

**A EFICÁCIA DA PRISÃO PREVENTIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO – ARTIGO CIENTÍFICO DO COMANDO DA ACADEMIA DA
POLÍCIA MILITAR DE GOIÁS - CAPM**

THE EFFECTIVENESS OF PRISION PREVENTION IN BRAZILIAN LEGAL
ORDENANCE – SCIENTIFIC ARTICLE OF THE COMMAND OF THE ACADEMY
OF THE MILITARY POLICE OF GOIÁS – CAPM

LACERDA JUNIOR, Sebastião Valci¹

CANEDO, Paula Fernandes Teixeira²

RESUMO: O presente trabalho possuía a finalidade de discutir sobre a eficácia da aplicação da prisão preventiva ao ordenamento jurídico brasileiro. Pretende o trabalho, de forma fundamentada, tanto na legislação inerente ao tema proposto como no entendimento de estudiosos sobre o assunto, demonstrar que mesmo diante de posições contrárias, a prisão preventiva se trata de um instrumento necessário ao ordenamento jurídico brasileiro, pois é por meio desta modalidade de prisão que irá se garantir a ordem pública e econômica, bem como a garantia da instrução criminal, resultando na eficácia da persecução criminal. A pesquisa é fundamentada em referências bibliográficas relacionadas ao tema de estudo proposto. No decorrer do trabalho serão elencados os requisitos que o Código de Processo Penal Brasileiro determina para a aplicação da prisão preventiva, de forma que ela não agrida princípios constitucionais. O artigo busca enfatizar os benefícios que a prisão preventiva proporciona ao ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando que tal modalidade de prisão possui natureza cautelar, e, portanto, sua aplicação se trata de uma medida de extrema necessidade e urgência. Será demonstrando no decorrer do trabalho que a prisão preventiva é uma medida cautelar de urgência, aplicada para que se possa garantir a ordem pública e econômica e a eficácia da instrução criminal, sendo ela aplicada pela autoridade competente desde que estejam presentes indícios contundentes de autoria e a materialidade do delito. O presente artigo não pretende se escusar dos posicionamentos contrários a prisão preventiva. Desta forma será demonstrado também no decorrer do trabalho os posicionamentos contrários e suas alegações contra a aplicação da prisão preventiva.

Palavras-chave: Prisão Preventiva. Prisão Provisória. Medida Cautelar.

¹ Aluno soldado do curso de formação de Praça do Comando da Acadêmica da Polícia Militar de Goiás – CAPM; email: juniorfacmais@gmail.com

² Professora orientadora – Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2005). É especialista em Direito Processual pela Unama. É mestre em Direito pela PUC/GO (2013). É professora de pós-graduação da Academia da Polícia Militar de Goiás. É professora convidada na Escola Superior da Polícia Civil de Goiás. É servidora pública do Estado de Goiás, na Secretaria de Segurança Pública – Polícia Civil. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Processual Penal.

ADSTRACT: The present work had the purpose of discussing the effectiveness of the application of preventive detention to the Brazilian legal system. It intends to work, in a justified manner, both in the legislation inherent to the proposed topic and in the understanding of scholars on the subject, to demonstrate that even in the face of opposing positions, preventive detention is a necessary instrument for the Brazilian legal system, since it is through of this modality of jail that will guarantee the public and economic order, as well as the guarantee of the criminal instruction, resulting in the effectiveness of the criminal persecution. The research is based on bibliographical references related to the proposed study theme. In the course of the work will be listed the requirements that the Brazilian Code of Criminal Procedure determines for the application of preventive detention, so that it does not endorse constitutional principles. The article seeks to emphasize the benefits that preventive detention provides to the Brazilian legal system, demonstrating that this type of arrest is of a precautionary nature, and therefore, its application is a measure of extreme necessity and urgency. It will be demonstrated in the course of the work that pre-trial detention is a precautionary measure of urgency, applied in order to guarantee public and economic order and the effectiveness of the criminal investigation, being applied by the competent authority provided there are strong indications of authorship and the materiality of the offense. This article does not intend to excuse the positions against pretrial detention. In this way it will also be demonstrated during the course of the work the opposing positions and their allegations against the application of preventive custody.

Keyword: Preventive Arrest. Interim Prison. Precautionary Measure.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui o objetivo de relatar sobre a eficácia da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro, buscando para tanto, demonstrar que o referido tipo de prisão, contribui de forma positiva no bom andamento tanto da investigação criminal como do processo penal.

O método de procedimento utilizado pelo autor da pesquisa foi a revisão bibliográfica como meio de se coletar informações sobre o tema proposto. Sendo assim, a metodologia utilizada no presente trabalho é a pesquisa bibliográfica e a descrição de conceitos e definições relevantes sobre o tema estudado com enfoque acadêmico.

A prisão preventiva se trata de uma medida cautelar de urgência, sendo que no processo penal brasileiro temos três espécies de medidas cautelares, quais sejam: cautelares pessoais, cautelares relativas as provas e cautelares reais. A prisão

preventiva se enquadra nas cautelares pessoais que ainda englobam a prisão temporária, flagrante e prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível.

As modalidades de prisões acima citadas podem ser utilizadas tanto na fase do inquérito policial como no processo penal. Sendo assim, tais espécies de prisão também são conhecidas como prisão provisória. As medidas cautelares prisionais se tratam de medidas restritivas de liberdade que possuem a finalidade de garantir a investigação criminal ou o processo penal antes da condenação definitiva.

A prisão preventiva é a modalidade de prisão provisória que mais gera discussão no ordenamento jurídico brasileiro, por ser ela provisória e, por possuir entre outras, a finalidade da garantia da instrução criminal tanto no inquérito como no processo penal.

Sendo assim, pretende-se com o presente trabalho demonstrar que, ainda que sob destrutivas considerações, a prisão preventiva pode auxiliar de forma favorável tanto o inquérito como o processo penal.

