

## Opinião: Gravidade concreta não pode gerar prisão preventiva

A partir do momento que a jurisprudência dos tribunais superiores começaram a não mais admitir prisão preventiva pela gravidade abstrata do crime, os demais tribunais passaram a decretar prisão preventiva em razão da gravidade concreta. É certo usar a gravidade concreta para decretar a prisão preventiva?

Há uma grande discussão sobre o fundamento da garantia da ordem pública, previsto no artigo 312 do CPP. O tema aqui proposto está intimamente relacionado com esse fundamento, visto que a utilização da gravidade concreta é objeto para se decretar a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública. Diante disso, será passado, de modo modesto, sobre a garantia da ordem pública.

Muito se critica o conceito dado a garantia da ordem pública por se tratar de um conceito bastante vago, impreciso e indeterminado. Fica a critério do julgador inserir qualquer motivo embasado na garantia da ordem pública. Não há uma definição concreta, taxativa, um fundamento muito amplo, que abre margem para utilização desenfreada da prisão preventiva.

Este fundamento é totalmente dissociado da finalidade da prisão preventiva, por ser, esta, uma medida cautelar. O professor Aury Lopes Junior[1], em sua doutrina, cita Calamandrei, dizendo que “nos procedimentos cautelares, mais do que o objetivo de aplicar o direito material, a finalidade imediata é assegurar a eficácia do procedimento definitivo (esse, sim, tornará efetivo o direito material).”

Ainda continua, afirmando que “fica evidenciado, assim, que as medidas cautelares não se destinam a “fazer justiça”, mas sim garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de conhecimento. Logo, são instrumentos a serviço do instrumento processo; por isso, sua característica básica é a instrumentalidade qualificada ou ao quadrado.”

Observa que a prisão preventiva, em razão da função cautelar, deve somente ser utilizada para garantir a eficácia do processo penal, jamais como forma de antecipar a pena ou demonstrar isso à sociedade.

Muito bem criticada pelo Professor Aury Lopes Junior (JUNIOR, 2019), a garantia da ordem pública não presta para a que veio. Hodiernamente é utilizada para trazer credibilidade ao Judiciário, para trazer uma resposta a sociedade, que faz um clamor público, midiático, na maioria das vezes, pedindo a prisão de determinado indivíduo.

Há o entendimento que a prisão preventiva tem a finalidade de manter uma ordem pública, usurpando a função do Estado através de suas polícias. Como bem afirma o ministro Joel Ilan Parcionick, do STJ em evento na Universidade Santo Amaro, citado em matéria na **ConJur**[2], “não é função do Judiciário garantir a ordem pública. É função do Estado, que o exerce através das polícias. Todo esse sentimento de ordem pública e tranquilidade, ele só de forma reflexa é dado pelo Judiciário. A função é do Poder Executivo. O Judiciário deve assegurar o uso e a fruição de direitos”.

A ordem pública ainda serve de fundamento quando há uma gravidade concreta, que demonstraria que a liberdade é um risco a segurança social, também afirmado pelo ministro acima citado. É utilizado o modus operandi do crime a fim de evidenciar uma periculosidade do agente. Neste pormenor que iremos

---

tratar, sobre a gravidade concreta usada com objetivo de demonstrar que a liberdade do agente traz um risco para o processo, conduzindo à prisão preventiva.

Quando tratamos de gravidade de um crime, precisa-se fazer a diferença entre a gravidade abstrata e concreta. Naquela temos um crime grave, por sua natureza, um crime que possui uma lesividade alta em relação ao bem jurídico tutelado. Independente de caso concreto, já é possível vislumbrar um alto potencial lesivo no preceito primário em relação ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal.

Urge citar que essa gravidade não possibilita a existência de uma medida cautelar, seja prisão preventiva ou diversa da prisão. Sem a demonstração do risco que a liberdade do indivíduo traz ao processo, não há que se falar em medida cautelar.

