



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PRISÃO PREVENTIVA: A EXCEÇÃO QUE VIROU REGRA NO CRIME DE ROUBO

Áurea Lúcia de Andrade Serafim Felipe

Rio de Janeiro  
2018

ÁUREA LÚCIA DE ANDRADE SERAFIM FELIPE

PRISÃO PREVENTIVA: A EXCEÇÃO QUE VIROU REGRA NO CRIME DE ROUBO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2018

## PRISÃO PREVENTIVA: A EXCEÇÃO QUE VIROU REGRA NO CRIME DE ROUBO

Áurea Lúcia de Andrade Serafim Felipe

Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

**Resumo** – numa sociedade capitalista e excludente, mede-se uma pessoa pela quantidade de riquezas que possui. Atrelado a esse pensamento multiplicam-se o cometimento de crimes motivados pela ganância. Neste cenário, os crimes patrimoniais têm ocupado lugar de destaque nas manchetes policiais, espalhando o pânico social e superlotando as penitenciárias. O roubo assusta pela violência com a qual é praticado. Tentando desestimular o cometimento de tal infração penal os órgãos judiciários, via de regra, convertem ou decretam a prisão preventiva fundamentando-a na ordem pública, utilizando-a como medida de segurança pública. Estudar a prisão preventiva e o porquê da sua aplicação obrigatória no crime de roubo é a temática deste artigo científico.

**Palavra-chave** – Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Direito Penal.

**Sumário** – Introdução. 1. A decretação da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro como garantidora da ordem pública 2. A prisão preventiva no crime de roubo: uma discussão pautada a luz do subprincípio da necessidade 3. A inconstitucionalidade da aplicação obrigatória da prisão preventiva ao crime de roubo. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o uso da prisão preventiva como regra no crime de roubo. Discute-se a luz dos princípios constitucionais o uso desenfreado desta modalidade de prisão, uma vez que a liberdade é a regra de tratamento para todos os acusados de cometerem uma infração penal, tenha ela a gravidade e a repercussão que tiver. Procura-se demonstrar que a sua aplicação fundamentada na garantia da ordem pública, tem-na banalizado, dando-lhe uma função que não é a sua.

Para tanto, abordam-se a Constituição da República, as leis processuais penais vigentes, posições jurisprudenciais e doutrinárias sobre o tema, visando discutir o instituto da prisão preventiva no crime de roubo frente ao princípio constitucional da inocência, da dignidade da pessoa humana e dos demais princípios que gravitam em torno desta prisão.

A Constituição da República estabelece nos incisos LIV e LVII do artigo 5º, onde estão contidos os direitos e garantias fundamentais, que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, e que, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A dignidade da pessoa humana além de ser o princípio mãe, dele nasce os demais, é também, fundamento da República Federativa do Brasil, ou seja, se for ignorado, a estrutura vem abaixo.

O cerne deste artigo é a reflexão do porquê a prisão preventiva vem sendo aplicada como regra ao crime de roubo.

Além de muito interessante, o tema é bastante polêmico e desperta à atenção dos operadores do direito, em especial dos defensores que vislumbram uma patente inconstitucionalidade na aplicação generalizada da prisão preventiva no crime de roubo.

Busca-se apresentar o tema de uma forma clara e compreensível, com a utilização correta da língua portuguesa.

Inicia-se o primeiro capítulo deste trabalho apresentando a prisão preventiva em seus diversos aspectos, conceito, requisitos legais, e sua ancoragem no ordenamento jurídico brasileiro. Questiona-se também a definição de ordem pública e a sua aplicação desenfreada na fundamentação da prisão cautelar.

No segundo capítulo faz-se uma reflexão da aplicação da prisão preventiva no crime de roubo a luz do subprincípio da necessidade.

No terceiro e último capítulo, observa-se que a prisão preventiva vem sendo decretada obrigatoriamente ao crime de roubo com o intuito de coibir o aumento da violência, como medida de segurança pública, desvirtuando a sua finalidade, e por isso, inconstitucional.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, pois, investiga-se um problema, selecionando-se o que é relevante ou irrelevante, por meio de argumentos. Interações sociais forneceram dados que foram analisados subjetivamente pela pesquisadora, sendo esta uma pesquisa de fenômenos.

Deu-se uma abordagem qualitativa, haja vista, ter sido estabelecida uma relação entre a pesquisadora e o seu estudo, sustentando assim a sua tese.

