

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ISABELA GONÇALVES ADRIANO

**PRISÃO PREVENTIVA: A (IN) CONSISTÊNCIA DO
FUNDAMENTO RELATIVO À ORDEM PÚBLICA E A
POSSÍVEL AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA**

VITÓRIA
2017

ISABELA GONÇALVES ADRIANO

**PRISÃO PREVENTIVA: A (IN) CONSISTÊNCIA DO
FUNDAMENTO RELATIVO À ORDEM PÚBLICA E A
POSSÍVEL AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA**

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Faculdade de Direito de Vitória – FDV como
requisito parcial para obtenção do título de
bacharel em Direito.

Professor orientador: Me. Gustavo Senna Miranda.

VITÓRIA

2017

ISABELA GONÇALVES ADRIANO

**PRISÃO PREVENTIVA: A (IN) CONSISTÊNCIA DO
FUNDAMENTO RELATIVO À ORDEM PÚBLICA E A
POSSÍVEL AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória –
FDV como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovada em ____ de _____ de 2017

BANCA EXAMINADORA

Prof. Gustavo Senna Miranda.
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Professor(a):
Faculdade de Direito de Vitória
Examinador(a)

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ser a razão primeira de todos os agradecimentos.

Ao meu orientador que, com paciência e dedicação, me incentivou na escolha do tema, ajudando a buscar possíveis soluções e não tão somente críticas. Despertou também em mim maior interesse na área Processual Penal, em razão de sua visão humana e incomodada com relação às injustiças e barbaridades cometidas no sistema.

Aos meus pais que acreditaram em mim em toda caminhada acadêmica, sendo solícitos e compreendendo as minhas faltas, priorizando, com grande esforço, meus estudos. Obrigada por serem minha inspiração diária.

Ao meu irmão, Lucas, que mesmo sem compreender, muitas vezes, minhas faltas com relação aos estudos, nunca mediu esforços para que eu me sentisse amparada e amada.

Aos meus avós, especialmente minha avó Laise, pelas incontáveis orações e torcida, em todos os momentos.

A todos os meus amigos, em especial Luna Loureiro e Júlia Zulske, que estiveram comigo durante todo meu período acadêmico, me incentivando e, principalmente, trazendo luz para minha vida. Não seria possível sem vocês.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a expressão “ordem pública” como hipótese legal de decretação da prisão preventiva, tendo por finalidade aferir a sua congruência com o princípio da presunção de inocência. A fim de alcançar esse escopo, fez-se breve explanação acerca das prisões cautelares, com ênfase para a prisão preventiva, abordando os princípios que embasam sua aplicação. Feitas essas considerações, adentra-se na problemática principal, atinente à ordem pública, tendo em vista a vagueza da expressão, que permite uma ampla margem interpretativa, a qual pode dar ensejo à utilização inadequada daquela medida cautelar. Dada a porosidade do termo “ordem pública”, torna-se extremamente maleável a aplicação dessa hipótese de prisão preventiva, e praticamente irrestrita a discricionariedade do juiz. Em determinados casos, ainda, em especial aqueles que têm grande repercussão midiática, isso possibilita que o magistrado ceda ao clamor social por uma ordem pública que nem mesmo se encontra ameaçada. Procura-se demonstrar, portanto, a necessidade de cautela na decretação da prisão preventiva com fundamento na ordem pública, a fim de que não sejam mitigados, desnecessariamente, princípios constitucionais balizadores de todo o Direito Processual Penal, como a presunção de inocência. Deve-se, ao menos, tornar a hipótese de decretação da prisão cautelar mais objetiva a fim de garantir a segurança do réu, limitando, assim, o poder jurisdicional.

