



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DA PRISÃO PREVENTIVA ACERCA DO  
*PERICULUM LIBERTATIS* E O CONSEQUENTE DISTANCIAMENTO DO SEU  
CARÁTER INSTRUMENTAL

Melissa Rebelo

Rio de Janeiro  
2017

MELISSA REBELO

A FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DA PRISÃO PREVENTIVA ACERCA DO  
*PERICULUM LIBERTATIS* E O CONSEQUENTE DISTANCIAMENTO DO SEU  
CARÁTER INSTRUMENTAL

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

Professora orientadora:  
Ana Lúcia da Costa Barros.

Rio de Janeiro  
2017

A FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DA PRISÃO PREVENTIVA ACERCA DO  
*PERICULUM LIBERTATIS* E O CONSEQUENTE DISTANCIAMENTO DO SEU  
CARÁTER INSTRUMENTAL

Melissa Rebelo

Graduada pelo Centro Universitário de Volta Redonda  
(Unifoa). Advogada.

**Resumo** – os pressupostos das prisões preventivas são calcados em expressões indeterminadas e vagas, capazes de afastar o instituto de sua finalidade precípua, qual seja, assegurar a eficácia do processo penal. A essência do trabalho é abordar como as decisões são fundamentadas pelo Judiciário e verificar quais consequências jurídicas e práticas da falta de fundamentação idônea das prisões preventivas.

**Palavras chave** – Direito Processual Penal. Prisão Preventiva. Fundamentação.

**Sumário** – Introdução. 1. A necessidade de observância da excepcionalidade da prisão preventiva em prol do Princípio da Presunção de Inocência. 2. A análise crítica dos decretos de prisão preventiva no contexto atual e as eventuais fundamentações genéricas que permeiam o Judiciário. 3. Os reflexos da falta de fundamentação idônea das decisões de decretação da prisão preventiva na atual crise do sistema carcerário brasileiro. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A pesquisa científica apresentada versa a respeito das fundamentações utilizadas nas decisões que impõem as prisões cautelares, discutindo-se a idoneidade desses decretos em razão da opção do legislador em utilizar termos vagos e indeterminados como se denota nos termos: “garantia da ordem pública”, “ordem econômica” e “conveniência da instrução criminal”, que concede ampla margem de discricionariedade ao magistrado no caso concreto.

Para esse fim, analisa-se a função das prisões cautelares no Processo Penal brasileiro, abordando tanto a doutrina como a jurisprudência, bem como a evolução da visão sobre este tema desde a implantação do Código de Processo Penal em 1941 até as modificações interpretativas à luz da Constituição, numa visão contemporânea sobre os direitos e garantias individuais.

Diante do atual cenário de crise no sistema penitenciário brasileiro, salienta-se a urgente modificação da postura acerca da problemática social, que envolve o número excessivo de prisões efetuadas, destacando ainda a incapacidade do Estado de fornecer o mínimo existencial para atender os encarcerados, sem contar a quantidade de mortes e a massacrante violação dos direitos que estas pessoas tem sofrido.

Assim, no primeiro capítulo aborda-se a função precípua das medidas cautelares prisionais como exceção no direito penal, em prol do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade na visão de alguns autores. E é nesta perspectiva que se traça o caráter instrumental de tais decretos, visto que serão legítimas somente nos casos em que visem assegurar a eficácia do processo. Além disto, este capítulo traz ainda em sua marca distintiva um maior esclarecimento sobre o que são os conceitos abertos, vagos e indeterminados escolhidos pelo legislador para caracterizar o *Periculum Libertatis*.

Já no segundo capítulo, parte-se para a exploração dos aspectos negativos no que tange a irradiação de termos abertos no processo penal capaz de permitir ao julgador analisar diante suas convicções e inserir significados conflitantes com a própria ordem constitucional, destaca-se que dessa atividade surgem fundamentações inidôneas para decisões que privam a liberdade, causando um constrangimento desnecessário e somente expandido a população carcerária do país.

