



## PRISÃO PREVENTIVA: A CELEUMA JURÍDICA TRAVADA ACERCA DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO

SOUZA, Thiago V. H.<sup>1</sup>  
HELENE, Paulo H.<sup>2</sup>

### RESUMO:

Com base em fontes bibliográficas, este artigo tem como objetivo estudar a constitucionalidade da prisão preventiva enquanto medida cautelar processual penal, instituto inserto no Código de Processo Penal, relevante não só na seara jurídica, mas também de indubitável importância no âmbito social. Objetiva-se assim, pormenorizar os requisitos para aplicação de aludida prisão cautelar, notadamente no que diz respeito às principais vertentes do *periculum libertatis*, isto é, garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, para fins de assegurar a aplicação da lei penal ou, ainda, por conveniência/necessidade da instrução criminal. Além disso, no presente trabalho, há a análise de eventual usurpação de poder realizado pelo Poder Judiciário em detrimento do Poder Executivo quando aquele decreta uma prisão cautelar a fim de evitar reiteração delitiva sob pretexto de necessidade de garantia da ordem pública. Outrossim, será abordada a constitucionalidade da prisão por necessidade de conveniência da instrução criminal e para asseguração da aplicação da lei penal

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Penal; medidas cautelares; prisão preventiva.

## PREVENTIVE PRISON: THE LEGAL CELEUM ATTACHED ABOUT THE (IN) CONSTITUTIONALITY OF THE INSTITUTE

### ABSTRACT:

Based on bibliographic sources, this article aims to study the constitutionality of pretrial detention as a precautionary measure of criminal procedure, an institute inserted in the Criminal Procedure Code, relevant not only in the legal area, but also of undoubtedly importance in the social sphere. The purpose is to detail the requirements for the application of such a precautionary arrest, notably with regard to the main aspects of *periculum libertatis*, that is to say, guarantee of public order, guarantee of economic order, for the purpose of ensuring law enforcement prosecution or need for criminal investigation. In addition, in the present work, there is the analysis of possible usurpation of power carried out by the Judiciary to the detriment of the Executive Branch when it decrees a precautionary prison in order to avoid delusional reiteration under the pretext of the need to guarantee public order. Also, the constitutionality of the prison will be approached due to the need for convenience of criminal instruction and to assure the application of criminal law.

**KEYWORDS:** Criminal proceedings; precautionary measures; custody.

<sup>1</sup> Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário FAG, tvhumbertos@gmail.com.

<sup>2</sup> Docente orientador do curso de Direito do Centro Universitário da FAG, Paulo2h@hotmail.com.



## 1 INTRODUÇÃO

O Estado, ente abstrato e soberano, é o detentor do poder/dever de punir. Poder porquanto exclusivamente o Estado pode punir. O dever, por sua vez, é consequência lógica desse poderio estatal, na medida em que se tão só o Estado pode punir, ele deve agir quando necessário, exercendo o *jus puniendi*.

Contudo, esse poder/dever punitivo estatal somente pode ser realizado se respeitadas as garantias constitucionais previstas na Carta Magna (CF/88), razão pela qual se faz necessário um devido processo legal para que alguém seja processado.

Nesse seguimento há a necessidade de medidas cautelares para que um processo (penal) transcorra seu curso de forma natural, garantindo-se os direitos fundamentais aos pacientes jurisdicionados e, via de consequência, assegurando-se o bom funcionamento da justiça.

A prisão preventiva é uma espécie de medida cautelar processual pessoal, sendo unicamente utilizadas como última *ratio*, isto é, tão somente quando nenhuma outra medida mostrar-se suficiente (tais quais as descritas no art. 319, do Código de Processo Penal) é que o Estado, por intermédio do Poder Judiciário, pode valer-se dessa “precaução”.

Isto porque, essa prisão possui o condão de segregar cautelarmente o sujeito por prazo indeterminado, de modo a restringir o direito natural de liberdade do ser humano em prol do salutar andamento processual (penal).

No entanto, inúmeras são as críticas à prisão descrita acima, sobretudo quando transpassada por uma escorreita análise à luz dos mandamentos da Constituição Federal e da natureza jurídica das medidas cautelares, haja vista que a prisão preventiva possui certa incoerência jurídica quando analisados os seus fundamentos.