Palavras-chave: Prisão Preventiva. Garantia da ordem pública. Vagueza da expressão. Coexistência com o princípio presunção de inocência. Necessidade de delimitação da expressão.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 ANÁLISE HISTÓRICA DO PENSAMENTO DAS PRINCIPAIS ESCOLAS PENAIAS E SEUS REFLEXOS PARA A COMPREENSÃO DAS PRISÕES.....	9
2 A PRISÃO PROVISÓRIA NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOS: IMPOSIÇÃO DE LIMITES E IMPERATIVO DE DEVERES.....	15
3 MEDIDAS CAUTELARES NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL E A IMPORTAÇÃO DOS INSTITUTOS PARA O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.	20
4 PRISÕES CAUTELARES: FUNDAMENTOS E LEGITIMIDADE.....	25
5 PRISÃO PREVENTIVA: CONCEITO E FUNDAMENTOS.....	29
5.1 PRISÃO PREVENTIVA: HIPÓTESE RELATIVA À GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E ORDEM ECONÔMICA.....	32
5.1.1 Ordem Pública: Expressão carregada de vagueza e subjetividade.....	34
5.1.1.1 A influência da mídia no cenário processual penal e a relação com a excessiva maleabilidade da expressão “ordem pública”.....	39
5.2 NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO PREVENTIVA.....	42
6 A POSSÍVEL COEXISTÊNCIA DO PRINCÍPIO DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COM A PRISÃO PREVENTIVA DENTRO DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	48
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS.....	57

INTRODUÇÃO

O Direito Processual Penal, por ser expressão maior da força e autoridade estatais, é orientado por princípios constitucionais e legalmente assegurados que exigem especial atenção. Merecem ser observados atentamente para evitar abusos do Poder Público repressivo e, por conseguinte, permanecer de acordo com o Estado Democrático de Direito, que prima pela limitação da atuação estatal por meio das garantias e direitos fundamentais dos particulares.

A partir dessa premissa, o presente trabalho se desenvolve a fim de analisar criticamente as hipóteses legais que permitem e justificam a decretação da prisão preventiva no direito brasileiro, buscando verificar sua congruência com as finalidades e princípios que orientam o Estado Democrático de Direito.

Apresenta, assim, relevância dentro da ótica processual penal, tendo em vista que se busca compreender a legitimidade do argumento relativo à garantia da ordem pública para se decretar a prisão preventiva. Explica-se. Inicialmente, parece-nos que não há possibilidade da coexistência de prisão anterior à condenação transitada em julgado numa ordem jurídica que privilegia o princípio da presunção de inocência.

No entanto, antes de adentrarmos na problemática principal, explanaremos breve análise histórica do pensamento das principais escolas penais, a fim de se compreender, com mais clareza, as prisões provisórias. É possível perceber que a prisão, ao longo da história, cumpriu diversos papéis, funcionando, muitas vezes, como justificativa para conter os avanços 'patológicos individuais', tendo em vista o crime ser considerado produto de determinismo biológico.

A prisão provisória, diferentemente, nasce com intuito de assegurar a aplicação da lei, resguardando provas e bens relativos ao processo. Nota-se que o discurso referente a esta medida é a natureza cautelar, razão pela qual se impõe a necessidade de ser aplicada antes de haver trânsito em julgado de sentença condenatória.

Nesse contexto, é essencial analisar os fundamentos da prisão provisória, considerando sua inserção dentro do Estado Democrático de Direitos e, nesse sentido, resgatar os princípios fundamentais observados nessa ordem jurídica, verificando, dessa forma, quais os limites impostos à prisão provisória.

Compreendendo ser a medida provisória uma medida cautelar, é imprescindível resgatar os conceitos do Direito Processual Civil, a fim de que se obtenha uma visão mais ampla do tema, podendo construir crítica mais acertada. Contudo, é preciso destacar que os institutos relativos às medidas cautelares foram importados do Código Processual Civil, mas devem guardar relação com a matéria Processual Penal.

Assim, passa-se a destrinchar as hipóteses que ensejam prisão provisória, destacando suas características fundamentais e limitações, tendo em vista serem medidas excepcionais que somente poderão ser decretadas caso não haja medida outra capaz de solucionar a situação problema.

Feitas essas considerações, adentramos na problemática atinente às prisões preventivas, explanando os fundamentos que justificam sua aplicação, com especial enfoque no fundamento relacionado à garantia da ordem pública.