Por fim, no terceiro capítulo debruça-se sobre a reflexão de melhores técnicas para conter a expansão da população carcerária sem deixar o poder judiciário de cumprir com a sua missão, pautando-se na mudança de perspectiva acerca da realidade, primando pela segurança jurídica e preferindo a integração do ordenamento jurídico, irradiado por valores constitucionais.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

## 1. A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA EM PROL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A prisão preventiva é amplamente discorrida pela doutrina e possui previsão no artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal<sup>1</sup> e nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal<sup>2</sup>. Além disso, conserva natureza cautelar mais ampla, servindo de forma excepcional como ferramenta eficiente durante a persecução penal, com a finalidade de assegurar a atividade jurisdicional do Estado.

Assim afirma Aury<sup>3</sup> que “as medidas cautelares de natureza processual penal buscam a garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar. São medidas destinadas à tutela do processo.”

Tal instituto possui requisitos e fundamentos previstos no ordenamento jurídico, para sua decretação é necessária a demonstração de prova da existência do crime - configuração do fato típico, ilícito e culpável, necessário ainda a aferição do dolo-. Portanto, a materialidade deve ser demonstrada veementemente, e, além disso, é necessário indícios suficientes de autoria ou de participação da infração. Os dois pressupostos citados materializam o *fumus commissi delicti*.

Além disso, imperiosa se faz a demonstração do perigo da liberdade do agente, consubstanciado no *periculum libertatis*, uma vez que, ressalta-se o caráter excepcional da prisão preventiva.

O artigo 312 do Código de Processo Penal<sup>4</sup> enumera as situações que constituem o *periculum libertatis*, tais como a decretação da prisão preventiva como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

---

<sup>1</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>2</sup>BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm)>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>3</sup>LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 581.

<sup>4</sup>BRASIL. op. cit. nota 2.

A doutrina<sup>5</sup> estabelece que as situações para a decretação da prisão são alternativas e não cumulativas, visto que basta a demonstração de apenas uma circunstância para justificar a imposição cautelar.

Tendo em vista se tratar de conceitos abertos, vagos e indeterminados, para a doutrina e para a jurisprudência restou o trabalho de delinear seus conceitos e atrelá-los a realidade dos casos concretos, o que infelizmente, ainda ocorrem oscilações em meio aos reais significados.

Quanto a garantia da ordem pública, segundo afirma o professor Nestor Távora<sup>6</sup>:

em nosso entendimento, a decretação da preventiva com base nesse fundamento, objetiva evitar que o agente continue delinquindo no transcorrer da persecução criminal. A ordem pública é expressão de tranqüilidade e paz no seio social. Em havendo risco demonstrado de que o infrator, se solto permanecer, continuará delinquindo, é sinal de que a prisão cautelar se faz necessária, pois não se pode esperar o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Destaca-se que em virtude do princípio constitucional da motivação das decisões, insculpido no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal<sup>7</sup>, o magistrado neste caso é obrigado a contextualizar a prisão e seu fundamento, devendo assim, comprovar o risco de eventual fuga em bases concretas, motivando sua decisão, sob pena de incorrer em uma verdadeira antecipação da punição, violando o princípio da presunção de inocência.

No que tange ao pressuposto da conveniência da instrução criminal, afirma Aury<sup>8</sup>:

é empregada quando houver risco efetivo para a instrução, ou seja, “conveniência” é um termo aberto e relacionado com ampla discricionariedade, incompatível com o instituto prisão preventiva, pautada pela excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade, sendo, portanto, um último instrumento a ser utilizado. Feita a ressalva, a prisão preventiva para a tutela da prova é uma medida tipicamente cautelar, instrumental em relação ao (instrumento) processo. Aqui o estado de liberdade do imputado coloca em risco a coleta da prova ou o normal desenvolvimento do processo, seja porque está ameaçando, constringendo ou subornando testemunhas, vítimas ou peritos.

Dessarte, o requisito ora citado serve como meio de atendimento ao devido processo legal, voltado pelo seu aspecto de garantir a livre produção de provas. Dessa forma, a doutrina tem entendido ser incapaz a alegação deste requisito com a intenção de forçar o acusado a participar de algum ato probatório.

