] é inconstitucional atribuir à prisão preventiva a função de acalmar o alarma social ocasionado pelo delito, pois, por muito respeitáveis que sejam os sentimentos sociais de "vingança", a prisão preventiva não está concebida como uma pena antecipada que possa cumprir fins de prevenção. [...] Uma ideia desta natureza resulta insustentável em um sistema constitucional que acolhe um rigoroso respeito pelos direitos dos cidadãos e proclama a presunção de inocência.

Luiz Roberto Faggioni vai ainda mais além, afirmando que são desrespeitados os princípios constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB/88)[39] e do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII, CRFB/88)[40], além do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CRFB/88)[41]. É o que se verifica:

> O clamor popular seria indicador da responsabilidade do imputado (que então não se presumiria inocente), sem que fosse necessário o processo para a determinação dos fatos (logo, o devido processo seria despiciendo) e, doutro lado, por tal linha de pensamento o juiz do caso passaria a ser a mídia ou o povo em geral (portanto o juiz com atribuição legal para o feito seria desnecessário), com todo o risco que isso acarreta. Trata-se de negação de todos os princípios de garantia. (FAGGIONI, 2003, p. 141).

Assim, por se caracterizar como punição antecipada, bem como por desrespeitar princípios constitucionalmente estabelecidos, parte da doutrina não admite o "clamor público (popular)" como justificativa para a decretação do

---

[39] Ver nota de rodapé nº 16.

[40] "Art. 5º [...]: XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção; [...] LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" (ANGHER, 2007, p. 45).

[41] Ver nota de rodapé nº 8.

encarceramento preventivo de um indiciado ou réu a fim de assegurar a ordem pública.

3.1.4. Ordem pública e gravidade do crime

A gravidade do crime praticado, como hipótese de decretação da prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública, é, das possibilidades aventadas pela doutrina, uma das que encontram mais adeptos.

Assim, quando restar comprovada a prática de delito gravíssimo, quer quanto à pena abstratamente considerada ao tipo penal, quer quanto aos meios de execução utilizados, constatando-se, por conseguinte, uma situação de real intranquilidade coletiva no seio da comunidade, pode-se decretar a custódia preventiva daquele sobre o qual pesam sérios indícios de autoria. É o que doutrina Delmanto Junior (2001, p. 182-183):

> [...] havendo certeza da existência do crime e sérios indícios de autoria, sem probabilidade de erro, a prisão preventiva poderia ser decretada para preservar a ordem pública, *naqueles casos em que as peculiaridades sejam repugnantes*, situações em que se vislumbra maldade, sadismo, humilhação, emprego gratuito de violência física ou psíquica etc. Evidentemente, não há dúvida de que o seio social sente-se abalado, perturbado, ao tomar conhecimento desses fatos. [...] Nessas hipóteses, a prisão preventiva, se aceitável, seria decretada para a preservação da *ordem pública* em seu sentido estrito, afigurando-se como um mal necessário.

No mesmo sentido, leciona Roberto Barão Varalda (2007, p. 175):

> [...] a magnitude da lesão oriunda de um grave crime praticado, por si só, bastará para motivar a prisão preventiva enquanto garantia da ordem pública, se os fatos concretos apontarem para o efetivo perigo que a liberdade do agente representará para a sociedade.

Ressalta-se, porém, que, por ser medida excepcional, é necessário que o magistrado, na análise do caso concreto, verifique a conveniência e oportunidade do

decreto preventivo, analisando a periculosidade do agente, em face da gravidade do crime cometido, bem como a insegurança que será causada no meio social mantendo-se em liberdade o suspeito ou réu, não se tratando, pois, de prisão obrigatória. Assim:

> O magistrado deve orientar-se por critérios objetivos consubstanciados na análise da realidade social para incidir a "gravidade do ato" e, por consequência, a "periculosidade do agente", dentro das exigências de ordem pública. Por certo, não se trata de hipótese de prisão preventiva obrigatória, aplicada automaticamente ao acusado de uma infração penal grave, com a dispensa de demonstração da necessidade da medida. Pelo contrário, torna-se imperioso o exame da conveniência e oportunidade do decreto preventivo pelo magistrado às pessoas envolvidas com a prática de graves delitos. O juiz, no caso em concreto, em face da gravidade do crime, deve analisar a periculosidade do agente, sustentada pela presunção *iuris tantun* (relativa). (VARALDA, 2007, p. 167).

Luiz Roberto Cicogna Faggioni, no entanto, critica essa hipótese de decretação da tutela preventiva para a garantia da ordem pública, afirmando, uma vez mais, que tal justificação fere o princípio constitucional da presunção de inocência.

Segundo o autor, "o acusado seria perigoso *justamente porque se presume ter ele praticado o crime grave de que é acusado*. Isso significa afirmar que nos crimes graves a responsabilidade é presumida, e não o inverso" (2003, p. 140-141).

Adotando o mesmo posicionamento, Roberto Delmanto Junior (2001, p. 183) aduz que, além de ferir o princípio da presunção de inocência, a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública embasada na gravidade do delito também se distancia de seu caráter instrumental, presente em toda tutela cautelar, aproximando-se de um inaceitável aparelho de justiça sumária.

Em sentido contrário, contudo, encontra-se Eugênio Pacelli de Oliveira. O autor afirma que o princípio da presunção de inocência, excepcionalmente, há de ser flexibilizado, sobretudo quando em risco valores constitucionais igualmente

relevantes. “Não estamos nos referindo à segurança pública como *mera abstração*, ou como valor a ser sopesado sem critérios empíricos, mas à sua necessária concretização, diante de hipóteses *excepcionalíssimas*” (2007, p. 436-437).