A expressão é dotada de vagueza semântica, facilitando a atuação discricionária do órgão julgador e tornando precária a segurança jurídica do imputado. Portanto, torna-se possível, por meio desse argumento, enquadrar hipóteses outras que não condizem com o ideário de cautelaridade, apresentando-se, nesse sentido, como medida satisfativa.

Busca-se, assim, compreender, após analisadas as nuances dos argumentos e justificativas da prisão preventiva na hipótese de garantia da ordem pública, se é possível a coexistência dessa medida numa ordem jurídica democrática e, mais, se há cautelaridade em sua aplicação.

Por fim, apresentaremos uma possível solução para a problemática exposta, no intuito de diminuir a porosidade da expressão ordem pública, dificultando, dessa maneira, a atuação apaixonada e arbitrária do juiz.

1 ANÁLISE HISTÓRICA DO PENSAMENTO DAS PRINCIPAIS ESCOLAS PENAIS E SEUS REFLEXOS PARA A COMPREENSÃO DAS PRISÕES

Com o objetivo de compreender os fundamentos e interesses da prisão, faz-se mister apresentar o pensamento da Criminologia Positivista e da Escola Liberal Clássica do Direito Penal.

Em termos rasos, a Criminologia Positivista importa em uma ciência empírica que tem por objeto o homem delinquente, tido como sujeito diferente. Contempla o 'crime' tanto como um problema social, como um problema individual, fundamentando as teorias do delito em critérios biológicos e psicológicos.

Pelo próprio conceito, é possível extrair informações importantes no que tange a características principais relativas a este pensamento. Para isso, é necessário resgatar a corrente filosófica que tinha como um dos principais expoentes August Comte: o Positivismo. Os estudiosos desse pensamento almejavam sistematizar o conhecimento, pautando-se numa linguagem empírico-formal.

Portanto, por meio de considerações feitas no mundo sensível, possibilita-se – a partir da análise da referida teoria – estabelecer premissas e proposições gerais, de maneira que a interpretação dos enunciados ficasse restrita ao verdadeiro ou falso. Evitaria, assim, defeitos na linguagem, como ambiguidade e vagueza.

A intenção dos positivistas lógicos era divulgar uma nova *concepção científica do mundo*, caracterizada principalmente pela constituição de uma *ciência unificada*, que reunisse todos os conhecimentos proporcionados pelas diferentes ciências; *eliminação da metafísica* da estrutura do pensamento racional, pois não se pode chegar ao conhecimento daquilo que está além da experiência; *análise lógica* como método fundamental da ciência. (VIEIRA, 2005)

Além do mais, nota-se que o fundamento mais marcante utilizado pelos positivistas é a verificação. Explica-se. O conhecimento somente poderia ser aferido a partir do momento em que fosse possível conhecer as circunstâncias para extrair a verdade ou não do que é dito.

Com as devidas ressalvas, é possível perceber a semelhança entre Positivismo e a Criminologia Positivista, uma vez que, a partir desta, se buscava, por meio de características biológicas e psicológicas, uma definição de perfil para o sujeito criminoso.

O homem delinquente tornou-se clinicamente observável. Para Lombroso, o delito seria um fenômeno necessário, pautado em causas biológicas, majoritariamente hereditárias. (BARATTA, 2002, p. 38).

As ideias de Lombroso se fundavam no determinismo biológico, que, negando o livre arbítrio, considerava que não havia liberdade de escolha diante da força biológica que determina ou impulsiona o sujeito à criminalidade. Pelas ideias difundidas pela escola de Lombroso, diante da inevitabilidade do cometimento do crime, já que o criminoso é compelido ao delito por forças incontroláveis de sua natureza biológica, restaria à Justiça Penal a função de defender a sociedade contra o criminoso. (SANTOS, 2007?).

Em sentido contrário, a Escola Liberal Clássica não se prendia a determinismos, dando destaque ao significado de *delito*, compreendido como uma violação de direitos e também do pacto social, base do Estado e do Direito. O comportamento delitivo, para a Escola, surgia a partir do livre arbítrio do indivíduo e, por isso, não se relacionava com características antropológicas, mas, tão somente, à liberdade individual.