---

<sup>5</sup>LOPES JUNIOR, op. cit., p. 639.

<sup>6</sup>TÁVORA, Nestor. *Curso de direito processual penal*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 932.

<sup>7</sup>BRASIL. op. cit. nota 1.

<sup>8</sup>LOPES JUNIOR, op. cit., p. 636.

A garantia de aplicação da lei penal permite ao magistrado com a imposição da prisão preventiva, evitar a fuga do agente e fazer com que a sentença penal não se torne inócua, com a eficaz aplicação e cumprimento da pena cominada. Ressalta-se que deve haver suporte concreto para embasar tal fundamentação, não se admitindo o risco de fuga presumido ou meras ilações desvinculadas da realidade fática e probatória.

Finalmente, na tentativa de coibir a prática de novas infrações que afetam a ordem econômica, visto que tais práticas, caso reiteradas, geram prejuízos financeiros vultuosos, foi acrescentada uma nova hipótese pela Lei 8.884/94<sup>9</sup>, que passou a prever a garantia da ordem econômica, como pressuposto para a prisão preventiva.

Diante da análise acerca dos pressupostos, conclui Aury<sup>10</sup>:

é imprescindível um juízo sério, desapaixonado e, acima de tudo, calcado na prova existente nos autos. A decisão que decreta a prisão preventiva deve conter um primor de fundamentação, não bastando a invocação genérica dos fundamentos legais. Deve o juiz demonstrar, com base na prova produzida aos autos, a probabilidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*.

No mesmo sentido, Távora<sup>11</sup> afirma que:

decisões vazias, com a simples reprodução do texto da lei, ou que impliquem em meras conjecturas, sem destacar a real necessidade da medida pelo perigo da liberdade, não atendem à exigência constitucional, levando ao reconhecimento da ilegalidade da prisão.

Além da configuração do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, a prisão preventiva só tem cabimento, nos termos do artigo 313 do CPP<sup>12</sup>, em caso de prática de crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos, sendo incabível, portanto, quando há configuração de crime culposos e contravenção penal.

A doutrina<sup>13</sup> elucida que a prisão preventiva pretende abarcar somente os crimes dolosos mais graves, o que justifica a escolha legislativa pelos delitos punidos com pena superior a 4 anos, independente destes serem apenados com detenção ou reclusão. Excepcionalmente, há previsão de cabimento da preventiva em crimes menos expressivos, assim, é admitido no caso do reincidente, quando praticar novo delito doloso, seja este apenado com pena igual ou inferior a 4 anos.

---

<sup>9</sup>BRASIL. Lei n 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm)>. Acesso em: 24 out. 2017.

<sup>10</sup>LOPES JUNIOR, op. cit., p. 637.

<sup>11</sup>TÁVORA, op. cit., p. 940.

<sup>12</sup>BRASIL. op. cit. nota 2.

<sup>13</sup>TÁVORA, op. cit., p. 936.

O referido artigo aborda, ainda, a hipótese de o crime envolver violência doméstica e familiar contra mulher, criança adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. Assim, a prisão preventiva seria um meio de dar efetividade as medidas protetivas previstas na Lei 11.340/06<sup>14</sup>.

O parágrafo único do referido artigo, traz ainda uma inovação, uma hipótese de cabimento da prisão preventiva quando houver dúvida em relação à identidade civil do agente. A doutrina<sup>15</sup> comunga o entendimento que esta hipótese é de incidência excepcional, em casos que a pessoa se negue a se identificar por documentos como: carteira de identidade, de trabalho, profissional, passaporte... Além de haver também, recusa de se submeter a identificação criminal, e assim, configurando risco à garantia da aplicação da lei penal.

De outro modo, cabe destacar que a legislação, na hipótese acima, não fez qualquer referência ao tipo de delito praticado, se doloso ou culposos, nem mesmo delimitou o quantitativo de pena. Parte da doutrina<sup>16</sup> defende não ser razoável uma interpretação extrema, devendo esta hipótese estar amparada também nos demais incisos do artigo citado.

