

PRISÃO PREVENTIVA: o verdadeiro espírito da ordem pública

André de França Oliveira¹

Fecha de publicación: 01/07/2014

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Considerações iniciais; 3. Princípio da presunção de inocência; 4. Das prisões processuais; 4.1 a prisão em flagrante; 4.2 Da prisão temporária; 4.3 Da prisão preventiva; 4.3.1 Considerações iniciais; 4.3.2 pressupostos; 4.3.2.1. Garantia da ordem pública; 4.3.2.2 Garantia da aplicação da lei penal; 4.3.2.3 Conveniência da instrução criminal; 4.3.3 Hipóteses de admissibilidade; 5. Considerações finais.

RESUMO:

O presente trabalho busca extrair um sentido mais correto da expressão ordem pública inserido no teor do artigo 312 do Código de Processo Penal Brasileiro, no que diz respeito à prisão preventiva. Sendo tal expressão sinônima de paz ou tranquilidade no meio social, procura-se, portanto, demonstrar através de uma análise feita a partir dos ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais qual parâmetro deve ser utilizado para fundamentar o decreto desta prisão processual baseada na ordem pública, sempre tendo como norte o princípio constitucional da presunção de inocência, já que todo indivíduo só poderá ter sua liberdade enclausurada se existir uma decisão judicial definitiva, com status de cumprimento de pena em resposta a uma infração penal.

Palavras-chave: Prisão Cautelar. Ordem Pública. Princípio da presunção de inocência.

¹ Advogado criminal.

1 INTRODUÇÃO

A partir do momento em que o homem sai do convívio unitário e passa a viver em conjunto, surge a necessidade da instituição de regras para que a coletividade se desenvolva de maneira organizada e harmônica. O direito, então, como ciência, se preocupa em regular a vida em sociedade através de normas editadas por um ente ou pessoa competente para aquela determinada coletividade seja, inspirada sempre na regra do dever ser.

Foi a partir de então que surgiu a edição de normas que censuravam algumas condutas tidas como graves e que deveria ser proibidas, que lessem bens jurídicos de um grupo social, aplicando respectivamente sanções, punições e castigos.

O início do Direito penal, se assim pode-se dizer, era instituída pela vingança privada, no qual o próprio ofendido aplicaria a justiça que lhe fosse entendida. Acontece que muitas tribos começaram a se dizimar pelos atos de retaliação sem nenhum fundamento proporcional. Foi a partir de então que surgiu a lei de talião conhecida pelo ditado olho por olho, dente por dente, que, querendo ou não trouxe um significativo avanço no seara da justiça, pois trouxe uma aproximação de proporcionalidade, entretanto, muito se distanciava da essência do Direito penal contemporâneo. Posteriormente, com o monopólio da justiça pelo estado, surgiu a conhecida vingança pública, no qual cabia ao ente público a *persecutio criminis* e ainda a aplicação da reprimenda, sendo estas banhadas de severidade e brutalidade. Por fim chegou-se ao direito contemporâneo, idealizado a luzes da revolução francesa que tanto evoluíram a consciência humana e que até hoje permanecem seu legado.

Assim, é a essência do Direito Penal; além de limitar a atuação do estado, que antes apresentavam como resposta aos comportamentos tidos como crime, punições totalmente severas e desproporcionais. Entretanto, foi graças às evoluções constantes de maturidade e consciência social que permitiram o avanço do direito criminal na busca do ideal de justiça.

Desde o primeiro código criminal brasileiro de 1830 (sancionado poucos meses antes da abdicação de D. Pedro I) até o vigente Código penal de 1940, passou-se por várias modificações por causa da dinamicidade da sociedade e evolução cultural. Hoje o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta um grande sustentáculo e ao mesmo tempo um limitador da atuação estatal em razão da aplicação de penas e tipificação de delitos, emergindo um direito penal mais humano, proporcional e digno. Outro grande princípio norteador é o da presunção da inocência, em que somente

lhe será atribuído o título de culpa depois de uma sentença que tenha transitado em julgado, foi um grande avanço do direito que enfim ficou superado o sistema inquisitório que perdurou durante toda a idade média.

O atual código de processo penal brasileiro apresenta um sistema híbrido, ou seja, composto por uma parte inquisitiva e outra acusatória. Esta última foi um privilégio acrescido do Direito já que o princípio do contraditório restou garantido a toda acusação e menção feita às partes do processo o direito a resposta, o princípio da ampla defesa atribuído ao réu durante toda a persecução penal e o princípio da inocência já mencionado. Esse sistema acusatório garantiu uma instrução processual mais digna e justa ao polo passivo da relação.

O crime ou delito é todo comportamento típico, conduta humana que se encaixa perfeitamente ao tipo penal; antijurídica, ação ou omissão que infringe a lei e culpável, a reprovação pessoal do agente, em razão disso o indivíduo só poderá ter sua liberdade restringida por meio de uma decisão que apresenta coisa julgada, corolário da segurança jurídica, através de uma prisão pena seja de reclusão seja de detenção.

Não obstante, o indiciado ou indigitado pode ter sua liberdade encarcerada antes mesmo da decisão final por simples medida cautelar do juiz, sendo esta, medida de extrema relevância e urgência, para que a justiça não seja apunhalada durante o manejo da persecução penal. São as chamadas prisões penas ou cautelares.

Percebemos assim, a importância da prisão preventiva como forma de evitar que o investigado ou indiciado passe a tumultuar o convívio social ou perturbe a persecução penal. O assunto em questão traz à tona a realidade contemporânea, nos mostrando o avanço do direito penal na busca pela justiça, utilizando-se do instrumento jurídico da prisão cautelar referida à cima como meio de conferir uma maior tranquilidade social.

No entanto, no que se refere a prisão preventiva, a norma jurídica, mais precisamente no artigo 312 do Digesto instrumental Penal, não esclarece o real alcance da prisão preventiva em um de seus fundamentos, utilizando a expressão “ordem pública” que por seu caráter abrangente pode dizer muito a depender da interpretação variada da cada pessoa.