“Assim, para Carrara, somente pode ser responsabilizado por crime aquele que é moralmente imputável, aquele possuidor da ‘vontade inteligente e livre’. Um dos pensamentos do Carrara é o ‘livre arbítrio’”. (PINEDO, 2015).

Dessa forma, diferentemente do argumento trazido pela Criminologia Positivista, a prisão, para a Escola Clássica, não pretendia modificar o criminoso, mas proteger a sociedade, criando mecanismos para coibir a prática criminosa.

Nota-se que a pena de prisão, ainda que com argumentos legitimadores diversos ao longo do tempo, é a resposta processual penal para comportamentos contrários às normas de comportamento social desejável.

Beccaria tinha uma concepção utilitarista da pena. Essa orientação tem estreita relação com a tendência empírica que dominou entre os penalistas de seu tempo. Essa concepção utilitária considerava a pena um simples meio de atuar no jogo de motivos sensíveis que influenciam a orientação da conduta humana. (BITENCOURT, 2011, p. 56).

Beccaria acreditava que a prevenção geral era um dos principais objetivos do cárcere, mas não tinha caráter exclusivamente ameaçador, aproximando-se do pensamento criminológico moderno. Para ele, a sanção era um instrumento eficaz para efetivar as leis criadas pelo Estado, apresentando-se como consequência direta do cometimento do delito.

De maneira menos velada, Michael Foucault expõe a realidade da pena restritiva de liberdade, revelando, de fato, os mecanismos punitivos e coercitivos do Estado ao longo do tempo.

Apresenta, primeiramente, o suplício, um dos mecanismos mais antigos utilizado pelo Estado, em que o corpo era tido como principal alvo da repressão penal, perdurando até o final do século XVII e início do século XVIII (FOUCAULT, 2011, p. 12).

O suplício visava impor ao condenado inimaginável dor e sofrimento através de espetáculos que expunham o indivíduo à sociedade, permitindo a clara manifestação do poder punitivo do soberano sobre as massas. Nas palavras de Foucault, “o suplício tem então uma função jurídico-política. É um cerimonial para reconstituir a soberania lesada por um instante”. Assim sendo, essa punição “não restabelecia a justiça; reativava o poder” (FOUCAULT, 2011, p. 42-43).

Como consequência, há uma reivindicação do resgate à humanidade, o que culminou com o deslocamento do objeto da pena. Esta, portanto, não se dirige mais ao corpo, mas sim, à alma. Tem-se, assim,

um momento importante. O corpo e o sangue, velhos partidários do fausto punitivo, são substituídos. Novo personagem entra em cena, mascarado. Terminada uma tragédia, começa a comédia, com sombrias silhuetas, vozes sem rosto, entidades impalpáveis. O aparato da justiça punitiva tem

que ater-se, agora, a esta nova realidade, realidade incorpórea. (FOUCAULT, 2011, p. 18-19).

Essa nova realidade descrita por Foucault revela uma época de “sobriedade punitiva” (FOUCAULT, 2011, p. 16), a qual requer a comprovação dos fatos criminosos para se atingir a pretensa verdade.

É nesse ambiente que se revela a essência de um importante princípio constitucional da atualidade, a presunção de inocência, tendo em vista que “até à demonstração final de seu crime, o acusado deve ser reputado inocente” (FOUCAULT, 2011, p. 82).

Como se observa, há uma construção de uma nova sociedade que se caracteriza pela utilização de novos meios coercitivos. Desta forma, a prisão surge como meio de disciplinar o condenado a partir da domesticação dos corpos, que agora passariam a ser utilizados como bens a serviço do Estado.

O ideal seria que o condenado fosse considerado como uma espécie de propriedade rentável: um escravo posto a serviço de todos. Por que haveria a sociedade de suprimir uma vida e um corpo de que ela poderia se apropriar? Seria mais útil fazer "servir ao Estado numa escravidão mais ou menos longa de acordo com a natureza de seu crime" (FOUCAULT, 2011, p. 89-90).