Se prisão preventiva possui natureza jurídica de medida cautelar, visando assim proteger o processo, há irregularidade quando decretada para garantir a ordem pública, já que desvirtua a própria natureza jurídica da prisão, mostrando-se discutível a coexistência entre referida prisão (a depender do fundamento) e o Estado Democrático de Direito.

Além disso, verifica-se a presença de usurpação de competência e, portanto, violação à separação dos poderes, quando um magistrado decreta a prisão preventiva pelo risco de reiteração delitiva do agente, tendo em vista que o Poder Judiciário executa função destinada ao Poder Executivo, qual seja o poder ostensivo das polícias judiciárias e militares.



Ainda, a prisão cautelar decretada para assegurar a aplicação da lei penal e por conveniência da instrução criminal não está satisfatoriamente alicerçada no Código de Processo Penal, eis que é severamente vaga e deixa a cargo exclusivamente da doutrina e da jurisprudência as condições de sua aplicabilidade.

Portanto, o presente trabalho faz-se relevante, pois aborda questões polêmicas sobre a constitucionalidade e utilização dessa prisão enquanto medida acautelatória do processo penal.

## 2 DESENVOLVIMENTO

### 2.1 DAS MEDIDAS CAUTELARES

Pode-se afirmar que no processo penal medidas cautelares são aquelas destinadas a resguardar o resultado útil do processo. Ao tratar do assunto, Aury Lopes Júnior explica que “as medidas cautelares são instrumentos a serviço do processo, para tutela da prova ou para garantir a presença da parte passiva” (2016, p. 600).

Tais medidas subdividem-se em: reais e pessoais. As medidas cautelares reais recaem sobre coisas, como por exemplo, mandado de busca e apreensão, ao passo que as medidas cautelares pessoais se ocupam de pessoas, restringindo o direito de liberdade do ser humano quando aplicada, tal qual ocorre nas prisões cautelares/provisórias.

Em se tratando de medidas cautelares de caráter pessoal, existem três espécies de prisões provisórias no bojo do processo penal, quais sejam: prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária.

Oportuno salientar que há parte da doutrina adotando entendimento no sentido de que a prisão em flagrante não possui natureza cautelar, mas sim pré-cautelar, na medida em que não possui efetivo escopo de acautelar o processo ou investigação, mas sim de cessar a prática delituosa, de tal sorte que somente haverá que se falar em prisão cautelar quando o magistrado homologar o flagrante e converter a prisão em flagrante para prisão preventiva. Segundo Aury Lopes Junior, “a prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar, uma precária detenção que pode ser feita por qualquer pessoa do povo ou autoridade policial” (2016, p. 603).

Importante destacar que as medidas cautelares são tratadas a partir do artigo 282 do Código de Processo Penal, o qual dispõe em seu *caput* que:



Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado (BRASIL, 1941).

Nesta mesma linha, depreende-se do artigo 283, do mesmo Diploma Processual, que antes do resultado final do processo, alguém só será privado de liberdade em decorrência de prisão preventiva ou temporária, devidamente fundamentada (BRASIL, 1941).

Portanto, denota-se que a finalidade de aludidas prisões não é outra senão acautelar o processo, porquanto o próprio legislador dispôs neste sentido nos artigos 282, inciso I, do CPP; 294, *caput*, da Lei 9503/97; e 1º, inciso I, da Lei 7960/90 (BRASIL, 1997; 1990; 1941).

Vale mencionar que, não obstante, as medidas cautelares só podem ser aplicadas em detrimento do investigado, denunciado ou réu quando preenchidos seus requisitos ensejadores, isto é, em suma, tão só quando houver prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria é que se poderá falar em aplicabilidade das medidas cautelares, ressaltando-se a necessidade de efetiva fundamentação por parte do magistrado.

Insta salientar, por oportuno, o ensinamento de Aury Lopes Junior, o qual preleciona que:

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o requisito para decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fummos commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito. [...] na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (2016, p. 599).

Salienta-se que o Código Processual Penal possui uma vasta gama de medidas cautelares além das que resultem na prisão do denunciado, conforme se extrai do rol – exemplificativo – constante no artigo 319 do mencionado diploma.