Cumpri aqui esclarecer o melhor sentido dessa expressão para uma efetivação mais justa da prisão preventiva para garantir à ordem pública a luz do princípio da presunção da inocência, sendo assim, um instituto constitucional.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAS

A prisão, como cerceamento da liberdade de ir e vir, é considerada na sua forma genérica, não distinguindo quando a sua finalidade. Surge, portanto, duas classificações. A prisão pena que é a própria exteriorização da sentença condenatória de pena privativa de liberdade. Vale ressaltar que só pode avir após o trânsito em julgado, em respeito ao princípio da presunção de inocência, é a verdadeira resposta Estatal ante a conformidade das leis incriminadoras. Já a prisão processual visa prevenir que o agente em liberdade interfira nos anseios da política criminal, apresentando um caráter puramente cautelar. Assim nos ensina Guilherme de Souza Nucci,

“É a privação da liberdade, tolhendo o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta ao cumprimento de pena.” (NUCCI, 2007 p. 530)

Emboçando na mesma linha de raciocínio do autor acima citado, citamos Edílson Mougenot Bonfin (2011, p. 455), “o termo prisão, genericamente, designa a privação da liberdade do indivíduo, por motivo lícito ou por ordem legal, mediante clausura”.

Assim também pensa Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2011, p. 515), “A prisão é o cerceamento da liberdade de locomoção, é o encarceramento”.

Não a dificuldade no tratamento conceitual da prisão tratada de forma genérica, porquanto, não distingue as suas classificações. Todas apresentam o essencial, qual seja, a privação da liberdade, o enclausuramento do indivíduo. Entretanto, o ergástulo pode ser distinguindo em razão de sua finalidade, sendo a prisão pena a prisão de cunho condenatório de uma decisão transitada em julgada, como nos ensina Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2011, p. 515), “É a chamada prisão pena, regulada pelo código penal, com o respectivo sistema de cumprimento de pena, que é a verdadeira prisão satisfativa, em resposta estatal ao delito ocorrido, tendo por título a decisão judicial definitiva”.

Importante destacar que a prisão satisfativa somente será auferida quando ultrapassado o princípio da presunção de inocência, fato este ocorrido após o trânsito em julgado da decisão, ou seja, decisão esta terá de se apresentar irreversível.

Já a prisão sem pena, também chamada de processual, apresenta um objetivo eminentemente cautelar, ou seja, o encarceramento será justificado

para resguardar a sociedade de eventuais delitos reiterados e para blindar a própria persecução criminal de eventuais desordens, cumprindo o efetivo macro princípio do Due process of law, expressão trazida do direito Norte-Americano no qual traduz-se pelo devido processo legal. A mãe dos princípios processuais se revelando no dizer que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus patrimônios sem que sejam observados todos os ditames ou a concatenação de atos predeterminados na ordem legal. Desse modo nos leciona o aclamado jurista Rinaldo Mouzalas no dizer,

“encontra-se exposto na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LIV, e garante que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Pode-se dizer que todos os demais princípios que regem o processo civil são corolários e funcionam em virtude do devido processo legal” (MOUZALAS 2010, p. 30)

Importante asseverar o entendimento de Noberto Avena no que diz respeito a prisão processual, proclamando,

“A prisão provisória é aquela que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, não tendo por objetivo a punição do indivíduo, mas sim impedir que ele venha a praticar novos delitos (relacionados ou não pelo o qual está segregado) ou que sua conduta interfira na apuração dos fatos e na própria aplicação da sanção correspondente ao crime praticado. Possui natureza eminentemente cautelar, razão pela qual não viola o princípio da presunção de inocência tampouco qualquer outro direito ou garantia assegurados na Constituição Federal. (AVENA, 2011, p. 867 e 868).

Como revelado pelo supracitado autor, é prisão provisória porque ela não visa punir o acoimado e sim resguardar a sociedade antes da prolação da decisão final, constitui-se de mera cautelaridade, por isso não há que se falar em desatendimento ao consagrado princípio da presunção de inocência.

Outro importante conceito é o trazido pelo iluminado autor Paulo Rangel no qual leciona

“A prisão cautelar é um espécie de medida cautelar, ou seja, é aquela que recai sobre o indivíduo, privando-o de sua liberdade de locomoção, mesmo sem sentença definitiva. É cediço que a medida cautelar pode recair sobre a coisa (res), v.g., busca e apreensão, sequestro, arresto, e sobre a pessoa (personae), e é exatamente da privação da liberdade, antes da sentença proferida no processo de conhecimento, que vamos tratar nesse capítulo. A prisão cautelar tem como escopo resguardar o processo de

conhecimento, pois, se não for adotada, privando o indivíduo de liberdade, mesmo sem sentença definitiva, quando esta for dada, já não será possível a aplicação da lei penal. Assim o caráter de urgência e necessidade informa a prisão cautelar de natureza processual” (RANGEL, 2004,p. 581)

A prisão está prevista no arcabouço constitucional dando amparo a legalidade e ao mesmo tempo limitando o seu exercício, já que o julgador terá que trilhar nos caminhos ofertados pela lei. É no artigo 5º LXI da Carta Magna que nos diz “ninguém será preso senão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Cumprе salientar, respaldada no artigo acima citado, que o decreto prisional somente caberá ao juiz e mesmo assim, respeitada, portanto, o princípio da motivação das decisões, deverá fundamentar, explicitando as razões do cárcere de determinado indivíduo, nesse prisma Paulo Rangel profetiza.

“A constituição da República Federativa do Brasil consagrou, como dogma constitucional, os princípios da publicidade dos julgamentos e da motivação das decisões judiciais, aplicando a sanção de nulidade às decisões que não forem fundamentadas e aos julgamentos que não forem públicos, salvo nas hipóteses prevista na lei. Assim, ao decretar a prisão preventiva do acusado, deve o juiz demonstrar, nos autos do processo a presença dos requisitos que a autorizam, não copiando o que a lei diz, mas sim, mostrando, por exemplo, onde está a necessidade de garantir a ordem pública com a prisão do acusado, citando depoimento de testemunhas que se dizem (no curso do Inquérito) ameaçadas com a liberdade do acusado. Ou, ainda, citando a folha de antecedentes criminais do acusado, recheada de condutas ofensivas à ordem jurídica, com clara alusão de que, em liberdade, voltar a delinquir” (RANGEL, 2004, p.624)

Outrossim, a realização da prisão tratada de forma genérica, encontra-se balizada pelo princípio da inviolabilidade do domicílio, no qual apresenta situado nos direitos e garantias individuais do cidadão prevista no artigo 5º XI da Lei Suprema “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

O alcance de domicílio como nos ensina Edílson Mougnot Bonfin (2011, p. 458), “O conceito de domicílio é extraído do art. 150, §4, do CP.

Segundo o dispositivo, considera-se casa qualquer compartimento habitado; aposento ocupado de habitação, onde algum exerce profissão ou atividade”.

3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção inocência é fruto de grandes conquistas das garantias fundamentais do cidadão. É compreendido como uma consagração da humanidade, advinda graças às luzes da revolução Francesa. Tal premissa nasceu da evolução do iluminismo deixando a par o Direito Medieval e Canônico. Nesse sentido Eugênio Pacelli de Oliveira.