Será demonstrado no trabalho os aspectos favoráveis e contrários a prisão preventiva de forma fundamentada, tanto no entendimento de estudiosos como no próprio código penal brasileiro e a lei específica do assunto em tela.

Primeiramente será demonstrado no trabalho sobre a fundamentação legal da prisão preventiva, apresentando o que o Código Penal dispõe sobre a referida prisão, demonstrando assim os aspectos que são favoráveis a prisão preventiva, bem como a sua eficácia para o ordenamento jurídico brasileiro.

Será explicitado no decorrer do trabalho que os requisitos impostos pelo legislador no que tange a prisão preventiva são de relevante valia para que se tenha uma boa instrução criminal.

Os requisitos impostos pelo legislador garantem que a prisão preventiva não seja utilizada de forma indiscriminada, mas sim somente em casos de extrema necessidade, justamente por ser essa prisão de natureza cautelar.

No decorrer do trabalho será discutido cada um dos requisitos para a aplicação da prisão preventiva de forma fundamentada para que se tenha uma maior clareza do que vem a ser tal modalidade de prisão e que ela pode ser eficaz no ordenamento jurídico brasileiro.

O trabalho tem por objetivo demonstrar que a aplicação da prisão preventiva contribui de forma favorável tanto ao inquérito policial como ao processo penal, pois tal prisão possui a finalidade de garantir a instrução criminal.

Será demonstrado no presente trabalho também, de forma cuidadosa, a natureza cautelar da prisão preventiva, relatando que ela por ser uma cautelar, não se trata de modalidade de prisão utilizada arbitrariamente, mas de forma a acautelar a instrução criminal.

Posteriormente será demonstrado, para que se tenha imparcialidade de fatos, o posicionamento doutrinário contrário a prisão preventiva, relatando assim quais os aspectos que eles consideram prejudiciais de tal modalidade de prisão.

O trabalho irá relatar que a questão que mais gera discussão divergente quanto a prisão preventiva é a prisão em si, que para eles se trata de um cerceamento ao direito de liberdade do indivíduo motivada pela autoridade judiciária com a finalidade de resguardar a administração da justiça.

No entanto, para eles, ainda que necessária, tal medida cautelar é transgressora pelo fato de que cerceia a liberdade do indivíduo antes de confirmar a sua culpa, que se dará apenas no trânsito em julgado do processo.

Outro aspecto que será demonstrado no trabalho é a questão do requisito garantia da ordem pública. Tal aspecto gera discussão pelo fato de que o termo ordem pública possui conceito amplo e complexo para ser discernido e especificamente explicado.

Por fim, pretende o trabalho concluir que ainda sob constantes e divergentes discussões a prisão preventiva se trata de medida eficaz tanto ao ordenamento jurídico brasileiro, como para a polícia militar, que é quem fará a apreensão do acusado de acordo com o pedido de prisão emitida pelo magistrado.

Há que se ressaltar que, quando a polícia militar efetua a prisão preventiva de forma necessária, ele evita que tal acusado possivelmente cometa novos delitos, diminuindo assim outras ocorrências, e, conseqüentemente possibilitando que este policial execute seu trabalho de forma mais eficaz.

1. REFERENCIAL TEÓRICO

Ainda que exista no ordenamento jurídico brasileiro divergências quanto a aplicação da prisão preventiva, ela demonstra benefícios no decorrer da instrução criminal e do processo penal, pelo fato de que, com a efetuação da prisão, se pode prevenir que o acusado cometa novos delitos ou que atrapalhe o andamento dos

procedimentos investigativos por meio de possível coação a vítima ou a testemunhas do caso.

Desta forma, a seguir passaremos a discorrer sobre o tema proposto, demonstrando os entendimentos favoráveis e também os desfavoráveis a aplicação da prisão preventiva.

Prisão preventiva em sentido amplo significa a privação de liberdade ocorrida antes do trânsito em julgado do processo penal condenatório, já em estrito corresponde ao tipo de prisão decretada pelo magistrado no decorrer do inquérito ou na instrução criminal de forma provisória.

A prisão preventiva se encontra fundamentada nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal, onde se pode verificar quais são os pressupostos de aplicação da prisão, bem como quanto a sua revogação.

De acordo com a doutrina penalista tal prisão se trata de uma medida cautelar excepcional a ser aplicada, devendo ser utilizada em último caso, e sobretudo sendo resguardadas as devidas condições legais para a sua aplicação, para que os preceitos legais não sejam feridos.

No entanto, tal modalidade de prisão tem costumeiramente gerado problemas e arbitrariedades tanto no meio da polícia judiciária como no judiciário, por possuir ela características distintas, quais sejam: provisoriedade, modificabilidade, instrumentalidade e também pelo fato de que essa modalidade de prisão visa garantir hipótese relacionadas com a efetividade ou conformidades procedimentais nos autos processuais.

O Código de Processo Penal dispõe que a prisão preventiva pode ser requerida em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, sendo decretada pelo juiz de ofício ou requerida pelo Ministério público, utilizando os seguintes argumentos: “garantia da ordem pública e econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (BRASIL, 1941).

Quanto a isto, se utilizando dos preceitos legais a respeito da prisão preventiva Renato Perrotta de Souza conceitua a referida prisão da seguinte maneira:

A prisão preventiva é modalidade de medida cautelar pessoal imposta ao suposto autor do crime, como meio de mantê-lo acautelado até o julgamento final do processo, e tem sua aplicação regulada pelo art 313, *caput*, do Código de Processo Penal – CPP. Como qualquer medida cautela, possui caráter instrumental, servindo para resguardar a eficácia de outros bens ou direitos, no caso, o próprio processo penal. Por se tratar de possibilidade autorizada por norma decorrente de legislação ordinária, deve ser interpretada e aplicada em perfeita consonância com as normas constitucionais, notadamente aquelas definidoras de direitos e garantias fundamentais (SOUZA, 2013, p. 2-3).