Entendimento semelhante é adotado por Varalda (2007, p. 160), *in verbis*:

> [...] a preservação da ordem pública justifica-se pelo juízo de perigo do acusado de uma infração penal grave, cujo prejuízo jurídico irradia-se imensuradamente à sociedade. A aplicação da prisão cautelar embasa-se assim no direito à segurança e na defesa social, valores também constitucionalmente protegidos.

Percebe-se, pois, que, muito embora se trate de argumento com grande número de adeptos, a “gravidade do crime” como hipótese de decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, é justificativa ainda bastante controvertida, verificando-se os mais variados posicionamentos acerca da sua admissão na literatura especializada.

3.1.5. Ordem pública e periculosidade do agente (reiteração de atos análogos)

A periculosidade do agente criminoso, hipótese de decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, é demonstrada, segundo a doutrina, através da reiteração de atos análogos, por parte do suspeito ou acusado.

Nas palavras de Bertin de Almeida (2003, p. 75-76), pode-se dizer que um indivíduo é potencialmente delinquente:

> [...] porque (i) cometeu novos crimes, ou porque (ii) *pode* vir a cometê-los. São, portanto, situações bem diferentes. No primeiro caso, não há presunção de periculosidade, pois só cometendo novo crime, subsequente ao anteriormente cometido, que ensejou pedido de prisão, poderia o agente vir a ser preso. [...] A segunda situação de decretação de prisão em virtude da periculosidade do infrator presume que este, *a priori*, pode vir a cometê-los.

A questão que se demonstra de maior relevância, e, portanto, que será objeto de melhor análise, diz respeito à denominada “periculosidade presumida”.

Mirabete (2003, p. 803) assevera que, avocando-se a periculosidade do agente para a decretação da tutela cautelar apoiada na garantia da ordem pública, evita-se que o acusado

> [...] pratique novos crimes contra a vítima ou qualquer outra pessoa, quer porque seja acentuadamente propenso à prática delituosa, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida.

No entanto, deixa o autor de expor quais critérios podem ser utilizados para sustentar que o indiciado ou réu “seja acentuadamente propenso à prática delituosa”.

Fernando Capez (2004, p. 242), neste sentido, argumenta que “os maus antecedentes ou a reincidência são circunstâncias que evidenciam a provável prática de novos delitos, e, portanto, autorizam a decretação da prisão preventiva com base nessa hipótese”.[42]

Nucci (2007, p. 560), por outro lado, afirma que, além da análise dos antecedentes criminais do indiciado ou da sua reincidência, evidencia ainda a probabilidade de que o suspeito torne a cometer delitos, a maneira de execução do crime.

É o que sugere também, em outros termos, Martins (2004, p. 110):

> A garantia da ordem pública, em breves palavras, estará configurada quando e se for possível concluir-se, diante dos elementos colacionados aos autos, tratar-se de indivíduo com inclinação para práticas delituosas, a ser comprovada pelas condutas havidas em seu passado e registradas em

[42] Roberto Barão Varalda (2007, p. 170) segue o mesmo posicionamento, ensinando que “é viável a prisão preventiva para a garantia da ordem pública em face da periculosidade do agente baseado nos maus antecedentes criminais ou na reincidência. [...] Nesse caso, os maus antecedentes criminais ou a reincidência serve de indício de periculosidade a amparar a custódia preventiva”.

> ações penais ou investigações policiais, decorrente da particularidade da conduta quando da prática criminosa, reveladora do caráter perverso e de sua periculosidade, enfim, quando se puder observar e afirmar que a manutenção em liberdade colocará em risco a tranquilidade no meio social.

Em sentido contrário, contudo, posiciona-se Antonio Alberto Machado. Segundo leciona, deve-se evitar, na constatação da periculosidade do agente, qualquer juízo desvinculado do caso concreto, tal como a verificação de antecedentes criminais. “Um juízo assim poderia levar a julgamentos discriminatórios”, aduz (1993, p. 60-61).

Destaca-se, por fim, que posicionamentos não faltam que criticam a decretação da prisão preventiva com o fundamento da ordem pública, sob o argumento de que o indiciado ou réu poderá reiterar seus atos criminosos, caso mantenha-se em liberdade.

Inicialmente, Delmanto Junior censura essa argumentação, sob a égide do princípio constitucional da presunção de inocência, pois, conforme expõe, parte-se de uma dupla presunção para decretar-se o encarceramento preventivo, sob tal justificativa:

> Sem dúvida, não há como negar que a decretação de prisão preventiva com o fundamento de que o acusado poderá cometer novos delitos baseia-se, sobretudo, em ***dupla presunção***: a primeira, de que o imputado realmente cometeu um delito; a segunda, de que, em liberdade e sujeito aos mesmos estímulos, praticará outro crime ou, ainda, envidará esforços para consumar o delito tentado. (DELMANTO JUNIOR, 2001, p. 179).

Por outro lado, Faggioni (2003, p. 141-143) alega que, por ser a finalidade da prisão preventiva decretada com fundamento na ordem pública evitar que o acusado, ou suspeito, venha, se solto estiver, a praticar outros atos da mesma natureza daquele que deu ensejo ao processo criminal no qual a medida foi decretada, a prisão preventiva não é possível, uma vez que não tem, nesta hipótese,

qualquer característica cautelar, mas tão somente, utilizando-se seus termos, atributos de “medida de segurança.”