## 1. A DECRETAÇÃO DA PREVENTIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COMO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

A prisão é uma punição, um castigo legalmente previsto pelo Estado-legislador que recai sobre pessoas físicas que violam a norma penal incriminadora. O doutrinador Fernando Capez<sup>1</sup> diz que a prisão é a privação de liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito.

Por meio da prisão o infrator é retirado do seu meio de convívio e colocado à disposição do Estado para cumprimento da pena que lhe foi imposta por meio de uma sentença penal condenatória definitiva.

A prisão preventiva é uma forma de restrição da liberdade de ir e vir da pessoa natural antes da formação de um juízo condenatório definitivo por meio de uma decisão penal condenatória imutável.

Assim como a prisão em flagrante e a prisão temporária, a prisão preventiva é uma espécie de prisão cautelar, decretada antes que haja uma sentença penal condenatória definitiva, e tem por objetivo assegurar a investigação ou o processo criminal. Vem regulamentada no artigo 311 e seguintes do Código de Processo Penal<sup>2</sup>, que diz que em qualquer fase da investigação policial ou processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente ou por representação da autoridade policial.

É uma medida excepcional, decretada por um órgão do Poder Judiciário, desde que fique clara a existência de pelo menos um dos requisitos legalmente previstos que a autorizam. Alguns desses requisitos por não terem o seu significado descrito expressamente na norma penal, deixam margem para que os aplicadores da lei deles se utilizem, contemporizando os seus significados, amoldando-os as necessidades sociais de segurança do momento.

O penalista Manoel Pedro Pimentel<sup>3</sup> em seu livro, *O crime e a pena na atualidade*, afirma que a pena de prisão teve origem nos mosteiros da Idade Média, era utilizada como punição imposta aos monges faltosos, estes ficavam recolhidos em suas celas dedicando-se à

---

<sup>1</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 296.

<sup>2</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 29 ago. 2018.

<sup>3</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 132.

meditação para que se arrependessem da falta cometida, em silêncio, buscando a reconciliação com Deus.

No ordenamento jurídico brasileiro, a regra é a liberdade. O acusado só poderá perdê-la ao final de um processo penal dialético, onde sua culpa seja definitivamente provada, possibilitando assim, que lhe seja aplicada uma pena privativa de liberdade, que é uma das três espécies de penas previstas no artigo 32 do Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940.

Embora a privação da liberdade só devesse ocorrer ao final de um processo penal, em recente orientação, o Supremo Tribunal Federal<sup>4</sup>, no HC nº 126.292 confirmou que a prisão pena já pode ser aplicada após o acórdão condenatório recorrível proferido por Tribunal de 2ª instância.

Alberto Silva Franco<sup>5</sup> diz que:

enquanto a dogmática penal mais criativa não oferecer nenhum substituto válido para a pena privativa de liberdade, e enquanto a prisão, embora já considerada um ‘mal necessário’, não sofrer total esvaziamento, o regime penitenciário, com toda a sua problemática, não poderá ser descartado.

Pode ser decretada pelo órgão do Poder Judiciário em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, nesta, podendo ser de ofício. Tendo como legitimados para a requerer o Ministério Público, o querelante ou o assistente e caso a autoridade policial a deseje deverá manifestar-se por meio de representação.

O Código de Processo Penal, no artigo 313, aponta as hipóteses em que são admissíveis a decretação da prisão preventiva: em crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos; quando houver reincidência em crime doloso; quando o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; e quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou não fornecimento de elementos suficientes para seu esclarecimento.

As hipóteses acima elencadas são objetivas, ou seja, certas, definidas. A problemática se encontra em alguns dos pressupostos que tem servido de amparo para a decretação da prisão preventiva.

Para que a prisão preventiva seja decretada é necessário que haja a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. É o que se chama de *fumus comissi delicti*. O

---

<sup>4</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 126.292. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

<sup>5</sup> FRANCO, Alberto Silva. *Temas de direito penal: breves anotações sobre a Lei nº 7.209/84*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 121/122.

Supremo Tribunal Federal<sup>6</sup> assegurou que quanto à materialidade delitiva é necessário que haja prova, certeza que o fato existiu, porém, quanto a autoria, basta a indicação, começo da prova, ou prova incompleta, não havendo a necessidade de prova substancial.