## 2. A ANÁLISE CRÍTICA DOS DECRETOS DE PRISÃO PREVENTIVA NO CONTEXTO ATUAL E AS EVENTUAIS FUNDAMENTAÇÕES GENÉRICAS QUE PERMEIAM O JUDICIÁRIO

Sucintamente, conforme apontado a princípio, o *periculum libertatis* se fundamenta em quatro situações, funcionando a prisão preventiva como a garantia da ordem pública, da ordem econômica, da instrução criminal e da aplicação da lei penal.

À vista disso, parcela da doutrina defende<sup>17</sup>, que os decretos de prisões calcados na garantia da ordem pública e da ordem econômica, são de duvidosa constitucionalidade, tendo em vista que as prisões cautelares no sistema brasileiro possuem como finalidade imediata assegurar a eficácia do procedimento, tratando-se apenas de instrumento, e tais fundamentos não se prestam a resguardar o caráter instrumental das prisões cautelares na medida em que podem se confundir com antecipação da pena.

---

<sup>14</sup>BRASIL. Lei n 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm)>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>15</sup>TÁVORA, op. cit., p. 936.

<sup>16</sup>Ibid.

<sup>17</sup>LOPES JUNIOR, op. cit., p. 644.

O Procurador de Justiça Rômulo<sup>18</sup>, sobre o caráter instrumental das prisões cautelares assim afirma:

é justamente a partir dessa construção de Calamandrei que a doutrina contemporânea conceitua as medidas cautelares como sendo dotadas de uma instrumentalidade qualificada; vale dizer, se o processo nada mais é do que o instrumento para o normal fundamento da justiça, de modo que, por meio dele, alcancemos um provimento jurisdicional de mérito, a medida cautelar se traduz por um verdadeiro instrumento do instrumento, já que somente se presta a garantir a sua efetividade. Se a medida cautelar é utilizada para outro fim que não a garantia da efetividade do processo de conhecimento, então ela será inconstitucional por afrontar o *due process of law*.

A doutrina<sup>19</sup> analisa os fundamentos da garantia da ordem pública e da ordem econômica separadamente dos demais, em virtude da dissociação dos mesmos com a finalidade precípua das prisões cautelares, uma vez que com preenchimento dos requisitos não se pretende efetivamente manuseá-los como instrumentos à serviço do processo, dado que se prefazem como conceitos genéricos despidos de qualquer referencial semântico.

Enquanto que as outras hipóteses tuteladas, quais sejam, conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal, por vezes na prática forense, vem desassociada de prova suficiente, calcando-se em presunções, ilações fantasmagóricas ou transtornos persecutórios, o que é censurado no ordenamento jurídico vigente.

Nos casos da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, motivações genéricas para preenchimento do requisito, visto que o legislador deixou uma enorme brecha ao empregar conceitos tão vagos, assim sendo, a jurisprudência tem empregado inúmeras interpretações, ora como comoção social, clamor público, perversão do crime... Tantas outras expressões são manipuladas como sinônimos de ordem pública.

Desta feita, destaca-se que dentre os peculiares sinônimos, a jurisprudência não tem acatado, por si só, o embasamento calcado na gravidade abstrata do crime.

No mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>20</sup> não vem admitindo que o clamor público sirva como fundamento para a prisão preventiva, a opinião

---

<sup>18</sup>MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Ausência de fundamentação idônea do decreto prisional enseja concessão de Habeas Corpus, segundo procurador de Justiça Rômulo de Andrade Moreira*. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/ausencia-de-fundamentacao-idonea-do-decreto-prisional-enseja-concessao-de-habeas-corpus-segundo-procurador-de-justica-romulo-de-andrade-moreira/>>. Acesso em 01 abr. 2017.

<sup>19</sup>LOPES JUNIOR, op. cit., p. 648.

<sup>20</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n. 43442*. Relator: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25047014/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-43442-mg-2013-0405534-5-stj/inteiro-teor-25047015?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

pública explorada midiaticamente não tem o condão de impor uma prisão, sendo mera especulação a opinião pública, tratando de fundamento flagrantemente inconstitucional.