“O princípio da inocência, cujo origem mais significativa pode ser referida à revolução francesa e à queda do Absolutismo, sob a rubrica de presunção de inocência, recebeu tratamento distinto por parte de nosso constituinte de 1988. Nossa Constituição com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, com valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal, abrangendo, assim, tanto a fase investigativa quanto a fase pré processual propriamente dita. E por se tratar de prisão de quem deve ser obrigatoriamente considerado inocente, à falta de sentença penal condenatória passada em julgada, é preciso e mesmo indispensável que a privação de liberdade seja devidamente fundamentada pelo juiz e que essa fundamentação esteja relacionada com a proteção de determinados e específicos valores positivados na ordem constitucional em igualdade de relevância.” (PACELLI, 2009, p. 431)

O referido autor acima citado, expressa de maneira clara e objetiva que o princípio da presunção de inocência impôs a fundamentação delimitada na lei do magistrado para impor cárcere cautelar ao inicialmente inocente.

Foi também o divisor de águas do sistema inquisitivo que perdurou durante muito tempo no nosso ordenamento jurídico, no qual as funções de julgar acusar e defender eram reunidas em uma única pessoa, não existia contraditório ou ampla defesa conforme as palavras de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar,

“O princípio inquisitivo é caracterizado pela inexistência de contraditório e da ampla defesa, com concentração das funções de acusar, defender e julgar em uma figura única (juiz). O procedimento escrito é sigiloso, com o início da persecução, produção de provas e prolação de decisão pelo magistrado. No sistema inquisitivo (ou inquisitorial), permeado que é pelo princípio inquisitivo, o que se vê a mitigação dos direitos e

garantias individuais, em favor de um pretense interesse coletivo de ver o acusado punido. É justificada a pretensão punitiva estatal com lastro na necessidade de não serem outorgadas excessivas garantias fundamentais”. (TÁVORA E RODRIGUES 2011, p. 41).

Assim diante de um sistema acusatório, hoje adotado pelo Brasil, iluminado pela não culpabilidade o indivíduo será considerado inocente de forma absoluta (“jures et de jure”) até a decisão apresentar status de definitiva, ou seja, conferir o transitio em julgado. Com isso a lógica processual trouxe o ônus probatório para o autor da demanda acusatória já que ao acusado presumidamente falta-lhe culpa. No mesmo entendimento Guilherme de Souza Nucci,

“Tem por objetivo, primordialmente, que o ônus da prova cabe a acusação e não a defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse 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” (NUCCI 2007, p. 77).

Por outro lado, tal princípio destacou a excepcionalidade da prisão processual e as medidas cautelares ao passo que nenhum indivíduo pode ter seus direitos consignados já que são puros até a resposta final do Estado. Com isso tais medidas somente terão justificativa se trilharem no caminho da cautelaridade embasado nos requisitos legais e de extrema necessidade que não constituirão de efeitos condenatórios. Nesse posicionamento Edílson Mougnot Bonfin,

Também decorre desse princípio a excepcionalidade de qualquer modalidade de prisão processual. Com efeito, a prisão processual não constitui cumprimento de pena, ao contrário do que a denominação reservada a algumas modalidades de prisão processual possa erroneamente sugerir. Seu fundamento é diverso, ainda assim, a decretação da prisão sem a prova cabal da culpa somente será exigível quando estiverem presentes elementos que justifiquem a necessidade da prisão (de modo geral, provas que, embora não demonstrem cabalmente a culpa do acusado, sejam suficientes para construir suspeita válida de que o acusado efetivamente seja culpado)”. (MONGENOUT 2011, p. 78).

4 DAS PRISÕES PROCESSUAIS

Como já foi dito, a prisão processual de nada tem em relação à prisão pena, somente no que se refere ao encarceramento propriamente dito. As finalidades são outras. E como a prisão ora estudada apresenta um caráter de cautelaridade o cuidado é sempre presente para não ferir o princípio da presunção de inocência e como tal consiste numa medida extrema ou de *ultima ratio*.

Assim o é, pois o código processual penal brasileiro adotou medidas cautelares menos agressiva a direito ambulatorio ainda mais na reforma que sofreu com a lei nº 12.403/2011 para cautelarizar o processo quando não imprescindível a prisão processual do acoimado.

Neste prisma, nos ensina Nestor Távora e Rosmar Rodrigues:

“encerra-se, portanto, a angustiante dicotomia entre o cárcere e a liberdade, que eram os dois extremos existentes ao longo da persecução penal. Agora, alberga-se um rol de medidas constritivas não extremas quanto o cárcere, nem tão brandas quanto a mera manutenção de liberdade, até então condicionada ao mero comparecimento aos atos da persecução penal(antiga redação do art. 310, CPP).

Mesmo sob a égide da disciplina cautelar anterior, o juiz poderia impor medidas cautelares não prevista expressamente no texto legislativo, toda vez que se revelassem menos gravosa que a prisão processual, Entretanto com a previsão de um elenco de medidas cautelares no art. 319 do CPP, tem-se a vantagem de se indicar ao juiz, de forma exemplificativa, a ampla possibilidade de aplicação de medidas diversas da prisão preventiva, sublinhando que esta so será decretada em último caso”.(TÁVORA E RODRIGUES,2011 p. 643)

Assim a liberdade provisória, termo que alguns entendem ser impróprio, pois emprestam um sentido de liberdade breve e de uma futura e certa condenação, é a regra seja ela cumulada ou não com as dita medidas cautelares.

4.1 DA PRISÃO EM FLAGRANTE

No ordenamento jurídico brasileiro a prisão processual apresenta três modalidades, qual sejam prisão em flagrante delito, prisão temporária e prisão preventiva. A prisão decorrente do flagrante é delineada pelo artigo 302 do aclamado Código Processual Penal, no qual o agente ainda está cometendo a infração, quer dizer, na estrutura do inter criminis o indivíduo é surpreendido na execução do delito. Pode o flagrante advim também quando o agente acabou de consumir o delito, dando resultado aos delitos matérias, formais ou no momento da consumação dos crimes de mera conduta. È também no dizer de Paulo Rangel(2004, p. 587) “Flagrante vem, do latim *flagrans, flagrans*, do derivado do verbo *flagrare*, que significa queimar, ardente, que esta em chamas, brilhando, incandescente. No sentido jurídico, é o delito no momento do cometimento, no instante que o sujeito percorre os elementos objetivos(descritivos e normativos) e subjetivos do tipo penal. É o delito patente, visível, irrecusável do ponto de

vista de sua ocorrência. A prisão em flagrante delito dá-se no momento em que o indivíduo é surpreendido no cometimento da infração penal, sendo ela tenta ou consumada”

A situação de flagrância, ou seja, nos ensinamentos de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar ,

“flagrante é o delito que ainda queima, ou seja, é aquele que esta sendo cometido ou acabou de sê-lo” não se exaure no momento da consumação ou da execução, pode acontecer de maneira imprópria, postergando, portanto, no caso de uma perseguição, quando o agente é perseguido logo após o flagrante próprio de maneira ininterrupta, assim o flagrante poderia se perpetuar durante todo o lapso temporal a que dura as diligencias persecutivas. (TAVORA E RODRIGUES 2011 p. 530)

Por fim, o flagrante pode surgir de maneira ficta, ou seja, de maneira presumida. O agente é encontrado, logo após o cometimento do delito, com os objetos do crime fazendo-se entender por ser ele o autor do injusto penal.