Nesse sentido, o trabalho surge como meio de promover a socialização dos encarcerados. Contudo, não foi suficiente para impedir que as prisões “fabricassem” delinquentes, tendo em vista a elevada taxa de reincidência criminal dos encarcerados.

Nessa perspectiva, o autor tece duras críticas ao sistema prisional instaurado, principalmente no que diz respeito ao abuso do poder estatal. Por fim, Foucault aponta para o fracasso desse sistema, constatando que as prisões não diminuem a criminalidade, mas podem aumentá-la.

Nesse ponto de vista, as prisões favoreceriam “a organização de um meio de delinquentes, solidários entre si, hierarquizados, prontos para todas as cumplicidades futuras” (FOUCAULT, 2011, p. 222). É nesse aspecto que

encontramos um paradoxo da função prisional, visto que, na medida em que se deseja reprimir a criminalidade, promove-se a seleção e organização da delinquência.

O fracasso do sistema prisional apontado pelo autor, por assim dizer, seria intrínseco ao próprio funcionamento do sistema, o qual perdura até os dias atuais, sem muita resistência.

Essa organização e seleção da delinquência apontada por Foucault ainda persiste no sistema penal, assim como as duras consequências para a vida daquele que é taxado como criminoso. Apesar de haver um novo contexto social no que tange às prisões e suas justificativas, a teoria de Foucault ainda se encontra atual, sendo embasada pelas teorias da “reação social” ou *labeling approach*.

Como bem denota Alessandro Baratta,

não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam). (BARATTA, 2002, p. 86)

Nessa lógica, entende-se que o criminoso é fruto de uma construção social. Não basta, portanto, o mero comportamento desviante, é necessário que haja uma reprovação social. Trata-se, portanto, de uma seleção arbitrária, vez que dentre todos que praticam desvios, apenas alguns serão rotulados como criminosos.

Assim sendo, um ato individual ou coletivo compreender-se-á criminoso quando provocar uma reação social de “indignação moral, embaraço, irritação, sentimento de culpa e outros sentimento analógicos” (BARATTA, 2002, p. 95), entendido, agora, como anormal.

Pode-se afirmar, portanto, que o sistema penal transformou-se em um dos instrumentos mais fortes e importantes do Estado para a manutenção do seu poder por meio da violência e punição dos corpos. Desta forma, utiliza-se de discursos e

ideologias que possam legitimar a sua atuação, traduzindo-se ideologia da defesa social (BARATTA, 2002, p. 43).

Por outro lado, há uma falsa percepção de que o sistema penal é plenamente capaz de combater a criminalidade. É importante destacar que essa criminalidade, para a sociedade, deve ser combatida de forma imediata, impondo um dever quase que automático do Estado de punição, caso contrário considera-se o governo insuficiente e frágil.

A punição é uma das formas mais eficazes para a demonstração de poder. Nesse sentido, com o (falso) objetivo de reduzir a criminalidade, o Estado acaba por criar uma espécie de prisão em que não há necessidade de haver uma sentença penal condenatória transitada em julgado, mas apenas o preenchimento de certos requisitos para que seja decretada.

Beccaria insiste na necessidade de que a pena seja imposta sem demora. A preocupação do réu diante da incerteza da sentença é um verdadeiro tormento (BITENCOURT apud BECCARIA p. 57). Porém tormento maior é, ainda diante da incerteza da sentença, ser compelido à detenção provisória para resguardar interesse social e/ou processual.

Contudo, a decretação da prisão provisória mostra-se, muitas vezes, imprescindível, considerando a necessidade de se assegurar provas ou bens relativos ao processo e, até mesmo a aplicação da lei penal. Nesse sentido, não poderá o Estado se manter inerte, tendo em vista seu dever de proteção social.

2 A PRISÃO PROVISÓRIA NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOS: IMPOSIÇÃO DE LIMITES E IMPERATIVO DE DEVERES

A pena de prisão surge com o intuito de reprimir o sujeito, a fim de que se compreenda a incongruência de sua conduta com as normas impostas pelo Estado. Assegura-se, assim, por meio da pena, o cumprimento daquelas normas. Contudo, é importante destacar que o Direito Penal surge como a *ultima ratio*, tendo em vista que as penas impostas são mais rígidas, já que atingem diretamente a liberdade do cidadão.