Por fim, calha destacar que a aplicação das medidas cautelares deve ser analisada à luz da CF/88, de maneira que se faz imprescindível a observância ao princípio da proporcionalidade, mesmo quando se tratar de medidas distintas da prisão.

Não é diversa a lição de Eugênio Pacelli de Oliveira, ensinando que:

[...] toda e qualquer restrição a direitos individuais, além da exigência de ordem escrita e fundamentada do juiz, levará em conta a necessidade e a adequação da medida, a serem aferidas a partir da: a) garantia da aplicação da lei penal; b) conveniência da investigação ou instrução criminal (2015, p. 503).



Como se vê, então, as medidas cautelares são tomadas no curso da investigação ou do processo e possuem o propósito de salvaguardar o processo, tendo as prisões provisórias/cautelares (seja temporária, seja preventiva) o mesmo objetivo.

## 2.2. DA PRISÃO PREVENTIVA

### 2.1.1 Aspectos Gerais

A prisão preventiva, como dita, é uma espécie de prisão provisória que não possui prazo de duração. Isto se dá em razão de que a prisão preventiva segue a cláusula *rebus sic standibus*, ou seja, os requisitos ensejadores da segregação cautelar são os mesmos que os requisitos revogadores, bastando-se analisar se estão ou não presentes.

Em suma, os requisitos são: *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. O primeiro consubstancia-se em indícios de autoria e prova da materialidade, ao passo que o segundo materializa-se na garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, ou para se assegurar a aplicação da lei penal, tudo na forma do art. 312, do CPP.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (BRASIL, 1941).

Oportuno trazer à baila que o Código Processual Penal brasileiro possui certa rancidez fascista ante seu contexto de concepção, uma vez que o atual Código é datado da década de 40 e foi embasado no Código Processual Penal Italiano de 1930, também conhecido como Código Rocco (BALDISSERA, 2017).

Sucede que o Código Rocco – que vigorou até 1988 quando sobreveio o novo Código de Processo Penal Italiano – foi formulado quando imperava o fascismo de Mussolini, e trazido ao ordenamento brasileiro no período em que vigorava a ditadura Getulina (FOLGADO, 2009).

Portanto, vê-se que o Código de Processo Penal do Brasil foi elaborado sob a égide de um sistema inquisitivo – em que pesem as reformas realizadas – e permanece com suas manifestas mazelas até os dias de hoje.



Vale lembrar, a título de curiosidade, que há um anteprojeto de CPP tramitando no Congresso Nacional (PL 8.045/2010), que traz várias alterações, tais como a não antecipação de pena na fundamentação do decreto de segregação cautelar e a existência de prazo máximo para duração da prisão preventiva:

Art. 556. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. §1º A prisão preventiva jamais será utilizada como forma de antecipação da pena. [...] Art. 558. Quanto ao período máximo de duração da prisão preventiva, observar-se-ão, obrigatoriamente, os seguintes prazos: I – 180 (cento e oitenta) dias, se decretada no curso da investigação ou antes da sentença condenatória recorrível, observado o disposto nos arts. 15 VIII e parágrafo único, e 32, §§ 2º e 3º; II – 180 (cento e oitenta) dias, se decretada ou prorrogada por ocasião da sentença condenatória recorrível; no caso de prorrogação, não se computa o período anterior cumprido na forma do inciso I deste artigo (BRASIL, 2010).

A propósito, é evidente que algumas irregularidades no tocante à prisão preventiva são decorrentes de um Código Processual Penal extemporâneo e ultrapassado.

## 2.2.2 Conveniência da instrução criminal e aplicação lei penal

No Código de Processo Penal brasileiro, o legislador foi vago ao tratar da prisão por conveniência da instrução criminal e para aplicação da lei penal e, via de consequência, as hipóteses de cabimento ficaram tão somente a cargo da doutrina e da jurisprudência.

Ademais, o legislador teve a oportunidade de realizar alterações no CPP e na prisão preventiva com o advento da Lei 12.403/2011, mas não o fez. Nesse sentido, Rogério Sanchez Cunha: “A Lei 12.403/2011, deveria ter acolhido a crítica da doutrina, alterando a expressão conveniência para necessidade da instrução, bem mais coerente com o caráter excepcional da medida extrema [...]” (2012, p. 159).