Por derradeiro, rechaça-se ainda a utilização desta justificação para a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, pois, nestes casos, julga-se a conduta não praticada, sequer iniciada. Aprecia-se, portanto, o homem, não o fato, medida incompatível à moderna teoria do crime, adotada pelo direito penal brasileiro, a qual é baseada na culpabilidade (de ato).

Neste sentido, Roberto Varalda (2007, p. 168) entende que “realmente não há como sustentar a concepção aristotélica de ‘culpabilidade pela conduta de vida’, reprovando comportamentos anteriores atípicos e, inclusive, a própria personalidade do indivíduo, contrários à ética e moral.”

***

Procurou-se demonstrar, pois, individualmente, todas as hipóteses que, em tese, autorizam, consoante a doutrina, o decreto de prisão preventiva para a garantia da ordem pública.

Contudo, destaca-se que há autores que vislumbram a necessidade, salvo em casos excepcionais, de conjugação de certos argumentos, a fim de se viabilizar o decreto preventivo. Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 559), expoente desta vertente, afirma que “a garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo trinômio *gravidade da infração + repercussão social + periculosidade do agente*.” Exemplificando:

> Em suma, um delito grave – normalmente são todos os que envolvem violência ou grave ameaça à pessoa – associado à repercussão causada em sociedade, gerando intranquilidade, além de se estar diante de pessoa reincidente ou com péssimos antecedentes, provoca um quadro legitimador da prisão preventiva. (NUCCI, 2007, p. 560).

Ressalta, porém, que “não se pode pensar nessa medida exclusivamente com a união necessária do trinômio aventado” (NUCCI, 2007, p. 560).

Gabriel Bertin de Almeida também apresenta essa corrente. Afirma Almeida (2003, p. 73-74) que se costuma

> identificar ordem pública com (i) credibilidade da Justiça, com (ii) a necessidade de acautelar-se o meio social e com (iii) a gravidade do crime cometido. [...] É importante notar que os três aspectos acima mencionados usualmente são acompanhados de um quarto, o clamor público. Assim, embora se costume afirmar que a gravidade do crime, por si só, não implique a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública, essa gravidade, quando colocasse em dúvida a “credibilidade da Justiça”, tornando necessário “acautelar-se o meio social”, em razão do “clamor público” existente, justificaria a prisão.

Desta forma, observa-se que todos esses aspectos, que na verdade não são elementos inteiramente individualizáveis, pois decorrem uns dos outros, constituiriam o abalo à ordem pública, a qual precisaria ser garantida com a restrição da liberdade do acusado.

3.2. POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Da mesma forma que não há uma unicidade de ideias na doutrina quanto às hipóteses autorizadoras da decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, não há, na jurisprudência catarinense, uma uniformidade na utilização destes argumentos.

Encontram-se, em meio aos julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, decisões acolhendo as mais variadas argumentações para a decretação do recolhimento preventivo com fundamento na garantia da ordem pública.

No julgamento do *habeas corpus* nº 1999.004607-9, de Relatoria do Desembargador Genésio Nolli, por exemplo, admitiu-se o decreto preventivo visando acautelar-se o meio social diante da prática de crime que causou grande revolta na comunidade em que ocorreu, bem como objetivando garantir a segurança do próprio acusado do delito. É o que se extrai do voto condutor:

> [...] **o crime cometido pelo paciente causou grande revolta na comunidade de Gravatá, do Município de Navegantes** e, considerando que o paciente solto poderia influenciar na colheita dos depoimentos de testemunhas e até mesmo evadir-se do distrito da culpa, frustando [*sic*] a aplicação da lei penal, [o magistrado] decretou a sua prisão preventiva com fundamento no artigo 312 do Código de Processo Penal. [...] Assim, **primando pela segurança do acusado, pela imperiosa necessidade de manutenção da paz e da ordem pública** e pela garantia de aplicação da lei penal, **andou muito bem o MM. Juiz *a quo* ao decretar a prisão preventiva do ora paciente**. Ante o exposto a ordem é denegada. (SANTA CATARINA, 2009a) – grifei.

Um pouco mais incidentes, no entanto, são as decisões que autorizam o encarceramento preventivo para a garantia da ordem pública, sob as hipóteses da "confiabilidade na Justiça" e da "periculosidade do agente, em face da reiteração de atos análogos". Neste sentido, destaca-se o julgamento do *habeas corpus* nº 2009.037057-1, impetrado em favor de acusado pela prática do crime de homicídio qualificado por motivo fútil e recurso que impossibilitou a defesa da vítima. Em seu voto, o Relator Desembargador Irineu João da Silva afirma:

> Sendo assim, não merece guarida a alegação de que os requisitos legais não se fazem presentes na custódia preventiva, porquanto restaram evidenciados, destacando-se a argumentação do julgador, no sentido de que "**se justifica a custódia cautelar para garantia da ordem pública, para prevenir a prática de infrações penais, afastar a sensação de impunidade, garantir a credibilidade da justiça** e para assegurar o êxito da instrução criminal, especialmente, a oitiva de testemunhas." (SANTA CATARINA, 2009e) – grifei.