Visando resguardar a investigação criminal, o processo penal e futura aplicação da penalidade decretada judicialmente, o artigo 312 do Código de Processo Penal previu os fundamentos para a decretação da prisão preventiva: a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal, a segurança para a aplicação da lei penal, e o descumprimento de qualquer das obrigações anteriormente impostas por força de outras medidas cautelares, é o chamado *periculum libertatis*.

De todos os fundamentos acima expostos, este artigo se debruçará apenas sobre a garantia da ordem pública, pois esta tem sido utilizada corriqueiramente para fundamentar os mandados de prisão preventiva no crime de roubo.

Não há na lei processual penal a definição de garantia da ordem pública, sendo este um conceito indeterminado, e por isso, carregado de subjetivismo jurídico. Paulo Rangel<sup>7</sup> a define como sendo:

por ordem pública, devem-se entender a paz e a tranquilidade social, que devem existir no seio da comunidade, com todas as pessoas vivendo em perfeita harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do *modus vivendi* em sociedade. Assim, se o indiciado ou o acusado em liberdade continuar a praticar ilícitos penais, haverá perturbação da ordem pública, e a medida extrema é necessária se estiverem presentes os demais requisitos legais.

A prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro serve para tutelar, proteger a persecução criminal e não para ajudar o Estado-administração em sua função de prover a segurança pública. Se aquela tivesse sido a vontade do legislador ele a deixaria expressa. Não podendo, portanto, o aplicador da norma ampliar o seu alcance.

Por outro lado, para o Superior Tribunal de Justiça<sup>8</sup> a prisão preventiva pode ser decretada com o objetivo de resguardar a sociedade da reiteração de crimes em virtude da periculosidade do agente. Inquéritos policiais e processos em curso, podem servir para a verificação da reiteração delitiva, dando suporte para que a prisão preventiva seja decretada.

---

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 135824*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000281542&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

<sup>7</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 810.

<sup>8</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 055.365/CE*. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/459831057/agravo-em-recurso-especial-aresp-721244-rj-2015-0131644-5>> Acesso em: 13 ago. 2018.

## 2. A PRISÃO PREVENTIVA NO CRIME DE ROUBO: UMA DISCUSSÃO PAUTADA A LUZ DO SUBPRINCÍPIO DA NECESSIDADE

O roubo é um crime complexo, pois nele há a junção de dois tipos penais, o furto e a violência à pessoa, ou o furto e a grave ameaça. Encontra-se descrito no artigo 157, do Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940:

subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência.<sup>9</sup>

Rogério Greco<sup>10</sup> diz que o roubo é especial em relação ao furto porque há o emprego da violência à pessoa ou da grave ameaça, com a finalidade de subtrair a coisa alheia móvel para si ou outrem. Descreve que no tipo penal do roubo encontram-se descritos dois tipos de violência. A violência própria, contida na primeira parte do artigo, que é, a violência física, a *vis corporalis*, que o agente pratica com a finalidade de ter êxito na subtração criminosa. A segunda é a violência imprópria, que se dá quando o agente, não usa de violência física, mas sim de qualquer outro meio que reduza a possibilidade de resistência da vítima, conforme se verifica pela leitura da parte final do caput do artigo acima mencionado.

Dados do Instituto de Segurança e Pesquisa – ISP<sup>11</sup> apontam que nos onze primeiros meses de 2017, foram cometidos 212.065 roubos, o que dá uma média de 27 roubos por hora. O cometimento do crime de roubo tem se multiplicado nos últimos anos e superou o crescimento populacional.

O roubo é um crime grave, embora tenha a finalidade de atingir o patrimônio alheio, tem ceifado vidas e tirado a paz de toda a sociedade, mobilizando os órgãos estatais de segurança pública no seu combate.

Porém combater o roubo e os demais crimes que dele se originam é função precípua do Poder Executivo, por meio de investimento em Segurança Pública num todo. Ao Poder Judiciário cabe a função de aplicar a lei, anteriormente elaborada pelo Poder Legislativo. Assim, de forma harmônica e independente tem-se o respeito à separação dos Poderes da República.

---

<sup>9</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 29 ago. 2018.

<sup>10</sup> GREGO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017, p. 569.

<sup>11</sup> O GLOBO. *Total de roubos no estado do Rio atinge maior número desde 1991*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/total-de-roubos-no-estado-do-rio-atinge-maior-numero-desde-1991-22199601>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

Ao se deparar com um crime de roubo, tentado ou consumado, deve o aplicador do direito verificar no caso concreto a necessidade da decretação da prisão preventiva, não podendo fundamentá-la simplesmente na gravidade abstrata que esse delito possui, como tem sido a prática cotidiana forense.