Desta forma, no entendimento de Renato Perrotta Souza o que se pode verificar quanto a prisão preventiva é que ela se trata de uma modalidade de prisão de natureza cautelar, ou seja, é aplicada antes do trânsito em julgado do processo penal em que o que se busca é a preservação de bens ou direitos, sempre resguardando os preceitos constitucionais inerentes ao cidadão brasileiro com o intuito de que tais direitos sejam devidamente resguardados.

Comungando deste mesmo entendimento, Fernando Capez também enxerga a prisão preventiva como uma medida cautelar provisória, que deve ser utilizada pelo fato de que os procedimentos de investigação e conclusão processuais costumam demorar, desta forma se aplica a prisão para garantir o bom andamento da investigação e do processo. Vejamos como ele conceitua tal modalidade de prisão:

A prisão preventiva é modalidade de prisão provisória, ao lado do flagrante e da prisão temporária. Possui natureza cautelar e tem por objetivo garantir a eficácia do futuro provimento jurisdicional, cuja natural demora pode comprometer sua efetividade, tornando-o inútil. Trata-se de medida excepcional, imposta somente em último caso (CPP, art, 282, § 6º). Seus pressupostos são: necessidade, urgência e a insuficiência de qualquer outra medida coercitiva menos drástica, dentre as previstas no art 319 do CPP (CAPEZ, 2014, p. 276).

Sendo assim, para Fernando Capez a prisão preventiva é uma modalidade de prisão que deve ser utilizada em caso de urgência e necessidade tendo a sua aplicação com intuitos futuros, ou seja, a eficácia do provimento jurisdicional e consequentemente a garantia da instrução penal.

O que se busca com a aplicação da prisão preventiva é que bens e direitos sejam resguardados, no caso a instrução criminal ou o processo penal, que por vezes pode ser prejudicado por condutas do acusado, que pode praticar certos atos contra a vítima ou a testemunhas, prejudicando o trabalho da polícia judiciária bem como dos operadores do direito como um todo.

Há que se ressaltar também, que possíveis prejuízos no decorrer da instrução criminal ou do processo penal podem acarretar danos a todo o sistema penal, pois se ocorrem demoras no processo por práticas praticadas pelo investigado, tal demora prejudica outros processos e investigações que poderiam estar em andamento e não estão por conta de impedimentos em um caso específico que está sendo prejudicado intencionalmente pelo investigado ou réu.

Seguindo a mesma linha de raciocínio de Fernando Capez e Renato Perrotta Souza e se utilizando do que está previsto no CPP, Renato Brasileiro de Lima em seu Manual de Processo Penal relata que:

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal (nesta hipótese, também pode ser decretada de ofício pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficiente as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319) (LIMA, 2017, 956).

Como a prisão preventiva possui consentimento de que se trata de uma medida cautelar de urgência, ela deve, portanto, atender aos requisitos legais para a sua aplicação, ou seja, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, a fumaça do direito e o perigo da demora.

Para os defensores da prisão preventiva, o que se busca com tal modalidade de prisão é que não se trata apenas da prisão indiscriminada do investigado, mas sim que os procedimentos da investigação ou do processo penal são protegidos de subterfúgios utilizados para danificar tais procedimentos, dificultando assim a sua finalização e também sua finalidade, qual seja, a resolução satisfatória do delito ora praticado.

Quanto aos requisitos *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, Fernando Capez leciona que:

Somente poderá, no entanto, ser decretada quando preenchidos os requisitos da tutela cautelar (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*). Neste sentido, dispõe o art. 312 do CPP que a prisão preventiva poderá ser decretada: (a) para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (*periculum in mora*) + (b) quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (*fumus boni iuris*) (CAPEZ, 2014, p. 277).

Assim sendo, de acordo com Capez a prisão preventiva deve ser aplicada cautelarmente senda embasada no perigo da demora dos processos penais no ordenamento jurídico brasileiro, tendo para tanto, relevantes indícios da autoria do crime.

Entretanto, no entendimento de Renato Perrotta Souza, em se tratando de processo penal não caberia a utilização do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, mas sim a utilização dos termos *periculum libertatis* e *fumus comissi delicto*.

Para ele o *periculum libertatis* se dá pelo fato de que estando o acusado em liberdade poderia trazer prejuízos ao bom andamento tanto do inquérito policial como do processo penal, pois este acusado poderia se utilizar de influências tanto no meio da polícia judiciária como no meio judiciário para se beneficiar, ou até mesmo cometer novos delitos contra as testemunhas ou mesmo contra a vítima se ela ainda

estiver viva e ao alcance deste investigado. Assim vejamos o que relata Renato Perrotta Souza:

...o que haveria no processo penal seria o chamado *periculum libertatis*, ou seja, o perigo revelado pela situação de liberdade em que se encontra o indivíduo, sujeito passivo do processo penal, diferente, portanto, do mero perigo na demora do processo, utilizado no processo civil (SOUZA, 2013, p.10).

Já o termo *fumus comissi delicti* é utilizado levando em consideração ao requisito dos indícios de autoria do delito, ou seja, a prisão preventiva será decretada se houver indícios da autoria do crime pelo acusado.

Tal requisito é de suma importância que seja observado, pelo fato de que sendo ele devidamente observado não se estará cometendo nenhuma injustiça de se cercear o direito de liberdade de um inocente, mas sim se estará cerceando a liberdade de um provável criminoso, e, dependendo do delito praticado, um criminoso de alta periculosidade.

Renato Perrotta Souza com relação ao *fumus comissi delicti* relata que:

O *fumus comissi delicti*, enquanto requisito para a decretação da prisão provisória, é necessário em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência/não culpabilidade, sendo regra a liberdade, somente em casos excepcionais, quando constatada a provável autoria do delito, seria possível restringir a liberdade de locomoção do acusado (SOUZA, 2013, p. 10).

Ainda que a prisão preventiva possua pressuposto legal, ela sofre entendimentos divergentes, ou seja, existem estudiosos que são a favor da aplicação da prisão preventiva como meio eficaz no ordenamento jurídico brasileiro e em um bom resultado na conclusão do processo penal, no entanto existe outros estudiosos que são contrários a esse entendimento.