A garantia da ordem pública atrelada à imagem do Poder Judiciário, bem como necessidade de satisfação dos anseios populares em nome da credibilidade do judiciário, ou até em razão da prevenção especial, assim entendida como a necessidade de evitar a reiteração criminosa do agente, deve ser combatida eficazmente.

Quanto às situações destacadas, salienta-se que a jurisprudência não é firme no tocante as situações que podem caracterizar a garantia da ordem pública, que abala a segurança jurídica e invade a esfera de liberdade do indivíduo.

Destarte, a forma como tem-se usado na prática as medidas processuais acabam por transformá-las em medidas de segurança pública. Ademais, demonstra contornos de verdadeira antecipação da punição, distanciando as prisões preventivas por completo do verdadeiro sentido e natureza de prisões provisórias.

Assim, a Ministra Laurita Vaz<sup>21</sup>, em seu voto no RHC 43.442/MG fez constar:

com efeito, a prisão cautelar é utilizada, e somente aí se legitima, como instrumento de garantia da eficácia da persecução penal, diante de situações de risco real devidamente previstas em lei. Se a sua aplicação pudesse trazer conseqüências mais graves que o provimento final buscado na ação penal, ela perderia a sua justificação, passando a desempenhar função exclusivamente punitiva. A proporcionalidade da prisão cautelar é, portanto, a medida de sua legitimação, a sua *ratio essendi*.

Nesse sentido, Aury<sup>22</sup> afirma: “em outros casos, a prisão para a garantia da ordem pública atende uma dupla natureza: pena antecipada e medida de segurança, já que se pretende isolar um sujeito supostamente perigoso.”

Acerca da inconstitucionalidade da medida o mesmo citado autor<sup>23</sup> ainda estabelece:

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

---

<sup>21</sup> OLIVEIRA apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 43442. Relator: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25047014/recurso-ordinario-em-habeas-corporis-rhc-43442-mg-2013-0405534-5-stj/inteiro-teor-25047015?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

<sup>22</sup> LOPES JUNIOR, op. cit., p. 648.

<sup>23</sup> Ibid., p. 648.

Na mesma perspectiva, igualmente criticável, tem-se o emprego de situações que dariam ensejo a fundamentação do requisito da garantia da ordem econômica, comumente empregada de forma genérica como mecanismo para coibir a reiteração de condutas. Consequentemente, a prisão neste caso não alcançaria seu fim precípua, garantir o regular desenvolvimento do processo, visto que, conforme parcela da doutrina, seria possível, por outros ramos do direito, a preservação da ordem econômica, excetuando-se a atribuição da esfera penal.

Analisando os demais fundamentos, quais sejam: tutela da instrução criminal e da aplicação da lei penal, Aury<sup>24</sup> aduz sobre o tema: “esses são verdadeiramente cautelares, na medida em que se destinam ao processo, a assegurar o regular e eficaz funcionamento do processo penal. A questão é saber se são realmente necessárias ou não.”.

A tutela da instrução criminal pode estar assentada em expressões comumente utilizadas como tutela da prova, bem como o temor de que o agente ameace vítimas e testemunhas.

Ressalta-se que algumas considerações devem ser feitas no que tange a tutela da prova, primeiramente, receio de que o acusado possa manipular ou obstruir provas deve estar lastreado em bases concretas, afastando-se de meras presunções abstratas. Ademais, pautado nesta premissa, ao cabo da instrução probatória, todos os elementos de provas já estarão contidos no processo, não havendo mais motivos para a segregação cautelar, que neste momento passa a ser ilegal caso o decreto prisional esteja apoiado na necessidade de garantia da instrução criminal.

Aury<sup>25</sup> em sua posição crítica destaca: “quanto mais se analisa a questão, maior é o convencimento de que, na realidade, não existe necessidade, mas mera conveniência para o Estado, e, com isso, não pactuamos.”.