Malgrado a prisão em flagrante permiti o enclausuramento da liberdade, é uma prisão de curto tempo, não possui força para manter o individuo segregado depois de efetuadas as diligencias burocráticas legais, haja vista que sua finalidade é de poder surpreender autor no momento delituoso, assim após o aprisionamento feito pela autoridade policial, é necessário que essa informe a família do encarcerado, informe a defensoria pública caso não tenha constituído um defensor dativo e remeta os autos para o juiz para que este decida conforme o caso, ou seja, relaxe a prisão se esta se apresentar ilegalidades, conceder liberdade provisória com ou sem vinculação cautelar, já que a regra é de que o indivíduo responda a demanda criminal em liberdade. Por último, pode o magistrado decretar a prisão preventiva se presentes algum fundamento do artigo 312 do Código de Processo Penal brasileiro.

4.2 DA PRISÃO TEMPORÁRIA

A medida provisória n. 111 que posteriormente deu gênese a lei n. 7960 criou o instituto processual denominado de prisão temporária. Temporária porque o agente já sabe o dia e até quando pode durar essa espécie de prisão processual, em virtude do qual a finalidade de tal prisão é servir puramente ao inquérito policial, ou seja, evitar que um indivíduo possa comprometer o colhimento probatório da autoria e materialidade do crime podendo, assim, prejudicar também a futura inicial acusatória que estará sem o cunho suficiente de ensejar uma provável condenação.

Frustrando, portanto, toda a persecução criminal. Nesse sentido apregoa Nestor Távora e Rosmar Rodrigues,

“A temporária é a prisão de natureza cautelar, com prazo preestabelecido de duração, cabível exclusivamente na fase de inquérito policial- ou da investigação preliminar equivalente, consoante art 283 do CPP com redação dada pela lei n° 12403/2011-, objetivando o encarceramento em razões das infrações seletamente indicadas na legislação”. (TAVORA E RODRIGUES 2011, p 562)

Instituto esse de constitucionalidade combatida entre os doutrinadores, como assevera Paulo Rangel,

“A prisão temporária é também inconstitucional por uma razão muito simples: no Estado democrático de direito não se pode permitir que o estado lance mão da prisão para investigar, ou seja, primeiro prende, depois investiga para saber se o indiciado, efetivamente, é o autor do delito. Trata-se de medida de constrição da liberdade do suspeito que, não havendo elementos suficientes de sua conduta nos autos do inquérito policial, é preso para que esses elementos sejam encontrados”.

Com a devida vênia, a prisão temporária, como qualquer prisão processual, é medida cautelar por excelência, com caráter de exceção, somente justificada pela extrema necessidade da medida para salvaguardar o colhimento probatório.

Não é outro o pensamento da Excelsa Corte no julgamento da liminar da Ação direta de Constitucionalidade, no qual preconizou,

“Os conceitos de relevância e de urgência a que se refere o artigo 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias, decorrem, em princípio, do Juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle judiciário quando ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia de pronto. - A prisão temporária prevista no artigo 2° da referida Medida Provisória não é medida compulsória a ser obrigatoriamente decretada pelo juiz, já que o despacho que a deferir deve ser devidamente fundamentado, conforme o exige o parágrafo 2° do mesmo dispositivo. - Nessa oportunidade processual, não se evidencia manifesta incompatibilidade entre o parágrafo 1° do artigo 3° da Medida Provisória n° 111 e o disposto no inciso LXIII do artigo 5° da Constituição, em face do que se contém no parágrafo 2° do artigo 3° daquela, quanto à comunicação do preso com o seu advogado. - Embora seja relevante juridicamente a arguição de inconstitucionalidade da criação de delito por Medida Provisória, não está presente o requisito da conveniência, pois o artigo 4° da

citada Medida Provisória, impugnado sob esse fundamento, apenas se destina a coibir abuso de autoridades contra a liberdade individual. - A disposição de natureza processual, constante do artigo 5º da Medida Provisória nº 111 , que estabelece plantão de 24 horas em todas as Comarcas e Sessões Judiciais do País, não tem o relevo jurídico necessário para a concessão de providência excepcional como é concessão de liminar, em ação direta de inconstitucionalidade. - Pedido de liminar indeferido”(STF-ADI - MC 162 DF).

Assim dar-se-á a prisão temporária como nos mostra o artigo 1º da lei 7960/1989, “caberá prisão temporária; I- quando imprescindível as investigações do inquérito policial”; Assim, como da própria essência da cautelaridade, qual seja, proteger as diligências investigativas, preservando as provas, já que o indivíduo em liberdade pode comprometer toda a investigação. É preciso asseverar que essa espécie de cárcere não se restringe apenas a figura do indiciado ou do investigado, pode incidir sobre toda e qualquer pessoa que sob o convívio social venha a interferir na empreitada do colhimento da autoria e materialidade delict.

Já o inciso II- “quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade” Aqui a norma jurídica atua no intuito de apenas esclarecer as qualificações de determinada pessoa, para que venha a ser encontrada posteriormente ou ao menos individualiza-la de outro. Um aspecto nesse inciso merece atenção, como da simples leitura, percebe-se, que sanado o seu objetivo dever o indivíduo ser posto imediatamente em liberdade.

Por derradeiro o inciso III- “quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes; homicídio doloso; roubo; extorsão; extorsão mediante sequestro; estupro; epidemia com resultado morte; envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificada pela morte; quadrilha ou bando; genocídio crimes contra a ordem financeira”. (ART 1, LEI 7960/89). Trata, portanto, de exigência legal de quais delitos poderão ser alvos de Prisões temporárias. Este rol não é simplesmente exemplificativo, pela lógica criminal, deve-se interpretar restritivamente, evitando dar margem a arbitrariedades na nova realidade garantista, conclui-se pela extensão de um rol exaustivo. Somente será decretada a temporária se o alvo do procedimento inquisitivo almejar algum ou alguns desses crimes preestabelecidos.