Tais estudiosos pensam que a prisão preventiva se trata de prisão inconstitucional, pois ela cerceia o direito de ir e vir do indivíduo antes do trânsito em julgado do processo.

Outro ponto de divergência a ser discutido se trata da questão de a prisão preventiva ser uma medida cautelar ou uma antecipação de tutela.

Passaremos a discorrer sobre tais divergências, tomando como tema em tela a questão da eficácia da aplicação da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro.

As divergências com relação a prisão preventiva começaram a ser proferidas com o advento da Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5º inciso LVII anuncia o princípio da presunção de inocência. O referido princípio determina que

“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Ocorre que, o STJ na súmula 9 decreta que a prisão provisória, não ofende o princípio da presunção de inocência, Armando do Nascimento Filho relata que:

A Súmula 9 do STJ, no entanto, dispõe que a prisão provisória não ofende o princípio constitucional do estado de inocência (CF, art. 5º, LVII). A própria Constituição admite a prisão provisória nos casos de flagrante (CF, art. 5º, LXI) e crimes inafiançáveis (CF, art. 5º, XLIII) e autoriza, a contrário sensu, o legislador a proibir a liberdade provisória (CF, art. 5º, LXVI) (FILHO, 2014, p. 13).

Sendo assim, se a aplicação da prisão preventiva for embasada nos preceitos legais do CPP, não será considerada contrária ao princípio da inocência.

No entanto, a redação da Lei n. 12.403/2011 trouxe relevantes conceitos que vieram a colaborar com a aplicação da prisão preventiva.

Segundo o entendimento de Armando do Nascimento Filho:

A nova Lei nº. 12.403/2011 trouxe reformas que corroboram com o entendimento de que a prisão cautelar é uma contingência excepcional, mas necessária, desde que submetida as regras claras de cabimento e desde que substancialmente motivada. Com o advento dessa nova lei, novas medidas cautelares de cunho judicial foram implantadas com o fim de resguardar a eficácia e utilidade do processo principal, fazendo com que a prisão provisória, tanto preventiva quanto temporária, fosse usada excepcionalmente (NASCIMENTO FILHO, 2014, p. 14).

Desta forma, tem-se que a prisão preventiva deve ser aplicada com cautela, por possuir caráter excepcional, no entanto vê-se que ela é necessária para se obter a aplicação justa dos dispositivos legais pertinentes ao bom andamento processo penal.

Armando Nascimento Filho (2014) relata ainda sobre a elaboração da referida lei no que tange a prisão preventiva:

O legislador ordinário entendeu que a prisão deve ser utilizada como último meio persuasório a pretender que o indivíduo se conduza de acordo com o ordenamento jurídico pátrio. Por isso a prisão é considerada a extrema ratio da última ratio (medida extrema da última medida) (NASCIMENTO FILHO, 2014, p 14).

A prisão preventiva é uma espécie de prisão que deve ser aplicada em último caso, ou seja, quando não existem outros meios de se garantir a persecução penal, não devendo sua aplicação em espécie alguma ser contrária aos direitos e garantias fundamentais previsto constitucionalmente.

No entanto, para que tais direitos não sejam violados, há se ressaltar que “os princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade da medida cautelar “ Nascimento Filho (2014) devem ser observados e colocados em plena aplicação.

Armando Filho quanto a isto relata que:

Do ponto de vista da adequação, tem que a prisão preventiva ser capaz de eliminar o risco processual causado pela liberdade do imputado que, se em liberdade, pode comprometer as investigações. Quanto à necessidade, faz-se necessário analisar se não há outra medida menos gravosa ao acusado, capaz de proteger a persecução penal. Já quando falamos em proporcionalidade, devemos ter em mente se os fins pretendidos estão justificados pela escolha do meio restritivo (NASCIMENTO FILHO, 2014, p. 18).

Ainda que necessária a prisão preventiva deve ter a sua aplicação sob bastante cautela. Pois se levarmos em consideração que no decorrer do inquérito, antes da sua conclusão, a autoridade policial não tenha obtido indícios pertinentes da autoria ou mesmo que o inquérito já tenha sido concluído, mas se o Ministério Público entender que os indícios de autoria não são suficientes e requer diligências para fortalecer os indícios de autoria, desta forma não há que se falar em pedido de prisão preventiva.

De acordo com o princípio da presunção de inocência ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado do processo, ocorre que princípios também não devem ser violados em detrimento de um outro princípio, como no caso em questão o princípio do interesse público que é o que se busca quando se está investigando um delito.

No entanto, para Ruth Viana (2012), a prisão preventiva se trata da “constrição do direito de liberdade do indivíduo através de uma decisão motivada da autoridade competente com o objetivo de manter e resguardar a administração da justiça” (VIANA, 2012, p. 3).

Para Ruth Viana (2012) a prisão preventiva se trata de uma modalidade de prisão cautelar provisória podendo ser aplicada durante o inquérito policial ou no processo penal, desde que estejam presentes os requisitos legais para a sua aplicação, mas que ainda assim, ela é uma medida extrema que cerceia o direito de liberdade do acusado mesmo antes de se saber se ele é culpado ou inocente.

Desta forma, também contrário a decretação da prisão preventiva temos Francisco Simões Pacheco Savoia (2010) que possui o seguinte ponto de vista:

A prisão preventiva deve ser analisada caso a caso, com todas as suas peculiaridades. O que não se pode perder de vista, essencialmente, é sua natureza cautelar. Não podendo está se travestir em prisão para execução antecipada da pena sob pena de constrangimento ilegal. A linha divisora entre a cautelaridade e a execução sumaria, em se tratando de prisão preventiva, como garantia da ordem pública é tênue. Nenhuma cautelar pode conter resquícios de antecipação de pena (SAVOIA, 2010, p. 8).