Portanto, ao proteger bens jurídicos significantes, criam-se sanções que restringem diretamente a liberdade do indivíduo, legitimando, assim, a soberania do poder estatal. Acontece que a Constituição, dentro de um Estado Democrático de Direito, deve apresentar parâmetros, definindo limites para a atuação do cidadão e também do Estado.

O texto constitucional de 1988, além de consagrar direitos fundamentais, inova no que tange aos princípios, possibilitando a consolidação de sua eficácia normativa. Por isso, as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas conforme a Constituição, buscando, assim, fundamento de validade no texto constitucional.

A Constituição de 1988, contudo, não chegou a estruturar um Estado democrático de Direito de conteúdo socialista, mas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania, que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social fundado na dignidade da pessoa humana. (SILVA, 199--?.).

Nota-se que a Constituição é considerada a norma máxima de todo Ordenamento Jurídico e, por isso, mostra-se imprescindível haver uma filtragem constitucional, a fim de que o sistema jurídico seja uno e harmônico. Feitas estas considerações, resta clara a necessidade de tanto o Código de Processo Penal, como o Código Penal, pautarem-se nas normas constitucionais, respeitando princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Ao considerarmos o *ius puniendi* teremos por trás dele todos os outros princípios fundamentais impedindo que abusos façam parte do Direito penal. Santiago Mir Puig[29] afirma que o Estado Democrático de Direito, no exercício do *ius puniendi* não pode esquecer suas garantias como Estado de Direito, ou seja, as garantias que decorrem do princípio da legalidade. Ao mesmo tempo, não pode basear-se apenas em garantias, puramente formais, e deixar de assegurar um serviço real que os cidadãos necessitem. “El Derecho penal de un Estado social y democrático no puede, pues, renunciar a la misión de incidência activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla por y para los ciudadanos.” (PINTO, 2012).

Um dos maiores princípios norteadores do Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana, previsto no inciso III, art. 1º, da Constituição Federal. Objetiva-se, a partir desse princípio, dignificar o ser humano pelo simples fato de ser humano. Por esse motivo, torna-se detentor de direitos e merecedor da tutela jurídica. Além disso, o princípio almeja igualar os cidadãos, garantindo igual respeito a todos, independente de sua situação econômica ou social.

Kant tomava a dignidade humana como valor intrínseco ao homem, sem equivalente ou preço, por este ser racional e, portanto, não obedecer a leis as quais não tenham sido estabelecidas por ele. O homem seria um ser moral, que se organiza segundo os comandos *a priori* da razão, sendo a consciência individual inviolável. “O homem é ‘fim de si mesmo’ (cf. GMM, p. 102). Tal é o fundamento de seu direito inato à liberdade, e de todos os demais direitos políticos, bem como, em última análise dos imperativos morais da república e da paz.” (WEFFORT, 2001, p. 51).

Por mais que este princípio seja utilizado, diversas vezes, de forma indevida, não merece ser menosprezado. No que tange ao Direito Processual Penal, principalmente, a dignidade do ser humano ganha papel de destaque. Isso porque existe uma relativização desse princípio em prol de uma dignidade maior, que abarca toda a sociedade.

A dificuldade enfrentada ao se aplicar o Direito Penal é estabelecer os limites dessa relativização, já que o princípio da dignidade não pode ser perdido de vista. Por isso, mostra-se fundamental, dentro da lógica processual penal, assegurar tratamento digno ao acusado, reconhecendo sua humanidade, apesar das práticas criminosas.

A dignidade humana (art. 1º, CF) torna plausível a superação do individualismo e do coletivismo, alcançando, assim a harmonização de ambos. Com a expressão dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal quer expressar que a pessoa humana tem uma dignidade própria e constitui um valor em si mesmo, razão por que repudia qualquer tipo de hermenêutica transpersonalista ou simplesmente autoritária que pudesse permitir os sacrifícios dos direitos ou até da personalidade individual em nome de pretensos interesses coletivos. (SANGUINÉ, 2014, p. 20).