Na mesma linha, é o voto da Desembargadora Salete Silva Sommariva, no recurso criminal nº 2009.040385-6, interposto contra decisão que determinou a revogação de prisão preventiva, a qual havia sido decretada para acusado da prática do ilícito de extorsão em continuidade delitiva:

> Constatados indícios de autoria e prova da materialidade do crime de extorsão em continuidade delitiva, **a prisão preventiva justifica-se** de modo a salvaguardar a instrução processual diante da comprovação de ameaças proferidas contra a vítima e testemunha e **em virtude da possibilidade de reiteração de delito, além de a mantença em liberdade impingir efeitos negativos à credibilidade da instituição pública responsável pela pacificação social, a saber, o Poder Judiciário, subvertendo a ordem pública**. [...] À vista do exposto, o voto é no sentido de dar provimento ao recurso, a fim de revogar a decisão que deferiu o pedido de liberdade provisória. (SANTA CATARINA, 2009g) – grifei.

Aliás, quanto à justificativa de que a ordem pública seria garantida com o recolhimento preventivo de indiciados ou acusados periculosos, observa-se que a jurisprudência catarinense, seguindo o mesmo raciocínio aventado na doutrina, admite a presunção de periculosidade, por meio da análise de atos pretéritos do suspeito ou réu. É o que se depreende do voto da Desembargadora Marli Mosimann Vargas, no julgamento do *habeas corpus* nº 2009.022927-4, impetrado em benefício de acusado de latrocínio:

> **A necessidade da preservação da ordem pública torna-se evidente no caso sob exame em virtude da reiterada prática de crimes**, pois, o crime foi gravíssimo, demonstrando o paciente alto grau de periculosidade, revelando frieza e audácia. **Ademais, os autos demonstram que o paciente e seu comparsa eram useiros e vezeiros na prática do crime de latrocínio contra taxistas**, já sendo conhecidos na região do litoral catarinense e Vale do Itajaí, sendo meliantes profissionais, e **já condenados nas comarcas de Indaial, Balneário Camboriú e Joinville**. (SANTA CATARINA, 2009b) – grifei.

No entanto, o argumento mais utilizado no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, para admitir-se a decretação da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, faz referência à gravidade do crime, com relação aos meios em que foi executado.

Assim, a configuração da gravidade do delito, quanto aos meios de execução utilizados, capaz de gerar situação de real intranquilidade coletiva no seio da comunidade, e, portanto, ensejadora do encarceramento preventivo, resta demonstrada no caso que foi objeto do *habeas corpus* nº 2009.030904-6, impetrado contra acusado de homicídio qualificado por motivo fútil. Do voto do Relator, extrai-se:

> O primeiro motivo (garantia da ordem pública) reside nas circunstâncias em que, supostamente, o crime ocorreu, quais sejam, durante o dia, em plena via pública, contra um adolescente que, no momento, estava acompanhado de uma criança de apenas onze anos de idade, e, a princípio, praticado por motivo fútil, demonstrando, sem dúvida, a periculosidade do indivíduo, sobretudo porque o delito, em tese, cometido aconteceu no bairro em que o paciente e a vítima moram, algo que repercute negativamente no meio da comunidade. (SANTA CATARINA, 2009d).

Encontra-se presente, ainda, no *habeas corpus* nº 2009.026366-1, impetrado em favor de acusados dos crimes de roubo circunstanciado pelo concurso de pessoas e incêndio provocado em casa habitada, a mesma fundamentação para o decreto preventivo, visando resguardar a ordem pública:

> No caso concreto, tem-se como imprescindível a **decretação da custódia provisória dos indiciados com fundamento da garantia da ordem pública, tendo em vista a gravidade do delito e a violência com que foi**

> **praticado**. Portanto, diante da gravidade dos delitos cometidos e da violência utilizada para a sua execução, a prisão se faz necessária para a garantia da ordem pública. (SANTA CATARINA, 2009c).

Destaca-se, por fim, parte do voto do Desembargador Newton Varella Júnior, no julgamento do *habeas corpus* nº 2009.044232-2, para o qual, apenas a gravidade do crime, decorrente da pena abstratamente considerada ao tipo penal, não é elemento apto à decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. *In verbis*:

> Ademais, a própria intranquilidade pública, devido à gravidade do crime – de grande comoção e repercussão nesta Comarca – aliada ao crescente aumento da criminalidade, trazem a necessidade de se garantir a ordem pública, cujo conceito não está adstrito apenas na prevenção da prática de fatos criminosos, mas também de acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, o que também justifica a manutenção da custódia cautelar do conduzido. **Apesar de não ser admissível a decretação da prisão preventiva com base na gravidade abstrata do delito**, por força da repercussão e clamor social decorrente da *noticia criminis* ou mesmo para a garantia da credibilidade da Justiça, **tem-se que, no caso, a magistrada pautou-se também em elementos concretos que demonstrem a presença de pressupostos autorizadores da segregação cautelar, qual seja a garantia da ordem pública, pois ao acusado é imputada a prática de crime hediondo, cuja necessidade de acautelar o meio social é evidente**, **diante da frieza do *modus operandi***, planejando a execução do crime de extorsão mediante sequestro de um "amigo" em comum, com o intuito de obter resgate no valor de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a ser pago pela família da vítima, segundo narra a peça acusatória. (SANTA CATARINA, 2009f) – grifei.

No caso vertente, pois, foi admitida a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, tão somente porque se verificou a presença de elementos concretos que demonstravam a existência dos pressupostos autorizadores da segregação cautelar, sobretudo pela gravidade do delito, quanto aos meios utilizados para executar o crime.

3.3. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em oposição ao caráter observado na jurisprudência catarinense, qual seja de extrema abrangência no conceito de ordem pública para a decretação da prisão preventiva, as decisões do Supremo Tribunal Federal, nos últimos anos, têm guardado certa convergência, salvo algumas exceções.