Para Francisco Savoia (2010) o requisito garantia da ordem pública não pode ser requisito relevante para a decretação da prisão preventiva, pelo fato de que

“ordem pública” possui conceito amplo e complexo a ser discernido e devidamente explicado.

No entanto, a eficácia da persecução penal, deve ser garantida e efetivada pelo Estado que possui o poder/dever para tanto, buscando sempre garantir a proteção coletiva.

Ainda sobre a questão “ordem pública” como requisito a decretação da prisão preventiva temos o entendimento de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (2008) para ele “não se está buscando a conservação de uma situação de fato necessária para assegurar a utilidade e a eficácia de um futuro provimento condenatório, o que se está buscando é a antecipação de alguns efeitos práticos da condenação penal” (BADARÓ, 2008, p. 390).

Desta forma, no entendimento de Gustavo Henrique Badaró (2008) o que se está praticando com tal modalidade de prisão não é nada mais do que apenas a privação da liberdade do investigado, antecipando se assim os efeitos da tutela proposta.

Dos requisitos propostos para a aplicação da prisão preventiva o que mais tem gerado discussões é o da “garantia da ordem pública”, os outros requisitos são até bem aceitos e possuem suas finalidades reconhecidas.

Para Gustavo Henrique Badaró (2008), sob a luz do Código de Processo Penal Brasileiro, a prisão preventiva decretada com base nos seguintes requisitos é vista como medida cautelar, quais sejam: assegurar a aplicação da lei penal, conveniência da instrução criminal e a garantia da ordem econômica. Tais fundamentos para a decretação da prisão preventiva são reconhecidos como validos bem como aceitos como medida cautelar de urgência.

A prisão preventiva será legal e legítima se tiver natureza cautelar, mas não poderá constituir uma antecipação da condenação penal. Diante de tais premissas, parece claro que somente será compatível com o estado de inocência medidas cautelares propriamente ditas, isto é, prisões processuais que tenham natureza *conservativa*. De outro lado, não será legítima qualquer prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória que tenha por finalidade antecipar total ou parcialmente os efeitos da condenação penal e, portanto, seja mesmo que provisoriamente, satisfativa (BARDARÓ, 2008, p. 388).

Assim, a decretação da prisão preventiva, como medida cautelar, de forma provisória, possui utilização legal e legítima, porém, se for utilização como medida de antecipação da tutela passa a ser ilegítima, e sua utilização se torna incompatível com os procedimentos processuais dispostos em lei.

No entanto, a garantia da ordem pública é caracterizada como uma antecipação de tutela não sendo vista com bons olhos pelos opositores da prisão preventiva, pelo fato de que poderá este requisito está ferindo o princípio constitucional da presunção de inocência, bem como o que determina que ninguém será apreendido antes do trânsito em julgado do processo penal.

Para os estudiosos que são contrários a prisão preventiva como garantia da ordem pública, julgam que a utilização de tal requisito, que é vista como uma antecipação de tutela e não como uma medida cautelar de urgência, fere os princípios constitucionais acima mencionados.

Tais estudiosos afirmam e reconhecem que, em certos casos de forma bem específica a prisão preventiva possui natureza cautelar de urgência, sendo uma medida com finalidade conservativa, nos casos dos requisitos citados anteriormente, pois se trata de medida necessária.

No entanto a sua aplicação deve ser analisada de forma cuidadosa, sendo relevante destacar que em se tratando de direitos e delitos cada caso concreto é um caso, devendo se analisar de forma cautelar cada uma de suas peculiaridades.

Sendo assim, ressalta-se que os motivos autorizadores de tal modalidade de prisão não podem ser objetos de simples reprodução de dispositivos legais de maneira puramente abstrata que definem requisitos específicos para sua aplicação, há que se resguardar os princípios da presunção de inocência e da não-culpabilidade.

Como já foi mencionada anteriormente, a decretação da prisão preventiva, de acordo com *fumus comissi delicti* deve ser baseada em fatos concretos e fortes indícios de autoria, e não apenas em meras especulações. “É por isso que o mero apontamento dos requisitos legais que autorizam a decretação da prisão preventiva não servira mais como fundamento suficiente para sua decretação” (VIANA, 2012).

Ruth Viana (2012) em seu artigo afirma que os Tribunais Superiores estão delimitando a utilização desarrazoada dos requisitos da aplicação da prisão preventiva. Tais Tribunais entendem que a decretação da prisão preventiva deve ser aplicada de forma mais cuidadosa para que os direitos e garantias fundamentais do acusado não sejam feridos em face da proteção demasiada à coletividade.

Assim, toda decisão cerceadora da liberdade do indivíduo deve ser baseada em fatos concretos e não em meras especulações de perigo. É por isso que o mero apontamento dos requisitos legais que autorizam a decretação da prisão preventiva não servira mais como fundamento suficiente para sua decretação. Neste sentido os Tribunais Superiores já delimitam a utilização desarrazoada dos conceitos de garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, garantia da aplicação da lei penal e garantia da conveniência da

instrução criminal para fins de decretação da prisão preventiva (VIANNA, 2012, p. 12).

Portanto, a decretação da prisão mesmo que seja ela na forma preventiva, deve ser analisada com cautela, não se levando em consideração apenas os preceitos legais, mas sim o caso concreto, pois cada caso possui suas especificidades, que devem ser vistas de forma também bem específica.

O cuidado que se deve ter em aplicar a prisão preventiva se dá pelo fato de que por vezes “os efeitos práticos da prisão preventiva são em tudo semelhantes aos efeitos práticos da prisão para o cumprimento de pena privativa de liberdade” (BARDARÓ, 2008, p.388), efeitos estes que são sofridos pelo acusado, pois ele, em certos casos é colocado no cárcere juntamente com outros criminosos já condenados em regime fechado em cadeias públicas ou em centros de detenção provisórios, sendo ele equiparado a estes condenados, mesmo que seu processo não tenha transitado em julgado.