Em razão da excepcionalidade das prisões cautelares, sendo o Direito Penal como *ultima ratio*, é de se perceber que no que se refere a conveniência da instrução criminal com o fito de assegurar a colheita de provas, a legislação pátria dispõe de outros mecanismos para garantir a regular colheita de prova, que podem ser manuseados mais eficazmente que a prisão preventiva.

---

<sup>24</sup>Ibid., p. 653.

<sup>25</sup>Ibid., p. 655.

Além disso, a segregação cautelar, por si só, não é capaz de frustrar a manipulação das provas pelo agente, que pode se valer de terceiros tanto para atemorizar testemunhas e vítima, como para adulterar ou suprimir elementos probatórios, e, portanto, vê-se a ineficácia de tal medida.

No que concerne à prisão preventiva como garantia da aplicação da lei penal, na praxe forense, tem-se utilizado como respaldo o receio de evasão do réu. Todavia, o receio deve estar apoiado em um juízo sério de fato determinado, afastando-se de meras presunções.

Tratando-se de medida extrema, deve-se observar primeiramente, com o intuito de preservar eventual aplicação de punição ao fim do processo, que o próprio Código de Processo Penal<sup>26</sup> enumera um rol meramente exemplificativo de medidas cautelares diversas da prisão que podem atingir o mesmo propósito da prisão cautelar, sem necessidade de estigmatização do preso e a expansão da população carcerária do país.

O juiz no caso concreto, munido de seu poder de cautela poderá diante da complexidade do caso concreto dotar de efetividade tais medidas e até outras não previstas, que conseqüentemente, será tão eficaz quanto a segregação cautelar, dado que as providencias impostas podem, além de limitar parcialmente a liberdade do agente, também se inserir em seu patrimônio, embaraçando qualquer possibilidade de fuga.

Assim, várias são as alternativas que se dispõem na prática para evitar as prisões preventivas, sendo assegurada, legitimamente, seu uso, somente quando não houver outra medida disposta na legislação capaz de assegurar por completo a eficácia do procedimento. Eventuais abusos não devem ser tolerados no cotidiano forense em razão de sérias consequências tanto para a sociedade quanto para o acusado. Além disso, com o tempo houve uma deformação da aplicação das medidas, transmutando sua finalidade e sendo usada de forma abusiva e como mecanismo de antecipação da pena.

---

<sup>26</sup>BRASIL. op. cit. nota 2.

### 3. OS REFLEXOS DA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DAS DECISÕES DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NA ATUAL CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Durante o julgamento da medida cautelar requerida no bojo da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o Supremo Tribunal Federal<sup>27</sup>, discutiu o chamado Estado de Coisas Inconstitucional, bem como a interferência, excepcional, do Supremo na criação e implementação de políticas públicas, visando afastar a massiva violação dos direitos fundamentais das pessoas que se encontram nos sistema carcerário de todo o país, com a finalidade de se solucionar o problema da situação carcerária no país.

A atual situação na qual são submetidas inúmeras pessoas, que fazem parte do sistema carcerário, tem revelado um quadro de violação generalizada e sistema de direitos fundamentais, causados pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura.

A responsabilidade da situação, ressalta-se, deve ser atribuída aos três poderes conjuntamente – Judiciário, Legislativo e Executivo – tanto na esfera da União quando dos Estados e do Distrito Federal, tendo em vista que a falta de medidas tanto legislativas, orçamentárias e administrativas, revelam uma verdade falha estrutural que culminou em grave ofensa aos direitos dos presos.

Assim sendo, a situação excepcional, requer a atuação conjunta de uma pluralidade de autoridades, bem como mudanças estruturais, a necessária alocação de recursos públicos, reformulação de políticas públicas já existentes e a inserção de novas políticas, dentre outras medidas cabíveis.

Portanto, cabe ao Supremo Tribunal Federal o papel de retirar os demais poderes da inércia e coordenar ações visando revolver os problemas e monitorar os resultados alcançados.