De acordo com Nestor Távora e Fábio Roque Araújo, na conveniência da instrução criminal “o objetivo é a preservação da livre produção probatória, despida de qualquer tipo de coação que possa ser exercida pelo imputado ou por pessoas ligadas a ele” (2016, p. 491).

Ainda, ao tratarem da necessidade de se assegurar a aplicação da lei penal, referidos autores dispõem que “deve haver risco considerável de fuga, com fundamentos concretos que indiquem que o imputado pretende eximir-se da responsabilidade criminal evadindo-se” (2016, p. 491).



Já no âmbito do direito comparado, analisando legislações mais modernas como as de alguns países vizinhos (Paraguai, Bolívia, dentre outros), verifica-se que o legislador foi mais preciso ao tratar do instituto.

No Código Processual Penal Boliviano, por exemplo, as possibilidades de prisão por conveniência da instrução criminal e para aplicação da lei penal estão taxadas na redação do artigo, gerando assim, maior segurança jurídica:

Artículo 234º. (Peligro de fuga). Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrá en cuenta las siguientes circunstancias: 1. Que el imputado no tenga domicilio o residencia habitual, ni familia, negócios o trabajo asentados en el país; 2. Las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto; 3. La evidencia de que el imputado está realizando actos preparatorio de fuga; y, 4. El comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de no someterse al mismo.

Artículo 235º. (Peligro de obstaculización). Para decidir acerca del peligro de obstaculización para la averiguación de la verdad, se tendrá en cuenta especialmente, la concurrencia de indicios de que el ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; y, 2. Influirá negativamente sobre los partícipes, testigos o peritos para beneficiarse (BOLIVIA, 1999).

Assim, infere-se da redação do art. 234, do CPP Boliviano, uma maior valorização das condições pessoais do agente, mormente quando dispõe que será levado em conta, inclusive, o comportamento do acusado em outro processo anterior, o que demonstra a real excepcionalidade da medida.

E, nesse sentido dispõe também o Código de Processual Penal paraguaio de 1998. Vale destacar que referidos Códigos são referências mundiais na atualidade, sobretudo em decorrência de que a Bolívia e o Paraguai transpassaram aos seus Códigos os mandamentos disciplinados na Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).

O Brasil, por seu turno, quanto seja signatário do Pacto de San José da Costa Rica, descumpre algumas diretrizes lá estabelecidas.

Nessa linha, poderia se falar em controle de convencionalidade até mesmo em sede de prisões preventivas, no sentido de indeferir, por exemplo, uma representação de segregação cautelar realizado pelo *Parquet*, sempre com a imprescindível análise do caso concreto.

Oportuno frisar que, a rigor, a maioria das opções de decretação de prisão preventiva fundadas no CPP Boliviano são as mesmas cotidianamente ventiladas pela doutrina e pela jurisprudência brasileira, apesar de não elencadas precisamente no art. 312, do CPP pátrio. (Ex. Conveniência de instrução criminal para fins de evitar que o agente destrua provas).

Todavia, há de ressaltar-se a necessidade de previsão expressa na lei, porquanto o princípio da legalidade não se aplica somente ao Direito Penal, mas também ao Processo Penal, haja vista ser



por intermédio deste mecanismo que o sujeito pode eventualmente ser dissociado de seu âmbito social (FERRAJOLI, 2002).

A doutrina majoritária assevera que a Constituição Federal Brasileira é uma Constituição “Garantista por Excelência”, justamente porque contém todos os axiomas de Luigi Ferrajoli, conhecido como “Pai do Garantismo Penal”.

Contudo, como explanado acima, o próprio renomado Jurista é quem explica que o Princípio da Legalidade é também aplicado ao Processo, e não apenas ao direito material, de modo que é obrigatória a previsão legal também no CPP, minimizando-se sobremaneira a aplicação de abusivas analogias.

Dessa maneira, vê-se que o Princípio da Legalidade é alicerce tanto do Direito Penal quanto do Processo Penal (ou ao menos deveria ser) e, se aplicado corretamente, as arbitrariedades decorrentes do poder geral de cautela disciplinados no Código de Processo Civil jamais seriam aplicadas na seara processual penal, evitando-se assim, inclusive, a má utilização do instituto da interpretação analógica constante no art. 3º, do CPP.