A prisão preventiva nos crimes de roubo, vem sendo aplicada desmedidamente pela gravidade abstrata que o mesmo representa.

Não é possível a decretação da prisão preventiva em virtude da gravidade em abstrato do delito de roubo, uma vez que esta é uma circunstância inerente a esta infração penal. A grave ameaça, a violência a pessoa, a redução de sua possibilidade de resistência são elementares do tipo penal de roubo. Elementares são dados essenciais do tipo penal, sem eles o crime deixa de existir ou se transforma em outro.

O uso de arma de fogo, o concurso de duas ou mais pessoas, o transporte de valores pela vítima conhecido pelo agente, o envio do veículo subtraído para outro Estado ou para o exterior e a manutenção da vítima em poder do agente com a restrição de sua liberdade, são circunstâncias que aumentam a pena do agente que as praticam de um terço até a metade. Por isso, não podem por si sós serem usadas para fundamentar um decreto de prisão preventiva ou a sua manutenção, estar-se-ia antecipando o cumprimento de uma pena sem o respeito ao devido processo legal.

Há um sentimento de injustiça que toma conta da sociedade brasileira, fazendo surgir um crescente índice de criminalidade na população carente, como resposta à exclusão social. Assim, a crise social acaba gerando a crise penal. O Estado passa a utilizar indiscriminadamente da medida cautelar da prisão como forma de repressão à criminalidade, ao invés de implementar políticas públicas capazes de minimizar a exclusão dessa parcela da sociedade.

Infelizmente no Brasil, as prisões provisórias estão excessivamente banalizadas, por terem sido inseridas na cultura da emergência, que proporciona apenas um efeito sedante da opinião pública pela ilusória sensação de eficácia do poder punitivo do Estado.

Esse fenômeno jurídico recebeu o nome de processo penal de emergência, rompe com as formalidades processuais e desconsidera os princípios e direitos constitucionais. Pune-se antecipadamente o acusado, com objetivo de dar uma resposta ao clamor público por segurança e mostrar que os órgãos estaduais possuem o controle de uma situação social descontrolada. Roubou? Prenda-o preventivamente, mesmo que os pressupostos para esta prisão estejam ausentes. Dá-se uma aparente segurança pública dissolvendo-se a segurança jurídica.

Segundo o Princípio da Inocência, esculpido na Constituição da República, ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória definitiva. O jurista Arturo J. Zavaleta<sup>12</sup> faz o seguinte questionamento: “Como se explica então que a justiça, por meio da prisão preventiva, aprisione um inocente antes de declará-lo culpado em uma sentença definitiva? Não parece ilegítimo semelhante proceder? E se não é, a que título se faz?”

A prisão cautelar é o meio mais drástico escolhido pelo legislador para resguardar os fins do processo. Delmanto Júnior<sup>13</sup> diz que a prisão é a mais violenta medida processual penal que pode ser imposta contra uma pessoa sujeita a persecução criminal. Ferrajoli<sup>14</sup> vai além, e afirma que essa utilização indiscriminada e desproporcional da medida, acaba por confirmar “a incoerência com a proclamada presunção de inocência mascarada pelo patético sofisma do caráter não penal do instituto.”

A Professora Maria Ignez Kato<sup>15</sup> salienta que o processo penal de emergência almeja “assegurar, dentro do contexto do caos e da desordem, o controle do réu, por um instrumento técnico significativo, que é a prisão provisória”. A sociedade não é capaz de tolerar a condenação e a execução da pena do acusado, após um julgamento transitado em julgado. Por não saber diferenciar o instituto da prisão cautelar e o da prisão pena, a sociedade acredita que a prisão cautelar é um instrumento de punição utilizado pelo Estado. Assim, o Estado, buscando atender o clamor social, aplica a medida cautelar de prisão, como um analgésico, mostrando uma aparente retribuição célere ao mal causado pelo indivíduo culpado. Contudo, quando cessa a custódia cautelar, decai uma profunda decepção, acreditando a sociedade que o Estado deixou de punir o culpado, quando, em verdade, a sanção sequer fora aplicada.