Para a imposição da custódia preventiva faz-se mister que a autoria do fato se não for conhecida, possa ser ao menos determinada por meio de uma somatória de circunstâncias, que tenham o condão de levar o julgador a uma certeza razoável quanto a autoria do fato típico. Ao lado desses requisitos, se faz necessário que a decisão seja fundamentada (SÁ, 2018, p. 11).

Assim, os motivos de fato e de direito devem ser indicados, devendo o juiz manifestar a respeito das provas da existência da autoria e do crime.

A pesar de cada vez mais ser repudiada pelos estudiosos e operadores do direito, a prisão preventiva ainda encontra previsão legal em quase todos os ordenamentos jurídicos.

No entanto, com relação ao direito de liberdade, tem-se o embate entre o direito de liberdade pessoal do indivíduo e o direito de segurança do Estado, de um lado temos um dos bens mais valiosos da pessoa humana que é a liberdade e de outro o dever do Estado em garantir a segurança pública para a coletividade.

Quanto a isto, há que se ressaltar “a necessidade de se proceder uma interpretação restritiva, é sempre uma análise favor *libertatis*, já que essa interpretação adquirir um cunho altamente jurídico, além de ético” (SÁ, 2018, p.10) sendo que é imprescindível o respeito à dignidade da pessoa humana.

Portanto, para que a persecução penal possua a devida efetividade no que concerne a punição a ser aplicada aos que cometem delitos, o ordenamento jurídico brasileiro se faz valer do instituto da prisão preventiva, que, como já foi explicitado, se

trata de medida cautelar de urgência a ser utilizada de forma excepcional desde que resguardados os requisitos legais para a sua devida aplicação.

Quanto a isto, a prisão preventiva possui a finalidade, enquanto medida cautelar compatível com os preceitos e garantias constitucionais da presunção de inocência, de assegurar a efetividade do provimento que será proferido ao final do processo penal condenatório. Sendo que, poderá também tal instituto ser uma cautelar instrumental que assegurará a devida produção de provas ou mesmo uma cautelar final que assegurará a aplicação da pena privativa de liberdade ao final do processo penal.

Há que se ressaltar que em determinadas situações se faz necessário a restrição do direito de liberdade do investigado ou acusado antes do trânsito em julgado do processo condenatório para que se possa obter uma melhor elucidação do delito pelo Estado, sendo tal modalidade de prisão decretada não de qualquer maneira com o intuito puro e simples de instrumento de punição antecipada, mas como meio útil de se solucionar da melhor forma possível o fato típico.

Desta forma, a prisão preventiva sendo utilizada como medida cautelar provisória restritiva de liberdade não deve ser vista como finalidade ilegítima para defender a sociedade, mas deve sim, ser vista como uma medida excepcional de privação de liberdade do acusado que possui o liame de viabilizar um bom andamento da persecução penal culminando no *jus puniendi*, para que assim sendo se possa reestabelecer a segurança social, que é o fim desejada por todos.

Portanto, para que se possa decretar a prisão preventiva, de maneira que ela assume o aspecto de medida cautelar excepcional de urgência, há que se provar os requisitos impostos pelos dispositivos legais pertinentes de forma fundamentada no ordenamento jurídico brasileiro, bem como averiguar de maneira criteriosa as especificidades de cada caso concreto em que se esteja solicitando tal modalidade de prisão.

2. RESULTADO E DISCUSSÃO

Como explicitado no texto anteriormente a prisão preventiva, de acordo com entendimento legal, é uma espécie de prisão que possui natureza cautelar, podendo ser utilizada como meio para restringir a liberdade do acusado, em qualquer

fase, tanto do inquérito como da instrução penal, desde que devidamente observadas as condições propostas no Código de Processo penal.

Tais condições se encontram elencadas nos artigos 313 ao 319 do Código de Processo Penal dispondo que tal medida cautelar poderá ser acolhida para que se possa garantir a ordem pública, a ordem econômica; por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, em casos excepcionais.

A apreciação para que seja decretada a prisão preventiva deve ser feita pelo magistrado, que levará em consideração, além dos requisitos para a decretação, também o rol dos delitos que são passíveis de prisão preventiva que estão dispostos no artigo 313 do CPP.

Há que se ressaltar que, a decretação da prisão preventiva deve ser utilizada se houver fortes indícios de autoria do acusado, bem como existir provas da materialidade do delito, caso contrário não há que se falar em prisão preventiva, pois com o advento da Lei 12.403/2011 foram instituídas outras modalidades de prisão que poderão ser utilizadas pelo magistrado, se for o caso.

Como foi relatado no texto, para Renato Perrotta Souza (2018) a prisão preventiva é uma modalidade de prisão de natureza cautelar, ou seja, possui aplicação anterior ao trânsito em julgado do processo penal, onde se busca a preservação de bens ou direitos, sendo resguardando os preceitos constitucionais do cidadão brasileiro com a finalidade de que tais direitos sejam assegurados.

Também para Fernando Capez (2014) a prisão preventiva é uma medida cautelar provisória, que deve ser utilizada em virtude de que os procedimentos processuais penais ocorrem de uma forma um tanto demorada, demorando assim também a sua conclusão, sendo assim se aplica a prisão preventiva para garantir o bom andamento da investigação e da persecução penal.

Tanto para Fernando Capez (2014) como para Renato Perrotta Souza (2018) a prisão preventiva se trata de uma modalidade de prisão que deve ser utilizada em caso de urgência e necessidade tendo a sua aplicação com intuitos futuros, ou seja, a eficácia do provimento jurisdicional e consequentemente a garantia da instrução penal.

Seguindo o mesmo entendimento de Fernando Capez (2014) e Renato Perrotta Souza (2018) acrescenta Renato Brasileiro de Lima (2017) que a prisão preventiva pode ser requerida de ofício pelo magistrado, bem como pode ser requerida pela autoridade policial competente ou pelo Ministério Público, pelo querelante ou pelo assistente, podendo ser requerida em qualquer fase da investigação ou do processo,

desde que ocorram motivos relevantes para a decretação ou que não exista outras medidas cabíveis.