### 2.2.3 Garantia da ordem pública e/ou econômica

Como já mencionado, a prisão preventiva é uma das diversas medidas cautelares previstas no CPP e, assim sendo, possui o condão de resguardar o processo.

Nesta senda, importante trazer ao bojo do presente trabalho o ensinamento de Aury Lopes Jr.:

[...] Qual é o objeto da prisão cautelar? A resposta nos conduz ainda a sua finalidade e delimita, naturalmente, seu campo de incidência, pois a prisão cautelar é ilegítima quando afastada de seu objeto e finalidade, deixando de ser cautelar [...] só é cautelar aquela medida que se destinar a esse fim (servir ao processo de conhecimento). E somente o que for verdadeiramente cautelar é constitucional (2016, p. 663).

De mais a mais, no talante de produzir-se um fundamento mais sólido, os tribunais superiores sedimentaram entendimento no sentido de que a ordem pública se desdobra em: a) risco de reiteração delitiva e; b) gravidade em concreto do crime, basicamente consubstanciado no *modus operandi* do agente (STJ, 2015).

Nesse caso, a prisão preventiva pode ser decretada quando presentes indícios de autoria e prova da materialidade (*fumus comissi delicit*) e garantia da ordem pública (*periculum libertatis*).



Não obstante, segundo Minagé, “os requisitos legais para aplicação da prisão preventiva, contudo, vêm sendo constantemente violados pelo Poder Judiciário, ocasionando lesão a um dos bens jurídicos mais relevantes: a liberdade” (2017).

Entretanto, o risco de reiteração delitiva não se reveste de idoneidade suficiente para alicerçar um decreto de prisão preventiva, mostrando-se frágil e ilegítimo.

Primeiro porque alguém presumidamente inocente não pode representar riscos à ordem pública ou econômica (MINAGÉ, 2017).

Segundo porque a Constituição Brasileira consagrou o Princípio da Separação dos Poderes, de modo que os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si, conforme consta no art. 2º, da Carta Magna (BRASIL, 1988). Por um lado, são harmônicos em decorrência da teoria do *Check and Balances*, isto é, teoria dos Freios e Contrapesos. Por certo é imprescindível que haja diálogo entre os poderes. Mas por outro lado, os poderes são independentes, de sorte que um não se sujeita, nem usurpa a função do outro. Evidente que os poderes exercem funções atípicas em determinadas ocasiões, mas tais atipicidades são excepcionais (CUNHA JR, 2017).

Daí se extrai a ideia de que o risco de reiteração delitiva não deve ser tutelado precipuamente pelo Poder Judiciário, mas sim pelo Poder Executivo, que deveria fazê-lo por intermédio da polícia, que é subordinada do Poder Executivo (LOPES JR., 2016).

Ou seja, as funções de acusar, investigar e julgar são promíscuas, não sendo saudável para o sistema acusatório a confusão de tais funções.

Sem qualquer procedimento ou formalidade para pedido ou decreto, pior, a legislação em vigor permite, ainda, o decreto de prisão cautelar preventiva, de ofício por parte do Juiz (MINAGÉ, 2017)

Fauzi Choukr acrescenta que:

É imperioso refletir nas consequências de um poder jurisdicional cautelar que venha a atender a ‘implementação de políticas públicas de persecução criminal’ quando intervenientes do processo judicial, notadamente o Juiz, passe a conceber sua função no processo como integrante de um mecanismo de efetivação de políticas públicas criminais, o que pode perigosamente aproximá-lo de uma função de não lhe é própria (2017).

Oportuno acrescentar ainda, que segundo consta no site do CNJ, o Brasil possui um total de 654.372 presos, dos quais 221.054 são provisórios, isto é, um percentual de 34%, sendo que o tempo



estimado das prisões provisórias varia de 172 a 974 dias. Ainda, de 27% a 69% dos presos custodiados provisoriamente estão nessa condição há mais de 180 dias (2017).

Intimamente ligado aos dados explanados está o fato de que grande parte da massa carcerária está detida com base na garantia da ordem pública, a pretexto de obstar a reiteração delitiva. Nesse sentido, Fauzi Hassan Choukr dispõe que “do ponto de vista prático pode-se afirmar, sem correr o risco de exageros, que esse fundamento está presente na esmagadora maioria dos decretos judiciais de ‘necessidade cautelar’ e arrima a própria decretação da prisão” (2017).