Dentre as medidas requeridas na ação, pontua-se as que se relacionam com a prisão preventiva. Dessa forma, deveria o Supremo Tribunal Federal obrigar os juízes e tribunais do país, no momento da decretação ou manutenção das prisões provisórias, fundamentar as

---

<sup>27</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mc Adpf 347*. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 29 ago. 2017.

decisões dizendo expressamente o motivo de aplicação de tal medida e não uma medida cautelar diversa da prisão elencada no art. 319 do Código de Processo Penal<sup>28</sup>.

A citada providência coíbe a prática comum de decisões com fundamentação genérica, que aplicam medidas mais gravosas que o necessário, desvirtuando, conforme já exaustivamente debatido, a finalidade das medidas cautelares como instrumento para assegurar a efetividade do processo para sua aplicação como prisão pena.

Outra providência a ser adotada que merece destaque é a implementação, no prazo máximo de 90 dias, das audiências de custódia como forma de realizar um juízo prévio sobre eventual legalidade da prisão em flagrante, necessidade da conversão em prisão preventiva e a análise sobre o adequado cumprimento dos direitos fundamentais da pessoa presa.

A regulamentação das audiências de custódia, inova nos mecanismos processuais para assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais, bem como, em razão da enorme quantidade de processos criminais e a demora do andamento dos procedimentos em tempo razoável, assegura tanto ao juiz quanto ao acusado, o melhor contato com o fatos e a melhor prestação jurisdicional, respeitando o postulado da presunção de inocência.

Nesse sentido, afirma Aury<sup>29</sup>:

essencialmente, a audiência de custódia humaniza o ato da prisão, permite um melhor controle da legalidade do flagrante e, principalmente, cria condições melhores para o juiz avaliar a situação e a necessidade ou não da prisão cautelar (inclusive a temporária ou preventiva).

Outra medida que merece destaque é a que estabelece, quando possível por óbvio, a aplicação de penas alternativas da prisão. Percebe-se que há necessidade de encorajar a aplicação das medidas, que são a regra, enquanto que a excepcionalidade é a prisão preventiva. Entretanto, na prática as medidas diversas, óbvio quando da análise dos requisitos do artigo 312<sup>30</sup> do Código de Processo Penal com a devida fundamentação seja possível a sua aplicação, é muito resistida em razão de temores infundados e abstratos.

---

<sup>28</sup>BRASIL. op. cit. nota 2.

<sup>29</sup> LOPES JUNIOR, op. cit., p. 620.

<sup>30</sup>BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 27 ago. 2017.

Ressalta-se que com o julgamento da medida cautelar, o Supremo deferiu duas medidas, e dentre todas citadas acima, apenas uma foi deferida liminarmente, qual seja, a implantação das audiências de custódia.

A situação é tão lastimável que chegou à Corte Interamericana de Direito Humanos, onde o Estado Brasileiro foi obrigado a dar explicações sobre as recorrentes violações de Direitos Fundamentos no sistema prisional brasileiro, ademais, a Corte recomendou medidas que deverão ser implementadas. Se debate muito sobre os dados estatísticos do crescimento avassalador da população carcerária, a quantidade de mortes, exposição à doenças, etc...

Conforme sucintamente exposto, os reflexos da falta de fundamentação idônea nos decretos de prisões preventivas, acabam por desaguar em uma desnecessária superlotação do sistema penitenciário, gerando um problema estrutural, imputado não apenas ao Judiciário, mas também ao Executivo e ao Legislativo.

Percebe-se, diante da utilização dos conceitos de garantia da ordem pública e garantia da ordem econômica, um sistema aberto ou de janelas abertas, em virtude da linguagem aplicada que propõe maior espaço interpretativo pelo destinatário da norma, isto, intencionalmente, permitindo surgir novos entendimentos segundo o tráfego jurídico, diretivas econômicas, sociais e políticas, gerando, conseqüentemente, insegurança jurídica, já que não há padronização nos significados, deixando a cargo de cada intérprete individualmente conceder um conceito no caso concreto.