Tal mandamento legal gerou inúmeras divergências doutrinárias, no tocante a quais dos incisos seriam suficientes para ensejar a prisão

temporária. E com a posição francamente minoritária nos mostra Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 540),

“tendo por fim não banalizar a decretação da prisão temporária, torna-se necessário interpretar, em conjunto, o disposto no art.1., I e II com o III, da lei 7960/89. Assim. O correto é associar os incisos I e II ao inciso II, viabilizando as hipóteses razoáveis para a custódia cautelar de alguém”.

Entretanto, tanto a doutrina majoritária quanto a jurisprudência preconizam que para o ensejo da prisão temporária, basta, inicialmente, a existência do inciso III, como os crimes predeterminados. Assim, resta esse ser complementado pelos incisivos fundamentadores do I ou II. Compreendendo pelo auferimento dos incisos III + I ou II, nesse sentido a Suprema Corte de Justiça quando na apreciação de Habeas Corpus julgou(STJ, RHC 22.251/MG, DJ 14.09.2009)” Não há que falar em ilegalidade dos incisos I e III do art 1º da lei 7960/89 revela que se encontram presentes indícios suficientes de autoria, bem como a imprescritibilidade para as investigações policiais uma vez que o recorrente encontra-se foragido”

Custa lembrar, que a prisão temporária, como visa bloquear a apuração probatória das autoridades policiais, iniciada, então, a demanda penal ou mais precisamente com o término do inquérito policial, portanto, da realização do relatório inqueritorial, a prisão temporária torna-se sem efeito, haja vista ter sua cautelaridade exaurida, devendo assim, libertar aquele que se encontra preventivo e como medida cautelar que o é deve o magistrado fundamentar sua decisão aos moldes da realidade concreta.

Assim ressalta Noberto Avena,

“assim como ocorre em relação a prisão preventiva, também a decretação da prisão temporária deve ser devidamente fundamentada, embasando-se o juiz em fatos concretos que indiquem a sua real necessidade e atendendo aos termos previstos na lei que regulamenta. Do contrário, a decisão será nula, ensejando a revogação da custódia. Tal exigência decorre tanto do princípio constitucional do estado de inocência, inserido ao artigo 5º, LVII, da Constituição federal, como garantia de fundamentação das decisões judiciais incorporada aos arts 5º LXI e 93 IX, da mesma Carta. Desarte, a decretação da prisão cautelar não emanar de um simples automatismo da lei ou da mera repetição, pelo magistrado, dos vocábulos componentes do dispositivo legal, impondo-le analisar o fato concreto para constatar se as circunstâncias da investigação realmente exigem a medida constriativa da liberdade”. (AVENA 2011, P. 920)

Nesse sentido Eugênio Pacelli de Oliveria nos leciona,

“A prisão temporária não poderia fugir a regra. Trata-se de prisão cuja finalidade é a de acautelamento das investigações do inquérito policial, consoante se extrai do art. 1º, I, a lei nº 7960/89 no que cumpriria a função de instrumentalidade, isso é, de cautela. E será ainda provisória, pq tem a sua duração expressamente fixada em lei como se observa de seu art 2º e também do disposto do art. 2º, §3º, da lei nº 8072/90(lei dos crimes hediondos).

4.3 DA PRISÃO PREVENTIVA

4.3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Segundo nos ensina Nestor Távora e Rosmar Rodrigues e Alencar,

“é a prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta do encarceramento durante toda a persecução penal, leia-se, durante o inquérito policial e na fase processual. Até antes do trânsito em julgado da sentença admiti-se a decretação prisional, por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente (artigo 5 inciso LXI da CF), desde que presentes os elementos que simbolizem a necessidade do cárcere, pois a preventiva, por ser medida de natureza cautelar, só se sustenta se presentes o lastro probatório mínimo a indicar a ocorrência da infração, os eventuais envolvidos, além de algum motivo legal que fundamente a necessidade do encarceramento”.(TÁVORA E RODRIGUES, 2011, p. 549).

Conforme exposto acima, a prisão preventiva não apresenta lapso temporal determinado. Perdura-se enquanto existir a necessidade, que pode ser do inquérito policial até antes da prolação de decisão irrecorrível, será admissível quando estiverem seus fundamentos como demonstra o artigo 312 do Código Instrumental criminal

“A prisão preventiva será 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 indícios suficientes de autoria”(artigo 312 do CPP)

Assim, como de maneira geral a prisão apresenta uma ofensa maior à integridade da pessoa humana, é necessária constar que a prisão processual, qualquer que seja, apresenta uma excepcionalidade voraz, conquanto, só será admitida a prisão cautelar se outras medidas cautelares menos agressivas não forem cabíveis, concluindo, portanto, por serem institutos de *última ratio*.

4.3.2 PRESSUPOSTOS

Para que haja uma decretação da prisão preventiva é imprescindível que se mostre de maneira fundamentada os elementos autorizadores previsto no artigo 312 do código de processo penal brasileiro. Sendo assim, como medida cautelar que o é, necessária à demonstração do *fumus comissi delicti*, ou seja, a fumaça do cometimento do crime, a comprovação de que o crime ocorreu e que determinada pessoa pode ter sido o autor do fato, assim compreendendo, a materialidade delicti comprovada, e os indícios suficientes da autoria, não necessitando, portanto de uma prova robusta, por não se tratar ainda de juízo de condenação, mas, tão somente de meros indícios. É a conhecida justa causa. É pressuposto basilar contido no final do dispositivo do artigo 312 do Código de Processo Penal Brasileiro como demonstra Paulo Rangel:

“prova da existência do crime refere-se à materialidade do ilícito penal, ou seja, a existência do corpo de delito, que deverá ser atestada pelo aludo pericial, documento ou provas testemunhal idônea.

Indícios suficientes de autoria não são provas contundentes, robustas e que geram certeza absoluta de autoria do indiciado ou acusado. Elementos que apontem a fumaça no sentido de que o acusado é autor do ilícito penal que ora se apura. São indicações. Não é necessário o fogo da certeza, mas sim a mera fumaça de que ele pode ser o autor do fato. O juízo que se faz ao decretar a prisão é de periculosidade” (RANGEL, 2004, p. 619)

Precisa-se apresentar, também, o *piriculum libertatis*, ou seja, a demonstração de que o agente posto em liberdade e sob o convívio social corre o risco de que ele possa por a sociedade em perigo, perpetuando na vida criminosa ou atingir a persecução criminal, de forma a coagir testemunhas, fraudar a produção de prova e até a fuga impossibilitando a aplicação da lei penal. São eles: por motivo de ordem pública, conveniência da instrução criminal, garantia da aplicação da lei, garantia da ordem econômica, descumprimento de qualquer medida cautelar.