Nesse sentido, também se insere o princípio constitucional da legalidade, previsto no inciso XXXIX do artigo 5º, da Constituição Federal e também no artigo 1º do Código Penal. É considerado, inclusive, princípio basilar do Direito Penal, por condicionar toda sua aplicação, impedindo que condutas sejam incriminadas sem que haja previsão legal. Desse modo, oferece-se segurança jurídica aos aplicadores do sistema e também aos imputados.

Como já mencionado, o Direito Penal apresenta medidas mais gravosas que outros ramos do Direito e, por esse motivo, é imprescindível a estrita observância da lei, para evitar atuação arbitrária do Estado. Mostra-se clara a necessidade de incidência deste princípio quando a pena é privativa de liberdade, tendo em vista a relativização de direitos fundamentais. Percebe-se que limitação de um princípio implica a necessidade de se enfatizar outro, com o argumento de impedir atuações desmedidas do poder estatal.

Com muito mais razão, deverá haver estrita observância dos princípios constitucionais no contexto das prisões cautelares, haja vista que não há sequer condenação criminal transitada em julgado fundamentando a reclusão do indivíduo e, por isso, “a aplicação desse pressuposto à prisão provisória exige, não só, que esta medida se instaure e se regule mediante lei federal, mas também que somente possa ser decretada nos estritos casos previstos que justificam o sacrifício deste direito fundamental.” (SANGUINÉ, 2014, p. 65).

Como a prisão provisória é uma instituição cujo conteúdo material coincide com o da pena privativa de liberdade e conflita frontalmente com os direitos fundamentais, no Estado Democrático de Direito, a sua legitimidade constitucional exige que seja assegurada e aplicada como uma medida excepcional, subsidiária, necessária e proporcional à obtenção de fins constitucionalmente legítimos. (SANGUINÉ, 2014, p. 22).

Nessa mesma linha de raciocínio, apresenta-se o princípio da presunção de inocência, disposto no artigo 5º, LVII da Constituição Federal, *in verbis*, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Por isso, o acusado somente poderá ser preso após ser emitida sentença penal condenatória por meio de um devido processo legal.

A presunção de inocência não está fundada sobre uma probabilidade empírica de condenação, mas constitui regra de dever ser, que conduz o legislador a estabelecer uma garantia processual dirigida a proteger valores ideológicos ou políticos e técnicos: o valor ideológico é a garantia da posição de liberdade do acusado em face do interesse coletivo à repressão penal, enquanto o valor técnico ou instrumental se plasma na segurança jurídica ao indicar ao juiz a regra de julgamento a fim de evitar que se possa produzir um resultado indesejável (a condenação de inocentes). (SANGUINÉ, 2014, p. 190).

A presunção de inocência, corolário do Estado Democrático de Direito, é um dos instrumentos mais fortes que o cidadão possui para se defender de eventuais arbítrios do Estado, não podendo, dessa forma, ser flexibilizada em nome do que aparentemente se considera como certo ou justo. A liberdade do indivíduo é um valor demasiado importante para ser tolhido quando não há verossimilhança no que se alega.

De plano, nota-se certa incompatibilidade das prisões cautelares com o princípio de presunção de inocência, em razão da própria essência do princípio, constituindo violação da inocência do indivíduo, antecipando sua culpabilidade e, por conseguinte, antecipando, também, a pena.

Evidentemente, a regra é que o réu responda ao processo em liberdade, pois, se deve receber tratamento de inocente, não há motivo que justifique a sua prisão. Constata-se, portanto, que as prisões processuais são exceção e, como tais, precisam fundar-se em hipóteses legais restritas, devidamente comprovadas no mundo fático. (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 66).

A prisão preventiva é uma medida grave que atenta contra a liberdade do indivíduo e que, no âmbito dos princípios, resulta inconciliável com a presunção de inocência do imputado. (SANGUINÉ, 2014, p. 183). No entanto, apesar das discussões no campo teórico sobre a constitucionalidade das prisões provisórias em razão da difícil

coexistência com o princípio da presunção de inocência, é inegável sua aplicação prática, tendo respaldo, inclusive, constitucional.