O Poder Judiciário extrapola o que lhe compete e usurpa competências afetas ao Poder Executivo, esmaga a presunção de inocência e o devido processo legal, utiliza a prisão preventiva como meio de pacificação social, dando uma forcinha que enfraquece os princípios fundamentais constitucionalmente protegidos. O Princípio da legalidade estrita não comporta mitigação e deve ser observado por todos os poderes da República.

---

<sup>12</sup> MELO, Marciano Almeida. *A moralidade do direito*. Disponível em: <<http://www.google.com.br/amp/s/www.boletim.com.br/doutrina/artigo/amp/2643/a-moralidade-direito>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

<sup>13</sup> DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001, p. 80-81.

<sup>14</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 511.

<sup>15</sup> KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. *A (Des)Razão da Prisão Provisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 83.

Não se pode atropelar direitos e garantias constitucionalmente assegurados, mesmo que a intenção seja legítima, os fins não justificam os meios, “a cultura subjacente na sociedade os veja em determinados momentos como mecanismos de proteção de criminosos”<sup>16</sup>. Os Poderes constituídos devem prover a segurança social sem implodir o muro constitucional que lhe protege o indivíduo.

A necessidade da aplicação da prisão preventiva deve ser analisada caso a caso, não pode ser aplicada a todo roubador cegamente.

Para o desembargador Paulo Rangel<sup>17</sup>, a prisão preventiva deve ser decretada com o objetivo de que o processo tenha seu curso regular assegurado, caso contrário estar-se-ia transformando a custódia cautelar preventiva de medida processual em medida de polícia. Ao falar sobre a prisão preventiva decretada com o intuito de assegurar o cumprimento de medidas administrativas de proteção à ofendida, diz que:

o Estado não tem como dar garantia à ofendida e, por isso, manda prender o acusado. Criou as regras protetivas da ofendida sabendo que a realidade brasileira não permitirá assegurá-las e resolveu prender o acusado para que ela “ficasse tranquila”. O Estado deve adotar outras medidas de garantias que não a custódia cautelar, pois como é cediço por todos, o princípio da intervenção mínima do Estado na esfera das liberdades públicas deve prevalecer no Estado Democrático de Direito. O máximo de garantias e o mínimo de intervenção pública.

### 3. A INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA DA PRISÃO PREVENTIVA AO CRIME DE ROUBO

É comum a decretação corriqueira da prisão preventiva ao agente envolvido na prática de crime de roubo, pelos magistrados cariocas. Decisão essa que, em sua maioria é ratificada pelas respectivas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça.

Num desses processos, os desembargadores da Sexta Câmara Criminal indeferiram o pleito libertário postulado por meio de um *habeas corpus*<sup>18</sup>. Neste remédio, chamado de heroico, por Vossas Excelências, o impetrante aduz que o reconhecimento fotográfico em sede policial é indício precário de autoria, não sendo suficiente para fundamentar um decreto de prisão. Deixou claro que os requisitos para a manutenção de uma prisão preventiva não estavam presentes, principalmente por ser o paciente primário, estudante e possuir residência fixa. Não haviam motivos para que uma pessoa na situação descrita acima respondesse o

<sup>16</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 47.

<sup>17</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.826.

<sup>18</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *HC nº 0028565-42.2018.19.0000*. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004707A56CD902537C0BFD206230AB9B78BC5083751494C&USER=a52d444c3de8ac57421383b51cb802b1>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

processo penal presa preventivamente, existem medidas menos drásticas que devem ser tomadas. A prisão é a última razão em qualquer crime.

processo: 0028565-42.2018.8.19.0000 – Habeas corpus. Julgamento: 05/07/2018 – Sexta Câmara Criminal – Ação penal - artigo 157, § 2º, I E II, n/f do artigo 29, todos do CP (...) consignando, ainda, estarem ausentes os requisitos da custódia cautelar, mormente por se tratar de paciente primário, estudante e com residência fixa, (...) trata-se de delito grave, praticado mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, com concurso de pessoas, visando à subtração de um automóvel, (...) Julgado improcedente o pedido.

Como visto acima, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, negou a liberdade a um réu primário, estudante, e possuidor de residência fixa, claramente pela gravidade do crime por este cometido. A grave ameaça é um dado essencial do crime de roubo. Fazer uso de arma de fogo e terem concorrido mais de duas pessoas para a prática da infração criminal, são causas de aumento da pena que serão examinadas na sua dosimetria, ao final de um processo em que se culpa seja definitivamente provada.