4.3.2.1 GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

A expressão ordem pública concedida pela norma, como fundamento para a decretação da preventiva, não exaure um conceito exato, nem os legisladores o definiram nem os doutrinadores o conceituam de forma unânime. Consiste uma verdadeira guerra o alcance exato da referida expressão. Por isso é imprescindível identificar tal conceito para que não seja banalizada a prisão preventiva, ou mesmo, retirando seu caráter de excepcional e cautelar, ensejando numa antecipação de uma futura e incerta condenação criminal. Então, é de suma importância alcançarmos o espírito

de tal instituto com o fim até de proteger, sobretudo, a sociedade de futuras arbitrariedades, fulminando o aclamado princípio da presunção de inocência.

O que, portanto, representaria a ordem pública? Depois de muita discussão doutrinária e jurisprudência chegou-se a uma aproximação conceitual, que a ordem pública seria o status de paz social, representaria a tranquilidade no seio da sociedade. Malgrado, entendido o seu conceito qual seria, portanto, os comportamentos que justificassem essa medida? É então que surge uma verdadeira batalha ideológica.

Há quem se entenda que ordem pública estaria prejudicada pela simples gravidade do delito, entretanto, já afirmou a Suprema Corte que não serve de parâmetro para a decretação da prisão cautelar apresenta, preconizando,

“A gravidade do crime não justifica a segregação cautelar. A gravidade do crime serve a mensuração da pena, não à imposição de preventiva”. (STF-HC-97145 SP)

Há um perigo notável relativo a gravidade do delito, pois existem crimes em cuja essência a gravidade. O homicídio previsto no artigo 121 do Código repressivo brasileiro é um delito que por si só já é oneroso. Mas a gravidade da infração pode ser entendida pelas repercussões ou pelo modus operandi, mesmo assim, surge a indagação, qual a necessidade de uma medida cautelar para resguardar um sujeito que supostamente teria praticado um único ato em sua vida, ora o fato já aconteceu, já é pretérito, não se justificando nenhuma medida processual para tanto. A mera gravidade do delito pode se revelar como um acontecimento único na inteira vida de um indivíduo, não se justificando o *periculum libertatis*.

Entretanto muitos tribunais e juízes vêm acatando em dias atuais esse entendimento para configurar a prisão processual. Infelizmente estes preferem satisfazer a sociedade, equivocada, mas desgostada diante do índice alto de violência que é uma realidade no cenário brasileiro, a respeitar as normas e princípios que lhe foram entregues como guardião das normas. Ferem garantias constitucionais para tranquilizar a comunidade afetada pelo crime. O receio está justamente aí, a sociedade é leiga, no que concernem as normas, não sabem elas que o indivíduo que cometeu um crime, que por mais horrendo que seja, tem direito a responder ao processo em liberdade, mal entendem o sentido o princípio da presunção de inocência, e acabam por confundir o sentimento de insegurança com o de impunidade e ataca moralmente as leis e as próprias instituições do poder

judiciário e julgador fica refém e prefere fechar os olhos da constituição para tranquilizar as pessoas.

Por outro lado, há forte posicionamento doutrinário no sentido de que a ordem pública seria demonstrada na prevenção de que o agente se permanecer em liberdade voltaria a praticar delitos ocasionando o descontrole e o descontentamento social, esse nos parece o seu verdadeiro valor. Nesse prisma demonstra Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar,

“Em nosso entendimento, a decretação da preventiva com base neste fundamento, objetiva evitar que o indivíduo continue delinquindo no transcorrer da persecução criminal. A ordem pública é expressão de tranquilidade 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”. (TÁVORA E RODRIGUES, 2011, p. 550 e 551).

No mesmo entendimento Noberto Avena,

“Entende-se justificável a prisão preventiva para a garantia da ordem pública quando a permanência do acusado em liberdade, pela sua elevada periculosidade, importar intranquilidade social em razão do justificado receio que volte a delinquir. Questiona-se na doutrina brasileira, se a repercussão social intensa provocada pela gravidade da infração penal pode, por si só, autorizar a privação cautelar da liberdade”. (AVENA, 2011 p. 907).

Esse é o seu verdadeiro valor, justificador de uma medida cautelar tão grave. Impedir que o agente volte a desgraçar a comunidade com a prática de infrações, a cautelaridade se presta justamente nesse ponto diante da grande barreira garantida pelo princípio da presunção de inocência. Aqui tem o condão único de unir perfeitamente o *fumus comissi delicti periculum libertatis*.

Importante destacar, que há entendimento pela inconstitucionalidade da prisão preventiva, entendimento minoritário, mas de peso, por seu um mero disfarce a execução sumária, assim nos leciona o aclamado Fernando da Costa Tourinho Filho,

“Perigosidade do réu, os espalhafatos da mídia, reiteradas divulgações pelo rádio ou televisão, tudo absolutamente tudo, ajusta-se àquela expressão genérica ordem pública. E a prisão preventiva, nesses casos, não passa de uma execução sumária. O réu é condenado antes de ser julgado, uma vez que tais situações nada têm de cautelar. Quando se decreta a prisão preventiva como

garantia da ordem pública, o encarceramento provisório não tem o menor caráter de cautelar. É um rematado abuso de autoridade e uma indisfarçável ofensa na nossa lei magna, mesmo porque a expressão ordem pública diz tudo, mas não diz nada” (TOURINHO FILHO, VIII, 2011 p. 509 e 510)

Entretanto, como já dissermos o real significado da ordem pública não é universal, ao passo que existem autores e até decisões em sentido diverso, destacando que a prisão preventiva não poderia ser decretada em razão da gravidade do delito ou mesmo no clamor social e periculosidade do agente.

No sentido da perigosidade do agente, temos algumas decisões da suprema Corte, “assim, a periculosidade do agente, desde que aferida a partir de certas circunstâncias em que o crime foi cometido, é suficiente para fundamentar o decreto da prisão preventiva” (STF, HC 95.685/SP, 2ºT., Rel. Ellen Graice, j. 16.12.2008, DJ, 6.3.2009) e

“Habeas Corpus. Penal e Processual Penal. Prisão preventiva. Periculosidade do agente. Garantia da ordem pública. A periculosidade do agente, aferida pelos medos operandi na prática do crime, é suficiente à decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública. Ordem indeferida.. Aguardando Indexação Decisão: Denegada a ordem por votação unânime. Ausentes, justificadamente”, (neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Graice e o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 09.03.2010).