Destaca-se, inicialmente, que a prisão preventiva, tal como qualquer outra modalidade de prisão provisória, por se tratar da constrição cautelar do direito fundamental à presunção de inocência, só pode ser justificada desde que demonstrada a sua real necessidade.

Logo, as decisões do Supremo Tribunal Federal dão-se no intuito de não se admitir que seja avocada a garantia da ordem pública, para a decretação do recolhimento preventivo, sob a justificação de se acautelar o meio social, ante o "clamor popular".

Neste sentido, extrai-se trecho da ementa do *habeas corpus* nº 95.362/SP: "é ilegal o decreto de prisão preventiva que, a título de garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, se baseia na repercussão social e no clamor público causados pela gravidade do fato" (BRASIL, 2009m).

Neste mesmo caso, aliás, o Ministro Cezar Peluso, ao dar seu voto, explicou os motivos que o levaram a conceder a ordem ao *habeas corpus*:

> Verifico que a necessidade de aplacar o ânimo social foi adotado pelo decreto prisional como um de seus fundamentos. Ora, tal motivo não é bastante a ensejar a prisão preventiva. Isto seria uma finalidade da pena – prevenção geral –, que não pode, sem ofensa à Constituição, garantidora da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII), ser transportada para a prisão preventiva, eis que ambas possuem natureza diversa. **Assim tenho decidido, em consonância com o entendimento desta Corte que a repercussão do fato na comarca ou na região onde ocorreu o delito não legitima a prisão processual**. – grifei.

De semelhante modo, é inadmissível, no entendimento do STF, o argumento de que a prisão preventiva para a garantia da ordem pública pode ser decretada

para manter-se a “confiabilidade na Justiça”. Assim, reproduz-se trecho do voto do Ministro Cezar Peluso, Relator do *habeas corpus* nº 93.315/BA:

> A prisão cautelar motivada pelas graves consequências do delito – como forma de responder à população, que “anda assustada, pois desacredita na Justiça, vez que aqui está consagrada à impunidade” (fl. 36) – padece de defeito evidente e intransponível, porque é razão inábil para sustentar o decreto de prisão preventiva. (BRASIL, 2009j).

Do mesmo julgamento, é a ementa: “é ilegal o decreto de prisão preventiva baseado em suposta exigência do clamor público e da credibilidade da Justiça, para restabelecimento da ordem social abalada pela gravidade do fato”.

Ademais, rechaça-se ainda, a hipótese da “gravidade do crime” e da “periculosidade ‘presumida’ do agente (reiteração de atos análogos)”, para a determinação do recolhimento preventivo do suspeito ou réu. É o que se colhe da jurisprudência:

> Homicídio doloso. **Prisão preventiva. Decretação baseada apenas em supostos maus antecedentes do réu e na gravidade do delito. Inadmissibilidade**. Falta de fundamentação legal da custódia cautelar. Constrangimento ilegal caracterizado. HC concedido. Precedentes. A fundamentação da prisão preventiva com só base em maus antecedentes e na gravidade do delito caracteriza constrangimento ilegal. (BRASIL, 2009k) – grifei.

Em suma, bem sintetiza as ocasiões em que não são admissíveis a garantia da ordem pública como fundamento da preventiva, a ementa do *habeas corpus* nº 84.311/SP, também de Relatoria do Ministro Cezar Peluso:

> 1. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto carente de fundamentação idônea. Nulidade caracterizada. Menção a razões abstratas. Ofensa ao art. 93, IX, da CF. Constrangimento ilegal configurado. HC concedido. **É nula a decisão que decreta prisão preventiva com base em razões abstratas.** 2. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na gravidade concreta do delito. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Precedentes. **É ilegal o decreto de prisão preventiva que se funda na gravidade concreta do delito.** 3. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na exigência do clamor público. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Precedentes. **É ilegal o decreto de prisão preventiva baseado em exigência do clamor público.** 4. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na periculosidade presumida dos réus.

> Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Ofensa à presunção constitucional de inocência. Aplicação do art. 5º, inc. LVII, da CF. Precedente. **É ilegal o decreto de prisão preventiva que se funda na periculosidade presumida do réu**. (BRASIL, 2009i) – grifei.

No entanto, conforme já exposto no início deste tópico, desde que demonstrada a real necessidade do encarceramento cautelar do suspeito ou acusado, admite-se seja fundamentado o decreto preventivo na garantia da ordem pública.

Assim, no julgamento do *habeas corpus* nº 83.868/AM, impetrado em favor de acusado da prática dos crimes previstos nos artigos 288, 318, 317 e 299 c/c art. 304, todos do Código Penal, e no art. 1º, V, da Lei nº 9.613/98, admitiu-se a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, expondo-se:

> 2. A prisão teve como outro fundamento – além do art. 3º, da Lei nº 9.613/98 – a necessidade de garantia da ordem pública, não só diante da gravidade dos delitos praticados, mas também em razão da personalidade do paciente voltada para o crime. 3. A Magistrada, no momento da prolação da sentença, fundamentou suficientemente a necessidade de decretação da prisão do paciente, não só diante da gravidade dos crimes praticados e da repercussão destes, mas, igualmente, para evitar a repetição da ação criminosa. 4. Tais fundamentos encontram amparo no art. 312 do Código de Processo Penal, que autoriza a prisão cautelar para garantia da ordem pública. 5. **Há justa causa no decreto de prisão preventiva para garantia da ordem pública, quando o agente se revela propenso a prática delituosa, demonstrando menosprezo pelas normas penais. Nesse caso, a não decretação da prisão pode representar indesejável sensação de impunidade, que incentiva o cometimento de crimes e abala a credibilidade do Poder Judiciário**. (BRASIL, 2009h) – grifei.