A dúvida paira se a gravidade concreta pode fazer surgir alguma das medidas cautelares pessoais. A gravidade concreta, conforme a jurisprudência nos traz, é o *modus operandi*, que significa o procedimento seguido pelo cidadão para a prática da infração penal. A gravidade concreta, nesse sentido, para quem defende a utilização desse fundamento, demonstra a exacerbada periculosidade do indivíduo[3].

Notadamente, essa periculosidade está atrelada à repercussão social do crime, como definiu o insigne professor Nucci[4] em sua obra, trazendo que “a garantia da ordem pública pode ser visualizada por vários fatores, dentre os quais: gravidade concreta da infração + repercussão social + periculosidade do agente.”

Sem embargos, não merece prosperar a gravidade concreta como vetor para aplicar a garantia da ordem pública.

Primeiramente, a utilização da gravidade concreta como fundamento para medida cautelar, ou seja, como instrumento para trazer eficácia a um processo definitivo, tem contorno de inconstitucionalidade. Servir da gravidade concreta com o fito de mostrar o risco causado pela liberdade do agente em razão de uma periculosidade, estaríamos diante de uma clara pena antecipatória.

Pode-se afirmar isso diante da utilização da gravidade concreta na dosimetria da pena, cujo o objetivo é a fixação de regime penal mais gravoso. O STJ[5], em diversas oportunidades, afirmou como fundamentação idônea a gravidade concreta para fixação de regime mais gravoso. Se a gravidade concreta é atrelada a dosimetria, resta evidenciado que a sua utilização antes da pena é uma forma de antecipação da pena.

O uso da gravidade concreta nessa fase pode até fazer sentido, pois há uma certeza, por parte do julgador, da autoria, da materialidade e suas circunstâncias, o que não há, com a absoluta certeza, em fase posterior a sentença. Assim, não se pode usar a gravidade concreta para aplicar uma medida cautelar, que utiliza somente de indícios sem certeza.

A forma como foi praticado o crime ainda não está sacramentada. Somente teremos uma certeza sobre a forma e autoria na sentença transitada em julgado, em que pese a possibilidade da execução provisória da pena.

Há ainda o fato de mera citação a uma circunstância do fato para simbolizar a gravidade concreta, sem trazer quaisquer elementos em relação ao risco que a liberdade do indivíduo trará. Essa situação tem sido muito utilizada nos fatos relacionados a lei de drogas. O STJ, reiterada vezes tem afirmado que se trata de fundamentação idônea a gravidade concreta demonstrada através da quantidade da droga.

Cito um julgado de tantos que há:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DE REGIME. PRÉVIO WRIT. PENDÊNCIA DE APELAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO. ILEGALIDADE. NÃO RECONHECIMENTO. PRISÃO CAUTELAR. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Inexiste ilegalidade em aresto que deixa de conhecer de impetração no que concerne a tema cujo exame pode melhor ser cuidado no seio de concomitante apelação. Hipótese em que a revisão da dosimetria e a fixação do regime inicial de cumprimento de pena poderão ser melhor analisadas em sede recursal ordinária. 2. Não é ilegal o encarceramento provisório decretado para o resguardo da ordem pública, em razão da gravidade concreta dos fatos delituosos, cifrada na expressiva quantidade de substância entorpecente apreendida (aproximadamente 1,5 kg de maconha e 35,24 g de crack), tudo a conferir lastro de legitimidade à medida extrema. 3. Ordem denegada.

(STJ – HC: 398644 SP 2017/0103158-5, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 03/08/2017, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/08/2017)

Medida cautelar somente se justifica quando a liberdade do indivíduo causa um risco à efetividade processual. O fato da quantidade de droga ser expressiva, não tem o condão de comprovar o risco. A insegurança social deve ser combatida pelo Estado de forma administrativa e não pelo Poder Judiciário, conforme dito alhures.

De qualquer modo, penso que trazer na motivação da medida cautelar a forma como foi praticado o crime, estaríamos diante do *bis in idem*. Explico.