Temos também o posicionamento do Supremo Federal,

“Habeas Corpus. Penal e Processual Penal. Prisão preventiva. Periculosidade do agente. Fuga dos réus. Grantia da ordem pública e aplicação da lei penal”.

1. A periculosidade do agente, aferida pelo modus operandi na prática do crime, consubstancia situação concreta a autorizar a prisão preventiva para garantia da ordem pública.
2. Fuga dos réus após a decretação das prisões temporárias, a evidenciar nítida intenção de frustrar a aplicação da lei penal. Segregação cautelar justificada. Ordem indeferida”. (HC 100899 SP Min. EROS GRAU)

A periculosidade de um agente não pode ser extraída com base na gravidade do delito, ou ao no modus operandi. O status de perigoso só pode ser analisado sob a ótica da prática reiterada de delitos. Porquanto, se um sujeito que perpetuou sua vida amparada pelas leis que regem sua nação e em só um único momento dela venha a cometer um crime de natureza

grava utilizando-se de um meio cruel, qual será a necessidade de garantir uma ordem pública se não demonstrado que o agente não é um criminoso contumaz ou que voltaria a delinquir. Prisão esta decretada somente poderia servir de satisfação da sociedade pelo clamor gerado, desaguando em uma antecipação de condenação como assevera Tourinho da Costa Filho com já foi esboçado acima.

Já em relação à gravidade do delito temos o posicionamento do Supremo Tribunal Justiça,

“Penal. Habeas Corpus. Tráfico ilícito de entorpecentes e associação. Transnacionalidade. Operação Semilla. Prévio mandamus denegado. Presente writ substitutivo de recurso ordinário. Inviabilidade. Via inadequada. Prisão preventiva. Gravidade do crime. Modus operandi delitivo. Periculosidade do agente. Elementos concretos a justificar a medida. Fundamentação idônea. Ocorrência. Flagrante ilegalidade. Inexistência. Habeas Corpus não conhecido”. STJ - HABEAS CORPUS HC 241365 SP 2012/0090597-1 (STJ)

Importante também o é, destacar o posicionamento, embora não seja o que prevalece, mas em razão do peso do autor que assevera, de Guilherme de Souza Nucci,

“A garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo trinômio gravidade da infração + repercussão social + periculosidade do agente. Um simples estelionato, por exemplo, cometido por pessoa primária, sem antecedentes, não justifica histeria, nem abalo à ordem, mas um latrocínio repercute negativamente no seio social, demonstrando que as pessoas honestas podem ser atingidas, a qualquer tempo, pela perda da vida, diante de um agente interessado no seu patrimônio, elementos geradores, por certo, da intranquilidade.” (NUCCI, 2007, p. 559).

Com a máxima vênia e com o maior respeito, o supracitado autor não se norteou pelo princípio da presunção de inocência, pois repercussão social não deve jamais ser levada em conta à decretação da preventiva nem a gravidade da infração como já foi aqui demonstrado. A periculosidade do agente só teria respaldo se tivesse fundado receio de que este voltaria a delinquir, até porque sujeito perigoso é o que traz o anseio de medo pela nova prática da infração não pelo modo como fora configurada.

Em suma, dentre todos os institutos mencionados; clamor social, gravidade do delito, modus operandi, periculosidade do agente e reiteração delitiva, filio a última, pois a prisão de cunho cautelar com o fim de garantir a ordem pública só pode se justificar como medida a evitar que o

agente venha a cometer novos crimes antes de sofrer uma reprimenda penal. E esta somente é a preocupação da sociedade, o receio de que o agente desestabilize a comunidade em virtude da infrações criminais do código repressivo.

Todas as demais só estariam antecipando uma incerta condenação desmoronando as barreiras impostas pelo princípio da presunção de inocência.

4.3.2.2 GARANTIA DA APLICAÇÃO PENAL

A referida condição, não trouxe nenhum estado de perplexidade ante os julgadores e doutrinadores, ao passo que visa tão somente, evitar que o agente fuja ou dificulte a futura aplicação da decisão final. É, nada mais nada menos, do que assegurar que a lei seja efetivada.

Cumprir trazer as lições de Nestor Távora e Rosmar Rodriguez Alencar,

“A mera conjectura, ou a possibilidade em razão da condição econômica do réu, não é, isoladamente, fatores suficientes para arremeter a prisão. A mera ausência do réu ao interrogatório, por si só, mesmo que não justificada não autoriza a decretação da preventiva”. (TÁVORA E RODRIGUES, 2011, p. 553).

No mesmo posicionamento Edílson Mougenot Bonfim, (2011, 2011 p. 478) “nesse caso, a prisão cautelar faz-se necessária em nome da efetividade do processo penal, assegurando que o acusado estará presente para cumprir a pena que lhe for imposta. Dentre as hipóteses autorizadoras da prisão preventiva com base nesse requisito, podemos citar a fuga do indiciado logo após a prática do delito, não possuir residência fixa, facilidade de fuga para o exterior etc”.

Lembrando sempre, que deve existir elementos que demonstre o receio de que o agente infrator desapareça, tornando a pena a ser aplicada, inútil, desestabilizando a própria balança da justiça.

4.3.2.3 CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL

Tel pressuposto visa prevenir que o agente durante a peserção criminal, leia-se durante o inquérito policial e o processo criminal, venha a prejudicá-la seja ameaçando testemunhas, seja destruindo provas entre outras. Nesse sentido Noberto Avena,

“A prisão preventiva, nesse caso, é decretada para impedir que o agente, em liberdade, venha a aliciar testemunhas, forjar provas, destruir ou esconder elementos que possam servir base á futura condenação, visando, assim, a furtar-se a responsabilização

criminal pelo fato objeto da investigação ou do processo. Evidentemente, sendo a custódia decretada unicamente com base neste fundamento, uma vez esgotada a instrução, não há mais razões para que subsista o decreto impondo-se a revogação” (AVENA, 2011, P. 904).

Lecionando no mesmo sentido, Edílson Mougenot Bonfim, (2011, p. 478). Trata-se de segregar o acusado para impedir sua atuação com vistas a influenciar a colheita das provas, deve-se demonstrar, com dados concretos, que, solto, o indiciado ou acusado pode suprimir os elementos probatórios indicadores de sua culpabilidade, ameaçando vítimas, destruindo evidencias materiais etc.