*O habeas corpus* só é um remédio heroico quando consegue cumprir a missão para qual foi criado, combater o abuso de poder e a ilegalidade cerceadoras da locomoção.

A gravidade abstrata do crime, tema pacificado pelo Supremo Tribunal Federal por meio da súmula de nº 718<sup>19</sup>, não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo que o legalmente estabelecido a pena aplicada. Se a gravidade da infração penal não pode servir para agravar a pena, após o desenrolar de um processo penal, também deve ser banido do fundamento que respalda uma prisão preventiva, prestigiando-se os Princípios constitucionais que são afetos a este instituto processual.

[...] 4. A invocação abstrata da causa de aumento de pena não pode ser considerada, por si só, como fundamento apto e suficiente para agravar o regime prisional, por não se qualificar como circunstância judicial do art. 59. 5. A jurisprudência do STF consolidou o entendimento segundo o qual a hediondez ou a gravidade abstrata do delito não obriga, por si só, o regime prisional mais gravoso, pois o juízo, em atenção aos princípios constitucionais da individualização da pena e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, deve motivar o regime imposto observando a singularidade do caso concreto. 6. Aplicação das súmulas 440, 718 e 719 (*HC 123432*, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgamento em 30.9.2014, DJe de 15.10.2014).

A decretação da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, na possível reiteração da conduta de um infrator que é primário, possui bons antecedentes e

---

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Aplicação das Súmulas no STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2545>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

residência fixa, é bárbaro por violar frontalmente os Princípios sacramentados pela Constituição da República.

O Princípio da Presunção da Inocência teve na Declaração dos Direitos dos Humanos<sup>20</sup>, artigo 11, o seu ápice:

toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa.

Na Constituição da República, o Princípio da Presunção da Inocência encontra a sua base legal no artigo 5º, inciso, LVII, e diz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Prisões cautelares que visam dar uma resposta aos anseios da sociedade por segurança, que almejam demonstrar que os órgãos do Estado possuem capacidade de responder ao grito socorro, em meio ao sentimento de abandono experimentado pelos cidadãos, são publicitárias, apresentam para a população uma mensagem enganosa e ilegal.

Coloca-se o acusado num lugar que não é o seu, o de culpado, pois sem o término de um processo legal não se pode haver uma condenação prévia e uma antecipação de pena.

Alexandre de Moraes<sup>21</sup>, Ministros do Supremo Tribunal Federal, assevera que:

a constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia. Ressalte-se que a proteção social é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral.

Se a prisão não for imprescindível para respaldar a investigação criminal e o eventual processo penal, deve ser descartada. Não se pode retirar do indivíduo presumidamente inocente o direito de responder a acusação que lhe é feita em liberdade, existem outros meios legalmente previstos, menos drásticos e que asseguram que não haverá reiteração de condutas, o monitoramento eletrônico é um deles.

Outro Princípio que coloca o acusado como alvo dos direitos e garantias emergentes da Constituição Federal é o da Dignidade da Pessoa Humana, encontrando-se positivado em seu artigo 1º, inciso III.

<sup>20</sup> DIREITOPONTO.COM. *Declaração Universal dos Direitos Humanos comentada*. Disponível em: <<https://www.direitocom.com/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/artigo-11o>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

<sup>21</sup> SARTURI. Claudia Adrielle. *Direitos Fundamentais, constitucionalismo e Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <[http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51098#\\_ftn9](http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51098#_ftn9)>. Acesso em: 13 ago. 2018.

Plácido e Silva<sup>22</sup> conceitua dignidade da seguinte forma:

dignidade é a palavra derivada do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico.

O Princípio da Dignidade faz com que o ser humano, acusado ou não, seja o centro, o imã que atrai todo o sistema jurídico protetivo, e as normas e garantias gravitam ao seu redor para protegê-lo dos abusos e ilegalidades estatais, haja vista ser este, na relação processual penal, o mais forte. Em recentes julgados os Tribunais Superiores<sup>23</sup> tem se mostrado contra a decretação da prisão preventiva baseada na gravidade abstrata do crime de roubo cometido:

*habeas corpus*. 2. Roubo (art. 157, caput, do CP). Conversão da prisão em flagrante em preventiva. 3. Ausência dos requisitos autorizadores da custódia cautelar. Constrangimento ilegal configurado. 4. Excepcionalidade da prisão. Possibilidade de aplicação de outras medidas cautelares (...). 6. Ordem concedida, confirmando a liminar para revogar o decreto prisional expedido em desfavor do paciente, (...) sem prejuízo da análise da aplicação de medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP.