As medidas cautelares pessoais para serem aplicadas, devem preencher os pressupostos *periculum libertatis*, que é o perigo que a liberdade do agente traz a eficácia do processo principal, e o *fumus commissi delicti*, que é a prova da existência do crime e indício de autoria e participação. Neste particular, para que seja materializado o fundamento do *fumus commissi delicti*, a autoridade judiciária deverá trazer na decisão provas concretas da existência de indícios que o indivíduo, a princípio, praticou o fato. Para isso, será feita uma análise pormenorizada de como ele, em tese, praticou o fato, fazendo

---

assim um cotejo analítico que ele é o autor do fato e como ele foi praticado, tudo isso na base dos indícios, pois se trata da fase antes da sentença condenatória transitada em julgado. Contudo, para a prisão preventiva, basta os indícios.

Vê-se, portanto, que a gravidade concreta é utilizada para demonstrar o *fumus commissi delicti*, em prejuízo do indivíduo. Sendo usado novamente para fundamentar o *periculum libertatis*, temos aí a existência do *bis in idem*, dupla punição pelo mesmo fato, o que é vedado em razão do princípio do *ne bis in idem*. Este princípio, consagrado no artigo 8º, 4, do Pacto de São José da Costa Rica, o qual foi ratificado no Brasil pelo Decreto 678/1992, proíbe de forma absoluta a dupla punição pelo mesmo fato.

Pode-se ver que a gravidade concreta é utilizada duas vezes pela autoridade judiciária para prejudicar a pessoa, punindo duas vezes pelo mesmo fato. Ademais, além de ser utilizada para decretar medida cautelar pessoal, ainda será usada na dosimetria da pena, restando claro a dupla punição pelo mesmo fato.

Uma medida cautelar é uma forma de punição, de prejuízo ao cidadão, não como pena antecipada, pois a medida cautelar não presta para isso, mas com características que se assemelham à pena, podendo sim ser considerada como uma punição. Sendo utilizada antes da sentença para servir de punição cautelar e novamente na dosimetria para punição definitiva, há sim que se falar em *bis in idem*.

No exemplo supracitado, relacionado a lei de drogas, a quantidade da droga é usada para aplicação de medida cautelar e como para exacerbar a pena base ou aplicação de grau mínimo no tráfico privilegiado, previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006;

Argumentos explanados vêm demonstrar a ilegalidade em utilizar a gravidade concreta para decretar medida cautelar, igualmente como fundamento na garantia da ordem pública, a despeito de sua inconstitucionalidade.

[1] Lopes Jr., Aury *Direito processual penal* / Aury Lopes Jr. – 16. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

[2] <https://www.conjur.com.br/2019-ago-08/nao-funcao-judiciario-garantir-ordem-joel-paciornik>. Acessado em 14.8.2019

[3] “Ementa: Penal e Processo Penal. Habeas Corpus. Homicídio consumado duplamente qualificado e homicídio tentado qualificado – CP, art. 121, § 2º, II e IV, e art. 121, § 2º, II, c/c art. 14, II. Prisão preventiva para garantia da ordem pública. Modus operandi a evidenciar periculosidade. Fundamento idôneo. Precedentes. Writ impetrado contra decisão que indeferiu liminarmente idêntica ação no Tribunal a quo. Ausência de agravo regimental. Não conhecimento. Inexistência de teratologia. Impossibilidade de concessão da ordem de ofício.

1. A prisão preventiva para garantia da ordem pública encontra justificativa idônea no modus operandi da prática delituosa, a evidenciar periculosidade exacerbada do agente ( HC 102.475/SC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ o acórdão Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 16/09/11; HC 104.522/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ o acórdão Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 16/09/11; HC 105.725/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJe de 18/08/11; HC 103.107/MT, 1ª Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ de 29.11.10; HC 104.410/GO, Rel. Min.