De semelhante ideia, é o contido no julgamento do *habeas corpus* nº 95.324/ES, impetrado em benefício de acusado de tráfico de influência:

> 4. **O decreto de prisão preventiva e as decisões que indeferiram os requerimentos de revogação da prisão processual**, na realidade, **se basearam em fatos concretos** observados pelo juiz federal na instrução processual, **notadamente o risco da continuidade das práticas delitivas**, tais como relatadas na denúncia (e especialmente relacionadas ao "prestígio na sociedade local", o que teria servido para a perpetração do crime de tráfico de influência). 5. Houve fundamentação idônea à manutenção da prisão cautelar do paciente, não tendo o magistrado se limitado a afirmar que a prisão seria mantida apenas em razão da necessidade de se assegurar a ordem pública de modo genérico. 6. **Como já decidiu esta Corte, "a garantia da ordem pública, por sua vez, visa,**

> **entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos"** (HC 84.658/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 03/06/2005), **além de se caracterizar "pelo perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação"** (HC 90.398/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 18/05/2007). 7. **A consideração da existência de alguns inquéritos e ações penais (inclusive com sentença condenatória por peculato em um dos casos) não teve o objetivo de afirmar a presença de maus antecedentes criminais do paciente, mas sim de corroborar a necessidade de se garantir a ordem pública, devido à conveniência de se evitar a reiteração delitiva**. O mesmo fundamento foi considerado quando se levou em conta o suposto elevado valor obtido pelo paciente na conduta objeto da ação penal, **bem como o prestígio social na sociedade local (o que, aparentemente, permitiria a continuidade de possíveis práticas de tráfico de influência)**. (BRASIL, 2009l) – grifei.

Aludido julgado resume, assim, o entendimento predominante no STF, no sentido de que a segregação preventiva de suspeito ou réu só deve ser admitida quando demonstrada a sua real necessidade, ou seja, nas hipóteses em que haja provas concretas que evidenciem a periculosidade do acusado, o qual se for mantido em liberdade continuará praticando delitos.

3.4. O PROJETO DE LEI N^{O} 4.208/2001 E O ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Observa-se, pois, que, assim como ocorre na doutrina, a jurisprudência, quer seja Estadual, quer seja Federal, ainda não é pacífica quanto às hipóteses autorizadoras da prisão preventiva para a garantia da ordem pública.

Diante desta situação, procurando-se eliminar a insegurança jurídica trazida pela vagueza e ambiguidade da expressão “ordem pública”, foi submetido pelo Poder Executivo, à deliberação do Congresso Nacional, o Projeto de Lei n° 4.208/2001, o qual “altera dispositivos do Decreto-Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão, medidas cautelares e liberdade, e dá outras providências” (BRASIL, 2009f).

Assim, em sua redação original, o projeto de lei em análise alterava o teor do art. 312, *caput*, do Código de Processo Penal, o qual passaria a ser redigido nos seguintes termos:

> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada quando verificados a existência de crime e indícios suficientes de autoria e ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa. (BRASIL, 2009f).

Verifica-se, pois, que se procurava dar mais consistência à definição da natureza da prisão cautelar, abortando-se das possibilidades de fundamentação do encarceramento preventivo “a garantia da ordem pública” e “a garantia da ordem econômica”.

No entanto, antes mesmo de seguir para aprovação pelo Senado Federal, a redação inicial do art. 312, *caput*, do Código de Processo Penal, constante do Projeto de Lei nº 4.208/2001, foi alterada na Câmara dos Deputados, mantendo-se a redação atual do CPP, após críticas formuladas pelo deputado federal Luiz Antônio Fleury, expostas por Pierpaolo Bottini (2008, p. 478):

> “A parte final do art. 312, além de omitir o tráfico, não substitui convenientemente o que foi suprimido, bastando imaginar que o autor de um crime extremamente grave, desde que não demonstre intenção de reincidir, não mais poderá ser preso, sendo irrelevante a intranquilidade que sua conduta tenha gerado na comunidade.”

Trata-se, portanto, de atitude um tanto ou quanto criticável, pois a alteração que se buscava trazer ao art. 312, *caput*, do CPP, através da redação original do Projeto de Lei nº 4.208/2001, era altamente apropriada, sob a visão da proteção dos direitos e garantias individuais, por constituir, “a garantia da ordem pública”, expressão de conteúdo indeterminado, o que tem conduzido à decretação da prisão

preventiva por razões que não possuem qualquer vínculo com o caráter cautelar da medida (BOTTINI, 2008, p. 475-479).

Atualmente, após a aprovação do substitutivo no Senado Federal, ocorrido em 1 de abril de 2009, o Projeto de Lei da Câmara nº 111/2008 (Projeto de Lei nº 4.208/2001, na Câmara dos Deputados), deve ser novamente enviado à Casa de Origem para análise das alterações efetuadas, antes de ser aprovado, conforme consulta no *site* do Senado Federal[43].

Por outro lado, modificando em certos pontos os dispositivos que regem a prisão preventiva, no início deste ano foi redigido, por uma Comissão de Juristas previamente selecionados, o Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal.

Mantendo-se em seu art. 544 a mesma redação do *caput* do art. 312 do CPP, assim como o conserva o Projeto de Lei nº 4.208/2001, o Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal traz como inovação a inclusão de três parágrafos ao dispositivo, dos quais dois influenciam diretamente na questão da decretação do recolhimento preventivo para a garantia da ordem pública.