Certo é que a prisão preventiva é importante, pois impõe um limite as pessoas que vivem em sociedade, porém não pode ser utilizada arbitrariamente, ao arpejo da lei, excluindo os direitos e garantias dos acusados da prática delituosa.

## CONCLUSÃO

Este trabalho científico constatou que a prisão preventiva decretada com fundamento na periculosidade social do agente, na possibilidade de sua reiteração criminosa, ou seja, para garantir a ordem pública, quando os infratores não possuem maus antecedentes, sejam primários e possuem residência fixa, viola os princípios e direitos assegurados na Constituição da República, e por isso, é inconstitucional.

A prisão preventiva não pode ser utilizada como medida de segurança pública, visando coibir o cometimento de crimes. A segurança pública é matéria afeta ao Poder Executivo, não cabendo ao Poder Judiciário desvirtuar a função de um instituto processual e imiscuindo-se

<sup>22</sup> SILVA, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. v. 2. São Paulo: Forense, 1967, p. 526.

<sup>23</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 127392*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudência/visualizarEmenta.asp?s1=000281542&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

em atribuições que constitucionalmente não lhe competem, sob pena de desrespeito a separação dos poderes.

Foi feita uma abordagem atual da jurisprudência, doutrina, e a luz da Carta Maior e constatou-se que existem outros meios menos drásticos que a prisão preventiva, que deveria ser a última opção, para se resguardar a investigação ou o processo criminal quando da prática de um crime de roubo.

O entendimento a que essa pesquisadora chegou é de que embora haja um forte clamor público por mais segurança, a justiça esperada por toda sociedade não pode ser dada de forma injusta, os fins não justificam os meios, há uma Lei Máxima chamada de Constituição Federal que precisa ser respeitada, principalmente por aqueles cuja aplicação é o seu dever profissional. Conclui-se que a prisão preventiva aplicada à gravidade abstrata do crime de roubo viola os Princípios da Inocência e da Dignidade da Pessoa Humana, sendo inconstitucional. Num Estado Democrático não há mais espaços para usurpação de atribuições e competências, pois estas encontram-se delimitadas na Carta Maior. O infrator penal, frente ao Estado é a parte mais vulnerável, por isso, os seus direitos fundamentais não podem ser ignorados, mesmo que para justificar anseios tão nobres, como a pacificação social. A prisão preventiva é a última razão e outras medidas cautelares mais brandas devem ser utilizadas na proteção da persecução criminal.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 29 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 29 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 135824*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000281542&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 055.365/CE*. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/459831057/agravo-em-recurso-especial-aresp-721244-rj-2015-0131644-5>> Acesso em: 13/08/2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *HC nº 0028565-42.2018.19.0000*. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcache-web/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004707A56CD902537C0BFD206230AB9B78BC5083751494C&USER=a52d444c3de8ac57421383b51cb802b1>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Aplicação das Súmulas no STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2545>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 127392*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000281542&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001, p. 80-81.

DIREITOPONTOCOM. *Declaração Universal dos Direitos Humanos comentada*. Disponível em: <<https://www.direitocom.com/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/artigo-11o>>. Acesso em, 13 ago. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 511.

FRANCO, Alberto Silva. *Temas de direito penal: breves anotações sobre a Lei nº 7.209/84*. São Paulo: Saraiva, 1986. P. 121/122.

GREGO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017, P. 569.

KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. *A (Des)Razão da Prisão Provisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 83.

MELO, Marciano Almeida. *A moralidade do direito*. Disponível em: <<http://www.google.com.br/amp/s/www.boletim.com.br/doutrina/artigo/amp/2643/a-moralidade-direito>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

O GLOBO. *Total de roubos no estado do Rio atinge maior número desde 1991*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/total-de-roubos-no-estado-do-rio-atinge-maior-numero-desde-1991-22199601>>. Acesso em, 13 ago. 2018.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 132.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 47.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.826.

\_\_\_\_\_, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 810.

SARTURI. Claudia Adriele. *Direitos Fundamentais, constitucionalismo e Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <[http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51098#\\_ftn9](http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51098#_ftn9)>. Acesso em: 13 ago. 2018.

SILVA, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. v. 2. São Paulo: Forense, 1967.