A respeito da ordem pública, Nestor Távora e Fábio Roque Araújo entendem que (2016, p. 491) “a expressão é por demais imprecisa dando margem a diversas interpretações quanto ao seu conteúdo e abrangência”.

Inclusive, em dada oportunidade o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou no sentido de que a ordem pública como fundamento para decretação de uma segregação cautelar não se justifica (2003).

Habeas corpus – prisão preventiva – requisitos legais – presunção de periculosidade pela probabilidade de reincidência – inadmissibilidade. A futurológia perigosista, reflexo da absorção do aparato teórico da Escola Positiva – que, desde muito, têm demonstrado seus efeitos nefastos: excessos punitivos de regimes políticos totalitários, estigmatização e marginalização de determinadas classes sociais (alvo do controle punitivo) – tem acarretado a proliferação de regras técnicas vagas e ilegítimas de controle social no sistema punitivo, onde o sujeito – considerado como portador de uma perigosidade social da qual não pode subtrair-se – torna-se presa facial ao aniquilante sistema de exclusão social. – A ordem pública, requisito legal amplo, aberto e carente de sólidos critérios de constatação (fruto desta ideologia perigosista) – portanto antidemocrático –, facilmente enquadrável a qualquer situação, é aqui genérica e abstratamente invocada – mera repetição da lei –, já que nenhum dado fático, objetivo e concreto há a sustentá-la. Fundamento prisional genérico,抗garantista, insuficiente, portanto! – A gravidade do delito, por si só, também não se sustenta o cárcere extemporâneo: ausente previsão constitucional e legal de prisão automática por qualquer espécie delitiva. Necessária, e sempre, a presença dos requisitos legais (TJRS – Ap. 70006140693, j. 12.03.2003).

Logo, tudo isso demonstra que o decreto de prisão preventiva alicerçado na garantia ordem pública é vago, ilimitado e pode ser utilizado ao bel prazer do órgão coator, desde que “minimamente fundamentado”.

A locução não tem definição legal e é deixada ao sabor da jurisprudência a tentativa de conceituá-la sem que, contudo, ao longo das décadas de vigência do CPP e mesmo com a alteração de 2011, tenha alguma determinação [...]. Ordem pública é um argumento que já foi utilizado até em favor do acusado (!) para sustentar a decretação de prisão preventiva. Raciocinou-se que na decisão contida na RT 593/339 que era mais seguro deixar o réu encarcerado que solto, ante a notoriedade do crime praticado. Portanto, o Estado já concluiu que a fim de garantir a incolumidade do acusado ele deveria ter sua liberdade privada (CHOUKR, 2017).



Por certo o papel da doutrina e da jurisprudência é de altíssima relevância. Todavia, em se tratando de prisão, instituto de extrema importância e delicadeza, sobretudo diante do cenário carcerário atual vigente no Brasil, é imprescindível que haja previsão legal a fim de por fim à marginalização do instituto e, portanto, à utilização abusiva e massiva.

Consigne-se que todas as ponderações, no pertinente, são válidas quanto à prisão para garantia da ordem econômica. Ou seja, se o agente causa grave dano à economia do País, o Estado, de forma muito mais incisiva, tem condições de “freá-lo” por meio da universalidade de informações e dados, enfim, dos diversos mecanismos que possui (CHOUKR, 2017).

Dessa maneira, a decisão que decreta prisão preventiva sob a vertente de garantia da ordem econômica deve demonstrar de forma pormenorizada a necessidade de aplicação, já que possui o Estado possui o monopólio econômico (RANGEL, 2017).

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora o instituto seja de extrema importância, a prisão preventiva de há muito vem sendo negligenciada pelo legislador brasileiro e pelos operadores do direito.

A prisão antecipada como instrumento precípua de segurança pública e “política criminal” deslegitima seu escopo, sua razão de ser. Ou seja, um instrumento processual cuja finalidade é resguardar o processo não deve se voltar à outra finalidade senão aquela para qual foi criada.

Isso significa dizer que o Estado deslegitima a prisão cautelar quando a impõe sob pretexto de garantir a ordem pública para evitar que sejam praticados novos crimes por quem sevê processado.