Nesta linha, o § 1º do art. 544 prescreve que "a prisão preventiva jamais será utilizada como forma de antecipação da pena", enquanto que o § 2º da mesma norma expõe que "a gravidade do fato não justifica, por si só, a decretação da prisão preventiva" (BRASIL, 2009g, p. 128).

Tais acréscimos, segundo a Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto, visam a

> [...] convergir para o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade (art. 5º, LVII, da CR), de modo a valorizar a noção básica de

[43] Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=86394>. Acesso em: 12 out. 2009.

> *acautelamento*, no sentido de que a prisão e outras formas de intervenção sobre a pessoa humana somente se justificam em face da sua concreta necessidade. Na falta desta, não existirá razão jurídica legítima para a restrição de direitos fundamentais, enquanto não sobrevier o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (BRASIL, 2009g, p. 23).

Ratifica-se, pois, a natureza excepcional da prisão provisória, gênero a que pertence a prisão preventiva, convergindo-se a regulamentação deste instituto às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de admitir-se a decretação das prisões cautelares somente quando houver concreta necessidade desta medida.

CONCLUSÕES

O início da caminhada desta pesquisa foi o questionamento sobre as hipóteses que autorizariam a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública.

Inicialmente, é de se destacar que a análise de questões referentes ao encarceramento provisório de suspeitos ou réus é matéria um tanto ou quanto debatida, sobretudo diante da moderna tendência das políticas criminais de adoção de penas alternativas à privação de liberdade.

Em contrapartida, a criação de mecanismos que tornem eficaz a aplicação da reprimenda penal e assegurem a tranquilidade e a paz pública é essencial diante da onda de violência verificada em nosso País, onde, em certas situações, o crime vem ditando as regras a serem seguidas, substituindo o papel do Estado.

Nessa perspectiva, a análise dos argumentos utilizados para se determinar a prisão preventiva de indiciados ou acusados para a garantia da ordem pública, torna-se questão importante.

Verificou-se, no entanto, durante a pesquisa que o tema ainda é muito controvertido, quer seja na doutrina, quer na jurisprudência pátria.

Estudiosos do direito afirmam que há cinco possibilidades principais de decretar-se o encarceramento preventivo para a garantia da ordem pública: visando à segurança do acusado, objetivando a confiabilidade na Justiça, diante do clamor popular ocasionado pela prática do delito, em face da gravidade do crime perpetrado e em decorrência da periculosidade do agente, verificada pela possibilidade de reiteração de atos análogos.

A jurisprudência catarinense, na mesma direção, diverge quanto às hipóteses, observando-se decisões de todos os tipos, com uma predominância, um tanto tímida, do argumento de que a prisão preventiva para a garantia da ordem pública só seria admitida em decorrência da gravidade da infração penal, verificada através dos meios de execução do crime.

Por outro lado, mais pacífico é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Salvo algumas exceções, o STF tem admitido, como justificativa para a decretação da preventiva fundada na garantia da ordem pública, apenas os casos em que, concretamente, se constata a periculosidade do suspeito ou acusado, o qual, se solto, poderia reiterar as infrações penais cometidas.

No entanto, ao final do exame, percebe-se que, em verdade, a “garantia da ordem púbica” é fundamento inapto para se decretar a prisão preventiva, uma vez que, em todas as justificativas aventadas pela doutrina e admitidas pelos tribunais, não se apura o seu caráter cautelar, necessário à determinação de qualquer modalidade de encarceramento provisório.

Trata-se, pois, de execução sumária (antecipada) da pena, completamente descabida diante do princípio da presunção de inocência, direito fundamental do cidadão, consoante aduz o art. 5º, LVII, CRFB/88.

Arremata-se, pois, afirmando que a medida mais adequada para a solução do problema seria efetivamente a exclusão da expressão “garantia da ordem pública”, bem como do vocábulo “garantia da ordem econômica”, vez que eivado dos mesmos vícios daquela, da redação do *caput* do art. 312 do CPP, como, aliás, previa inicialmente o Projeto de Lei nº 4.208/2001, autorizando-se a decretação da

prisão preventiva apenas para a conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

Ou, conforme dispõe o Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, mantendo-se a garantia da ordem pública e da ordem econômica como fundamentos aptos à decretação do encarceramento preventivo, ressalvar-se que esta medida cautelar jamais poderá ser utilizada como punição antecipada, ou seja, como meio de justiça sumária, sobretudo em face do princípio constitucional da presunção de inocência, também conhecido por princípio da desconsideração prévia de culpabilidade.

REFERÊNCIAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Vocabulário ortográfico da língua portuguesa**. 5. ed. São Paulo: Global, 2009.

ALMEIDA, Gabriel Bertin de. Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública? **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, v. 44, p. 71-85, jul. 2003.

ANDRADE, Lédio Rosa de. **Violência**: psicanálise, direito e cultura. Campinas: Millennium, 2007.

ANDREATO, Danilo. Garantia da ordem pública e a prisão preventiva. **O Estado do Paraná**. Curitiba, 18 maio 2008. Caderno Direito e Justiça. p. 9.

ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade Mecum acadêmico de direito**. 5. ed. atual. até 3 jul. 2007. São Paulo: Rideel, 2007. (Coleção de leis Rideel).

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas cautelares – Projeto de lei 111/2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As reformas no processo penal**: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. cap. 7. p. 448-501.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 30 set. 2009.

_____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 30 set. 2009.

_____. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispões sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 fev. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm>. Acesso em: 1 out. 2009.

_____. Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 mar. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: 1 out. 2009.