Os conceitos indeterminados e vagos da garantia da ordem pública e da ordem econômica, escolhidos pelo legislador dão ampla e discricionariedade aos aplicadores da lei que podem transmutar seus significados e alargar as hipóteses previstas como excepcionais, ensejando um leque de subjetivismo, impregnado com a percepção do julgador.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de diversas interpretações na jurisprudência e doutrina quanto aos pressupostos e requisitos das prisões preventivas, principalmente no que tange as expressões garantia da ordem pública e garantia da ordem econômica, bem como a fundamentação das decisões de tais prisões, geralmente, são desprovidas de lastro probatório mínimo para embasar a motivação.

Dessa forma, conseguiu se chegar a conclusão que o instituto quando não utilizado com a devida fundamentação idônea, afastada de elementos concretos, desvirtua seu caráter instrumental, intrínseco a prisão preventiva, para configurar-se prisão pena.

Além disso, foi possível uma melhor compreensão sobre as consequências do uso das prisões preventivas, quando não respeitada a sua natureza de instrumento do processo, não só em relação ao sujeito passivo do processo penal, mas também em relação a sociedade como um todo, principalmente em decorrência do abalado da segurança jurídica, quando utilizadas expressões de cunho vago, indeterminado, genéricas, que podem ser interpretadas subjetivamente pelo aplicador da Lei.

Logo, esclareceu-se que os pressupostos da garantia da ordem pública e da ordem econômica, são de fato vagos e podem servir de manobra consecução de fins diversos daqueles pelos quais foram estabelecidos.

Em razão disto, convive-se cotidianamente com decisões inidôneas, algumas cde afrontam a Constituição, migrando de uma concepção excepcional da imposição de prisões preventivas para sua utilização usual no processo penal, em razão da necessidade exacerbada de resposta do Poder Judiciário para a criminalidade no país.

Nesse sentido, foi possível explorar neste trabalho, o papel que o Poder Judiciário vem tomando em questões de segurança pública, como meio de prevenir crimes, bem como demonstrar uma efetiva atividade jurisdicional.

Contudo, outras medidas que também são passíveis de instituição e que poderiam, causar menos danos ao sujeito passivo do processo, são menosprezadas, invertendo-se sua aplicação e dando espaço à imposição de prisões e o infeliz abarrotamento do sistema carcerário brasileiro.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 27 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 02 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei n 8.884, de 11 de junho de 1994*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm)>. Acesso em: 24 out. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei n 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 27 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n. 43442*. Relator: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25047014/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-43442-mg-2013-0405534-5-stj/inteiro-teor-25047015?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5240/SP*. Relator: Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo795.htm>>. Acesso em 02 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. ° 118.580*. Relator: Celso de Melo. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MC\\_n\\_o\\_HC\\_118580.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MC_n_o_HC_118580.pdf)>. Acesso em 02 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Mc Adpf 347*. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 29 ago. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em 26 set. 2017.

INDIO, Cristina. *Brasil é ouvido em audiência em corte da OEA sobre sistema prisional*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-05/brasil-e-ouvido-em-audiencia-em-corte-da-oea-sobre-sistema>>. Acesso em 26 set. 2017.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENTOR, Diogo. *(Re) pensando a garantia da ordem pública como fundamento idôneo para a decretação de prisões cautelares*. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/5067-\(Re\)pensando-a-garantia-da-ordem-pública-como-fundamento-idôneo-para-a-decretação-de-prisões-cautelares](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5067-(Re)pensando-a-garantia-da-ordem-pública-como-fundamento-idôneo-para-a-decretação-de-prisões-cautelares)>. Acesso em: 01 abr. 2017.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Ausência de fundamentação idônea do decreto prisional enseja concessão de Habeas Corpus, segundo procurador de Justiça Rômulo de Andrade Moreira*. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/ausencia-de-fundamentacao-idonea-do-decreto-prisional-enseja-concessao-de-habeas-corpus-segundo-procurador-de-justica-romulo-de-andrade-moreira/>>. Acesso em 01 abr. 2017.

NICOLITT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

TÁVORA, Nestor. *Curso de direito processual penal*. 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

SOUZA, Laura Guedes. *Análise jurídica do sistema penitenciário brasileiro à luz dos tratados internacionais em direitos humanos*. 2015. 21 f. Artigo científico (Pós graduação em Direito Penal) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2015.