Além disso, as ferramentas cautelares processuais (penais) precisam de modernização, notadamente as prisões provisórias quando decretadas efetivamente para resguardar o processo, isto é, faz-se necessário a existência de previsão legal a respeito das possibilidades de aplicação da prisão por conveniência da instrução ou para assegurar a aplicação da lei penal, já que o princípio da legalidade também deve regar o direito processual.

Portanto, é imprescindível que o Estado tome as devidas providências para evitar interpretações equivocadas, obstando-se um ativismo judicial que quiçá, num futuro, poderá alcançar a usurpação desregrada dos poderes estatais.



E, isso deve ser feito por intermédio de todos os poderes. O Poder Legislativo atuando de modo a alterar o Código de Processo Penal. O Poder Judiciário, por sua vez, sendo mais comedido quanto à utilização do instituto, que vem sendo prostituído e utilizado como regra e não mais como exceção. O Poder Executivo franqueando mais eficiência às polícias, assim como conferindo o mínimo existencial no tocante aos direitos e garantias sociais.

## REFERÊNCIAS

**BALDISSERA, R. R. *O Juiz como garantidor do processo penal*.** Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=15114](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15114)> Acesso em: 21 out. 2017.

**BOLIVIA, Ley nº 1970**, de 25 de marzo de 1999. Decreta Ley del Código de Procedimiento Penal. Disponível em <<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/bo/bo033es.pdf>> Acesso em: 11 nov. 2017.

**BRASIL. Câmara dos Deputados.** Projeto de Lei PL 8.045/2010. Dispõe sobre o Novo Código de Processo Penal. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo-penal/documentos/outros-documentos/actual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-2/actual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-1>> Acesso em: 21 out. 2017.

**BRASIL. Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Atualizada até a emenda constitucional nº 91, de 18/02/2016. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 11 nov. 2017.

**BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 13 de outubro de 1941 e retificado em 24.10.1941. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)> Acesso em: 28 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.960**, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre a prisão temporária. Diário Oficial da União, Brasília, 22 de dezembro de 1989. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm)> Acesso em: 28 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.503**, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília, 24 de setembro de 1997 e retificado em 25 de setembro de 1997. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm)> Acesso em: 28 ago. 2017.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 130412 RS – Rio Grande do Sul 0006568-21.2015.1.00.0000. Relator: Min. Teori Zavascki. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos.

Disponível em

<[https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Garantia+da+Ordem+P%C3%BAblica&idt\\_opico=T10000001](https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Garantia+da+Ordem+P%C3%BAblica&idt_opico=T10000001)> Acesso em: 11 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 302029 SP – São Paulo 2014/0209760-9.

Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos. Disponível em

<[https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Garantia+da+Ordem+P%C3%BAblica&idt\\_opico=T10000002](https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Garantia+da+Ordem+P%C3%BAblica&idt_opico=T10000002)> Acesso em: 11 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus nº 70006140693 RS.

Relator: Des. Amilton Bueno de Carvalho. **Acórdão Crítico sobre a prisão preventiva para garantia da ordem pública**. Disponível em

<<http://profmatzenbacher.blogspot.com.br/2009/05/tjrs-acordao-critico-sobre-prisao.html>> Acesso em: 11 nov. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais**. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>> Acesso em: 11 nov. 2017.

CHOUKR, F. H. **Iniciação ao processo penal**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

CUNHA, R. S. In: GOMES, L. F; MARQUES, I. L. (Org.). **Prisão e Medidas Cautelares**. 3. ed. São Paulo: 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOLGADO, A. N. **Breves notas sobre o processo penal italiano**.

<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/30260/submission/review/30260-31074-1-RV.pdf>> Acesso em: 21 out. 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MINAGÉ, T. M. **Prisões cautelares à luz da constituição, o contraditório como significante estruturante do processo penal**. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.



OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RANGEL, T. L. V. **Do Monopólio Estatal das atividades Econômicas: Reflexões à intervenção do Estado no Domínio Econômico**. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,do-monopolio-estatal-das-atividades-economicas-reflexoes-a-intervencao-do-estado-no-dominio-economico,589018.html>> Acesso em: 13 abr. 2018.

TAVORA, N.; ARAÚJO, F. R.; **Código de Processo Penal para concursos**; 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.