_____. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 maio 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp75.htm>. Acesso em: 1 out. 2009.

_____. Projeto de Lei nº 4.208, de 2001. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão, medidas cautelares e liberdade, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2001/msg214-010308.htm >. Acesso em: 12 out. 2009.

_____. Senado Federal. **Comissão de juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/novoCPP/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas corpus*** nº 83.868/AM, paciente: Marcus Fabrizzio Monteiro Domingues; impetrantes: Luís Felipe Belmonte dos Santos e outro; coator: Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Marco Aurélio. Diário da Justiça Eletrônico 071, 17 abr. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 12 out. 2009.

_____. _____. ***Habeas corpus*** nº 84.311/SP, pacientes: Clarindo de Lima e Fernando Benedito da Silva; impetrante: Milton Fernando Talzi; coator: Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Cezar Peluso. Diário da Justiça Eletrônico 032, 8 jun. 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 12 out. 2009.

_____. _____. ***Habeas corpus*** nº 93.315/BA, paciente: Dieggo Messias Seibert Souza; impetrante: Jailson Rocha Siqueira; coator: Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Cezar Peluso. Diário da Justiça Eletrônico 117, 27 jun. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 12 out. 2009.

_____. _____. ***Habeas corpus*** nº 95.100/SP, paciente: Gláucio Dias da Silva; impetrante: Leandro Balcone Pereira; coator: Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Cezar Peluso. Diário da Justiça Eletrônico 089, 15 maio 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 12 out. 2009.

_____. _____. ***Habeas corpus*** nº 95.324/ES, paciente: Mário Calixto Filho; impetrante: Bruno Rodrigues; coator: relator do *habeas corpus* nº 107815 do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Ellen Gracie. Diário da Justiça Eletrônico 216, 14 nov. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 12 out. 2009.

_____. _____. ***Habeas corpus*** nº 95.362/SP, paciente: Jandira Mafalda Rodrigues; impetrante: César Augusto Moreira; coator: Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Cezar Peluso. Diário da Justiça Eletrônico 084, 8 maio 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 12 out. 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 2. ed. rev. atual e aum. São Paulo: Saraiva, 2005. v. III.

FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. Prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de decisão de pronúncia – considerações. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, v. 41, p. 125-151, jan./mar. 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, [1985 ou 1986].

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. Tradução de Raquel Ramalhete. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

MACHADO, Antonio Alberto. **Prisão preventiva (crítica e dogmática)**. São Paulo: Acadêmica, 1993. (Coleção Temas de direito e processo penal).

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prisão provisória**: medida de exceção no direito criminal brasileiro. Curitiba: Juruá, 2004.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de processo penal**: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 11. ed. atual. até jul. 2003. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Processo penal**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. _____. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão**: um paradoxo social. 3. ed. rev. Florianópolis: UFSC, 2003.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. **Prisões fechadas, prisões abertas**. São Paulo: Cortez & Moraes, 1978. (Série Estudos Penitenciários).

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. **Revista de estudos criminais**. Porto Alegre, v. 10, p. 113-119, set. 2003.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. ***Habeas corpus*** nº 1999.004607-9, paciente: João de Souza; coator: Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Itajaí, Rel. Des. Genésio Nolli. Florianópolis, 20 abr. 1999. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 12 out. 2009.

_____. _____. ***Habeas corpus*** nº 2009.022927-4, paciente: José dos Passos Machado; impetrante: Cláudio José Duarte Filho; coator: Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Palhoça, Rel. Des. Marli Mosimann Vargas. Florianópolis, 2 jun. 2009. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 12 out. 2009.

_____. _____. ***Habeas corpus*** nº 2009.026366-1, paciente: Vilson Roberto Cardoso; impetrante: Márcio da Maia Vicente; coator: Juíza da Vara Criminal da Comarca de São Francisco do Sul, Rel. Des. Subst. Tulio Pinheiro. Florianópolis, 9 jun. 2009. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 12 out. 2009.

_____. _____. ***Habeas corpus*** nº 2009.030904-6, paciente: Jocemar Carlos Furtado; impetrante: Jenilson Merlin de Oliveira; coator: Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de São José, Rel. Des. Alexandre D'Ivanenko. Florianópolis, 28 ago. 2009. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 12 out. 2009.

_____. _____. ***Habeas corpus*** nº 2009.037057-1, paciente: Vladimir Monteiro; impetrante: Douglas Antônio Fantin, Rel. Des. Irineu João da Silva. Florianópolis, 11 ago. 2009. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 12 out. 2009.

_____. _____. ***Habeas corpus*** nº 2009.044232-2, paciente: Estevan de Aguiar Mariotto; impetrante: Hélio Ideriha Júnior, Rel. Des. Newton Varella Júnior. Florianópolis, 1 set. 2009. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 12 out. 2009.

_____. _____. **Recurso criminal** nº 2009.040385-6, recorrente: Ministério Público, Rel. Des. Salete Silva Sommariva. Florianópolis, 1 set. 2009. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 12 out. 2009.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. III.

SOUZA, Samuel Machado de. **Os fundamentos de decretação da prisão preventiva no processo penal brasileiro**. 2008, 59 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Prisão preventiva. **Revista magister de direito penal e processo penal**. Porto Alegre, v. 29, p. 5-18, abr./maio 2009.

_____. **Processo Penal**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. v. I.

_____. _____. 22. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000. v. III.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE PONTA GROSSA. **Manual de normalização bibliográfica para trabalhos científicos**. Ponta Grossa: UEPG, 2005.

VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência**: prisão preventiva e ordem pública. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.