Pelo fato de que a prisão preventiva, de acordo com o entendimento dos supracitados autores, possui natureza cautelar, a sua aplicação deve atender a dois requisitos primordiais, quais sejam o *periculum libertatis* e *fumus comissi delicto*.

Segundo Renato Perrotta Souza (2018) o *periculum libertatis* acontece quando, estando o acusado em liberdade ele traga prejuízos para a investigação ou para o processo, pois este acusado pode possuir meios para influenciar no bom andamento das investigações, bem como na persecução penal.

Entretanto, o *fumus comissi delicti* refere-se a questão de ocorrer indícios de autoria do delito por parte do acusado, tal fato não poderá ser meros indícios, mas sim fortes indícios da autoria, para que não ocorra erros de difícil reparação.

Tal requisito é de suma importância que seja observado, pelo fato de que sendo ele devidamente observado não se estará cometendo nenhuma injustiça de se cercear o direito de liberdade de um inocente, mas sim se estará cerceando a liberdade de um provável criminoso, e, dependendo do delito praticado, um criminoso de alta periculosidade.

No entanto, ainda que a prisão preventiva possua pressupostos devidamente legais, ela sofre divergências por parte dos estudiosos do direito, bem como do ordenamento jurídico como um todo, ou seja, existem estudiosos que são favoráveis à sua aplicação, como meio eficaz no ordenamento jurídico brasileiro e em um bom resultado na conclusão do processo penal, no entanto existe outros estudiosos que são contrários a esse entendimento.

Para os defensores da prisão preventiva, o que se busca com tal modalidade de prisão é que não se trata apenas da prisão indiscriminada do investigado, mas sim que os procedimentos da investigação ou do processo penal são protegidos de subterfúgios utilizados para danificar tais procedimentos, dificultando assim a sua finalização e também sua finalidade, qual seja, a resolução satisfatória do delito ora praticado.

Desta forma, se faz necessário que por parte do magistrado, haja a devida e justa aplicação da prisão preventiva, sob uma verificação cautelar e razoável dos fatos para a prolação da prisão cautelar preventiva, sendo observados os preceitos constitucionais.

No ordenamento jurídico brasileiro existem posicionamento tanto a favor como contra a prisão preventiva, uns pensam que tal modalidade de prisão se

apresenta como eficaz para o inquérito bem como para a instrução criminal, no entanto também existem outros posicionamentos contrários que veem a prisão preventiva como um instituto falido e repleto de ilegalidades.

Entretanto, há que se ressaltar que, prováveis prejuízos durante a instrução criminal ou na persecução penal podem promover danos a todo o sistema penal, pois se acontecer demoras no processo em virtude de atos praticado pelo acusado, essa demora prejudica o sistema, pois ocasiona demora em outras investigações e processos.

Os posicionamentos contrários a prisão preventiva apresentam como ponto relevante para defenderem sua contrariedade a questão do princípio da inocência disposto no artigo 5^a da Constituição Federal, pois o referido artigo dispõe que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Desta forma, acreditam eles que o ato de se encarcerar o acusado antes do trânsito em julgado do processo penal, tal atitude é contrária ao que disciplina a Constituição Federal de 1988.

Tais estudiosos, acreditam que a referida modalidade de prisão é inconstitucional pois cerceia o direito de liberdade do acusado mesmo antes de se confirmar a sua culpabilidade.

Os doutrinadores que se apresentam contrários a aplicação da prisão preventiva consideram que a garantia constitucional da presunção de inocência e da não-culpabilidade devem se apresentar como regra e que a prisão é medida realmente excepcional.

Para eles a decretação da prisão preventiva não se apresenta como medida excepcional, mas sim como uma antecipação da tutela, ou seja, o direito de liberdade é cerceado antes da sentença penal condenatória.

Outra questão levantada pelos estudiosos que são contrários a aplicação da prisão preventiva, é o fato de que esse preso provisório é colocado no cárcere juntamente a outros presos que são condenados, e em certos casos condenados por crimes de alta periculosidade.

Como foi explicado no decorrer do texto, para que seja decretada a prisão preventiva, o magistrado deve atender a alguns requisitos imposto no Código de Processo Penal, quais sejam: a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Ocorre que, para Francisco Savoia (2018) o requisito garantia da ordem pública não pode ser requisito relevante para a decretação da prisão preventiva, pelo fato de que “ordem pública” possui conceito amplo e complexo a ser discernido e devidamente explicado.

Seguindo o mesmo entendimento de Francisco Savoia (2018) temos Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (2018) relatando que com a prisão preventiva não se busca como finalidade principal a conservação de uma determinada situação, no caso a ordem pública, que de fato é necessária para se garantir a eficácia do provimento condenatório futuro, mas o que se está pretendendo nada mais é do a antecipação dos efeitos da tutela penal condenatória.

Embora, se tenha divergências de pensamentos quanto a prisão preventiva, há que se ressaltar que se forem utilizados os requisitos legais para a sua decretação, a sua aplicação passa a ser eficaz para o bom andamento da investigação criminal, bem como da persecução penal.

Quando se aplica a prisão preventiva de forma cautelar, mediante os requisitos da cautelar, ela se apresenta de forma legal e eficaz, pois garante que a investigação procederá de forma hábil e satisfatória.

A prisão preventiva quando aplicada de maneira que atenda aos requisitos acima descritos, não estará se apresentando como uma antecipação da tutela, mas sim como uma medida cautelar de urgência, que será aplicada para que a investigação criminal ou o processo penal, não sofram danos passíveis de prejudicarem o resultado final do processo.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito a se manter em liberdade é um direito a assegurado na Constituição Federal a todo indivíduo, no entanto se este indivíduo cometer algum ato ilícito ele será penalizado por este ato, sendo que tal punição acontecerá, via de regra, após ele ser julgado e ao final ser considerado culpado.