---

ELLEN GRACIE, DJe de 30/06/11; e HC 97.891/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 19/10/10). 2. In casu, o paciente, após discussão banal com a vítima, desferiu-lhe, inopinadamente e de surpresa, 6 (seis) disparos de arma de fogo que foram a causa eficiente de sua morte, tendo um dos tiros atingido, por erro de execução, uma mulher grávida de 8 (oito) meses que não veio a óbito por circunstâncias alheias à vontade do agente. A prisão preventiva decretada em prol da garantida ordem pública funda-se não somente no clamor popular causado, mas principalmente na periculosidade exacerbada do paciente atestada pelo modus operandi das práticas delituosas. 3. O habeas corpus não é admissível como substitutivo do recurso cabível, sendo certo ainda que o impetrante não se desincumbiu do ônus de interpor agravo regimental da decisão do Tribunal a quo que indeferiu liminarmente o writ ali impetrado. 4. Habeas corpus julgado extinto, sem resolução do mérito e ante a impossibilidade de concessão da ordem de ofício, por ausência de teratologia, restando revogada a liminar deferida.

(HC 117885, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 27/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-078 DIVULG 22-04-2016 PUBLIC 25-04-2016)”

[4] NUCCI, Souza, G. d. (04/2015). *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, 12ª edição [VitalSource Bookshelf version].

[5] HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. AUMENTO NO PATAMAR DE 3/8 NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. VÍTIMA QUE TEVE OS OLHOS VENDADOS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAIOR OUSADIA E PERICULOSIDADE EVIDENCIADA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício. 2. O Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que o recrudescimento da pena na terceira fase da dosimetria alusiva ao delito de roubo circunstanciado em fração mais elevada que 1/3 (um terço) demanda fundamentação concreta, não se afigurando idônea a simples menção ao número de majorantes. Entretanto, no caso dos autos, conforme se observa na decisão de primeiro grau, posteriormente ratificada pelo Tribunal a quo, o aumento na terceira fase da dosimetria em patamar acima do mínimo legal de 1/3 foi devidamente justificado, tendo em vista as circunstâncias concretas do delito, praticado por dois agentes, mediante restrição da liberdade da vítima, que teve os olhos vendados durante toda a empreitada criminosa, o que lhe causou ainda mais temor diante do cenário criminoso. 3. Na hipótese, não olvidando que a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos de reclusão e a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, as instâncias ordinárias decidiram por fixar o regime inicial fechado de forma concreta, fundamentado nas circunstâncias do crime, ou seja, no fato da paciente ter praticado o delito em superioridade numérica, restringindo a liberdade da vítima que teve os olhos vendados, além do fato de já ter outra condenação com trânsito em julgado à data da sentença. O entendimento

---

materializado no enunciado n. 440 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça estabelece que, quando fixada a pena-base no mínimo legal (ou seja, foram consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais), é vedada à fixação do regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade abstrata do delito, não alcançando, por outro lado, as situações em que, a par de terem sido consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal – CP, ficar evidenciada a gravidade delituosa que extrapole a normalidade para o tipo penal, como se verificou na hipótese dos autos. A jurisprudência desta Corte Superior acumula julgados nos quais se verifica a fixação do regime mais gravoso, em razão da gravidade concreta do delito, mesmo que consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais. 4. Ademais, ressalto que o fundamento acrescentado pelo Tribunal de origem para justificar o regime inicial fechado, implementado pelo Magistrado de piso, não resultou em agravamento da situação do réu, tampouco em violação ao princípio do *ne reformatio in pejus*, segundo o qual, em recurso exclusivo da defesa, a situação do réu não pode ser agravada em relação à pena que lhe foi aplicada em primeiro grau. Nesse ponto, tenho acompanhado o entendimento do eminente Ministro JORGE MUSSI de que mantido o quantum no mesmo patamar adotado pelo juízo monocrático, não há falar em ofensa ao princípio da vedação da *reformatio in pejus*, diante da adoção de novos fundamentos a embasar a condenação (AgRg no AREsp 62.070/MG). – Habeas corpus não conhecido.

STJ – HC: 389562 SP 2017/0039558-5, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 20/04/2017, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/05/2017)

**Date Created**

26/08/2019