“Assim também ressalta Guilherme de Souza Nucci,

É o motivo resultante da garantia do devido processo legal, no seu aspecto procedimental. A conveniência de todo processo é que a instrução criminal seja realizada de maneira lisa, equilibrada e imparcial, na busca da verdade real, interesse maior não somente da acusação, mas sobretudo do réu. Diante disso, abalos provocados pela atuação do acusado, visando a perturbação do desenvolvimento da instrução criminal, que compreende a colheita de provas de um modo geral, é motivo geral, é motivo a ensejar a prisão preventiva. Configuram condutas inaceitáveis a ameaça a testemunhas, a investida contra provas buscando desaparecer com evidencias, ameaça dirigidas ao órgão acusatório, a vitima ou ao juiz de feito, dentre outras” (NUCCI, 2007 p. 562)

Vale salientar que neste fundamento de preventiva não só o indiciado ou acusado pode ser alvo desta medida cautelar. Qualquer cidadão pode ter sua liberdade restringida sob esse motivo sem que esteja relacionado numa demanda criminal, desde que, esteja interferindo na livre produção da *persecutio cirminis*, prejudicando o Estado na correta aplicação da lei na solução da demanda criminal.

4.3.3 HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE

Depois de demonstrado quais os fundamentos que legitimam a prisão preventiva, é necessário, portanto, demonstrar em que casos comportam tal medida cautelar de ultima ratio. De regra, a prisão preventiva só poderá ser decretada em crimes dolosos, ou seja, quando o agente tem intenção ou aceita a produção do delito, com pena superior a 4 anos. Assim, por ser uma medida cautelar extrema o código reservou apenas a delitos mais graves. Entretanto, a delitos menos graves, que por circunstancias do caso concreto, comportem tal medida. Quando o agente é reincidente, ou seja, antes de passados 5 anos da decisão que transitou em julgado um delito

doloso, a prática de qualquer crime doloso independente da pena poderá ser decretada se no caso em questão a prisão preventiva se fizer necessária. Outra situação seria quando o exista dúvida sobre a identificação civil do infrator, com isso, superada a dúvida dever ser o agente posto imediatamente em liberdade, vale lembrar que pode ser qualquer crime independente da pena.

Outrossim, é importante frisar, quando o crime se refere a violência doméstica no tocante aos ensinamentos de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues,

“No objetivo de garantir a execução das medidas protetivas de urgência: esta hipótese foi inserida pelo artigo 42 da lei n 11.403/2011 (lei Maria da pena), no intuito de dar maior efetividade às medidas protetivas, disciplinadas nos artigos 22, 23, e 24 do referido diploma normativo. Estas são medidas administrativas visando a proteção da mulher, de cunho nitidamente cautelar, com caráter obrigacional, imprimindo uma série de imposições ao agressor, como o afastamento do lar, proibição de aproximação da ofendida, implemento de alimentos provisórios” (TÁVORA E RODRIGUES, 2011 P. 555).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, ficou consignado os requisitos e possibilidades da imputação da prisão preventiva de cunho estritamente cautelar e excepcional, que pode figurar durante todo o tempo em que a medida se fizer necessária, até que a decisão contemple o trânsito em julgado, de acordo com os entendimentos predominantes e até de peso na doutrina e jurisprudência brasileira.

Assim, o operador da justiça deve interpretar as prisões processuais de modo a sempre pairar na exceção, já que a regra é a liberdade, impondo preferencialmente, se for o caso, medidas cautelares diversas da prisão. Norteados, portanto, pelo consagrado princípio da presunção de inocência, a fundamentadora ordem pública destacado no artigo 312 do Código de Processo Penal, não pode legitimar como base a repercussão social, o modus operandi ou mera gravidade do delito. A periculosidade do agente deve-se interpretar como indivíduo perigoso, ou seja, que volte a delinquir, e somente esta, ou seja, a reiteração delituosa que sustenta o ônus de atingir a paz social, o seio da comunidade, atingindo, assim, a ordem pública.

A principal preocupação é justamente esta, pois, a prisão cautelar é um instrumento muito poderoso que deve ter o máximo de cuidado na sua aplicação ainda mais no que tange a prisão preventiva baseada na

inexpressiva norma do artigo 312 mais precisamente no que se refere a ordem pública.

Assim exige-se que o julgador não fique preso aos anseios da sociedade que impunham, em sua equivocada ótica, o problema de insegurança a um impunidade causada por parte do judiciário ou do legislativo.

Deve o magistrado, antes de mais nada, executar o que lhe fora constitucionalmente outorgado, poder do estado destinado a aplicação a justiça, aplicar devidamente o que a lei prescreve e não resolver uma problemática que vem por parte daqueles que devem executar as leis na forma de gestores.

Com isso, cobertos pelos mantos da constitucionalidade, contemplará o fiel mandamento da *lex mater*, alcançando, portanto, o conceito exato daquilo que se chama de justiça.

A respeito de impugnação de uma possível ilegalidade em sede de cabimento da prisão preventiva, vale ressaltar que as decisões que a concedem são interlocutórias e não passíveis de recurso. No entanto, é oportuno dizer que ações constitucionais autônomas garantidoras de tutelar a liberdade como o aclamado remédio heróico denominado de Habeas Corpus se prestarão para remediar sempre que entender ser uma prisão descabida levando o indivíduo a um constrangimento ilegal ao seu direito fundamental, qual seja, direito de liberdade de locomoção o direito de ir e vir apregoados no artigo 5º do altiplano Constitucional consagrado com um dos direitos mais sagrados outorgados ao homem, pois não existe vida digna sem liberdade.

REFERÊNCIAS

AVENA, Noberto Avena 3º edição revista, atualizada e ampliada 2011.

MOUGENOT, Edílson Mougnot Bonfim. *Curso de Processo Penal* 6º edição de acordo com a lei nº 12.234/2010 2011.

MOUZALAS, Rinaldo Mouzalas. *Processo Civil* 3º edição revista atualizada e ampliada 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. *Manual de processo penal e execução penal* 3º. Edição revista, atualizada e ampliada, 2007.

PACELLI, Eugênio Pacelli de Olivera, *Curso de Processo Penal*, 11º edição, atualizada de acordo com a reforma processual penal de

2008(leis 11.689, 11.690 e 11.719) e pela lei 11.900(novo interrogatório, de 08.01.09.

RANGEL, Paulo Rangel, *Direito Processual penal*, 8º edição revista, ampliada e atualizada, 2004

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudências. Disponível na Internet: www.stf.gov.br Acesso 19 de junho de 2013.

TÁVARO E RODRIGUES, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar. *Curso de Direito Processual Penal* 6º edição revista, ampliada e atualizada 2011.