Em virtude desta máxima, é que a Constituição Federal dispõe em seu texto princípios e garantias que resguardam o cidadão contra possíveis arbitrariedades que ele possa vir a padecer.

O texto constitucional prevê o contraditório que permite ao acusado a defesa a toda e qualquer acusação que ele esteja sofrendo, prevê também a ampla

defesa que se trata do uso de todos os meios de prova em direito admitida, bem como prevê também o princípio da presunção de inocência que assegura ao acusado o direito de ter sua culpa provada pelo órgão acusador competente.

No entanto, também é dever do Estado garantir a coletividade o direito à segurança, segurança de suas vidas e de seus bens, resguardando a todos cidadão o direito de ir e vir de forma segura.

Desta forma, prevê a legislação penal vigente os atos que são considerados como delitos penais, e conseqüentemente, quanto tais atos são praticados, também prevê a legislação, a punição para estes atos.

Para que o cidadão infrator seja punido pelo ato ilícito praticado, ele passa por um processo penal, que se inicia com o inquérito penal, exercido pela polícia judiciária, posteriormente essa investigação se transforma em um processo penal que será julgado pela autoridade judiciária competente, tal autoridade se trata do juiz criminal.

No corpo do artigo foi demonstrado que o ordenamento jurídico brasileiro possui algumas modalidades de prisão, sendo que a prisão preventiva está incluída nessas modalidades.

Buscou-se no presente trabalho demonstrar que a prisão preventiva se apresenta de forma a corroborar com o ordenamento jurídico brasileiro, pois ela é eficaz para tal ordenamento.

Como foi explicado no decorrer do trabalho, a prisão preventiva se trata de uma medida cautelar de urgência, que deve ser aplicada quando houver extrema necessidade, desde que estejam presentes relevantes indícios de autoria e a materialidade do crime.

No trabalho foi demonstrado também a corrente minoritária, que se posiciona de forma contrária a aplicação da prisão preventiva, sob a alegação de que tal modalidade de prisão é inconstitucional, e que também não se trata de uma medida cautelar, mas sim de uma antecipação de tutela.

No entanto, a corrente majoritária, que foi apresentado também no trabalho, é que a prisão preventiva se trata de uma medida cautelar de urgência, sendo esta uma medida eficaz para o ordenamento jurídico brasileiro, bem como para os procedimentos processuais.

Ainda que a aplicação da prisão preventiva seja alvo de críticas, ela se apresenta como uma medida que possui a finalidade de auxiliar, tanto a investigação quanto o processo penal.

Resta cristalino que o direito à liberdade é um direito que deve ser resguardado, no entanto, quando atendidos os requisitos para a aplicação da prisão preventiva, deve ela ser aplicada, para que se possa garantir também a persecução criminal.

A prisão preventiva, por ser uma espécie de prisão, e desta forma cerceia a liberdade do indivíduo, se apresenta como um mal necessário, pois este indivíduo estará tendo o seu direito de liberdade cerceado para se obter a eficácia da persecução penal.

Como ficou explicado no presente trabalho, a prisão preventiva não é uma prisão inconstitucional, pois ela não cerceia de forma indiscriminada o direito de liberdade, existem pressupostos para que tal modalidade seja aplicada.

A prisão preventiva também não sonega a presunção de inocência do acusado, pois estão à disposição deste acusado todos os princípios, meios e pressupostos para que ele prove a sua inocência, e ao final do processo penal, que é promovida pela autoridade judiciária competente, ele seja julgado de forma justa.

Desta forma, conclui-se que a prisão preventiva, por se tratar de uma medida cautelar de urgência, aplicada quanto existirem fortes indícios de autoria e a materialidade do crime, se apresenta como uma espécie de prisão eficaz, produzindo eficiência ao ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto, há que se destacar que as discussões sobre a eficácia da prisão preventiva para o ordenamento jurídico ainda não estão pacíficas, diante do questionamento sobre a sua constitucionalidade, pelo fato de que tal modalidade de prisão cerceia o princípio constitucional da inocência.

Desta forma, será mesmo que a prisão preventiva, ainda que aplicada sob preceitos legais e respeitando os requisitos impostos pelo legislador, cerceia o direito de liberdade do acusado e fere o princípio constitucional da inocência.

Desta feita, fica tal questionamento para futuras pesquisas e discussões referentes ao tema até aqui estudo.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

BARDARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade**: proposta de mudanças legislativas. Disponível em:

<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67811-89242-1-pb.pdf> acesso em 23 jan. 2018.

BRASIL, Lei 3689 de 3 de outubro de 1941 **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 13 de outubro de 1941.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL, Lei 12.403 de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3689 de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. Volume único. 5ª ed. rev. ampl. E atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

NASCIMENTO FILHO, Armando do. **A eficácia da prisão preventiva**. Disponível em: <http://fespfaculdades.com.br/painel/uploads/arquivos/prisao%20preventiva%20e%20sua%20eficacia-%20armando%20tcc.pdf> acesso em: 23 jan. 2018.

SOUZA, Renato Perrotta. **A inconstitucionalidade da prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública**. Disponível em : <http://www.emerj.tjrj.ius.br/paginas/trabalhosconclusao/1semestre2013/trabalhos12013/renatoperrottasouza.pdf> acesso em: 23 jan. 2018.

SAVOIA, Francisco Simões Pacheco. **Da problemática envolvendo a fundamentação da prisão preventiva na garantia da ordem pública**. Disponível em: <http://www.unaerp.br/revista-cientifica-integrada/edicoes-especiais/1690-72/> acesso em: 23 jan. 2018.

SÁ, Rodrigo Moraes. **Tutela cautelar penal e a prisão preventiva**. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigocientifico-tutelacautelareaprisaopreventiva.pdf> acesso em 23 jan. 2018.

VIANA, Ruth Araújo. Aplicação da prisão preventiva para fins ilegítimos de defesa social. Disponível em <http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/edital-n-01-2013/artigos/ruth%20araujo.pdf> acesso em: 26 jan. 2018.