Com o intuito de verificar a coexistência dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito com as medidas cautelares, em especial, com a prisão preventiva, faz-se necessário explanar, de forma breve, seus fundamentos e requisitos.

3 MEDIDAS CAUTELARES NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL E A IMPORTAÇÃO DOS INSTITUTOS PARA O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A sistemática processual penal do Código de 1941 não contempla a existência de ações cautelares. Dessa forma, inexistem um verdadeiro processo penal cautelar, de modo que a cautelaridade só poderá se manifestar em um procedimento de conhecimento ou de execução (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 9).

Sendo assim, toda a teoria de prisão provisória construída no âmbito processual penal brasileiro, até por força do art. 3º do Decreto-Lei nº 3.689/41, o qual determina que "a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito", bebeu na fonte do Código de Processo Civil de 1973, em sua parte de processo cautelar.

Com efeito, a falta de rigor técnico e de sistema com que são tratadas as medidas cautelares no Processo Penal Pátrio levam a um imediato impulso de se socorrer às normas e à doutrina de processo civil. Mas, insistimos, sobretudo em nome da autonomia do Processo Penal, chamado jocosamente por Carnelutti de a "gata borralheira do direito", que se faz necessária a elaboração de critérios específicos e compatíveis com o fim do Processo Penal [...]. (LIMA, 2013, p. 565).

O processo cautelar existente no Processo Civil tem o objetivo de assegurar a eficácia de um processo comum. Para isso, se faz necessário pleitear por uma tutela cautelar. Dessa forma, entende-se que

A tutela cautelar é meio de preservação de outro direito, o direito acautelado, objeto da tutela satisfativa. A tutela cautelar é, necessariamente, uma tutela que se refere a outro direito, distinto do direito à própria cautela. Há o direito à cautela e o direito que se acautela. O direito à cautela é o direito à tutela cautelar; o direito que se acautela, ou direito acautelado, é o direito sobre que recai a tutela cautelar (DIDIER; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 562-563).

Como ao processo penal só cabem ações cognitivas e executivas (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 9), inexistindo processo cautelar, o que se tem são as chamadas *medidas cautelares*, que podem servir de instrumento tanto no curso da investigação, quanto no curso do processo, seja este de conhecimento ou de execução.

Quando se diz que existe no processo penal um “Processo Penal Cautelar” quer se referir que existe uma jurisdição cautelar, mas com a particularidade de que não há propriamente ação ou processo cautelar autônomo, pois a jurisdição cautelar se exerce através de medidas cautelares no bojo do processo principal, via de regra. (LIMA, 2013, p. 558).

De fato. A partir do momento que afirmamos existir no processo penal um Processo Penal Cautelar, associamos, quase que imediatamente, a um processo cautelar autônomo e não nos atentamos às peculiaridades atinentes ao campo processual penal.

As medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar. São medidas destinadas à tutela do processo (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 7).

Portanto, deve-se falar em medidas cautelares, pois a tutela cautelar que é cedida aqui não é o exercício de uma ação específica, que gere um processo cautelar diferente do processo de conhecimento ou que possua uma ação penal autônoma (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 9-10).

Por óbvio, há um grave problema em estabelecer paralelismo entre processo penal e processo civil a ponto de categorias e definições do processo civil se aplicarem automaticamente ao processo penal (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 6).

A título de exemplo, pode-se destacar a problemática relativa à importação das categorias, no que se refere ao caráter temporário da tutela cautelar, aspecto um tanto quanto sombrio no que tange às prisões preventivas, bem como ao apego às características como *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, haja vista não guardarem coerência com o que se pretende alcançar no processo penal.

Entende-se por caráter temporário da tutela cautelar aquele que tem "sua eficácia limitada no tempo. A tutela cautelar dura o tempo necessário para a preservação a que se propõe. Cumprida sua função acautelatória, perde a eficácia" (DIDIER; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 563).

Se a tutela deve existir pelo tempo razoável de se preservar algo, conceito resgatado no âmbito do processo civil, o problema se dá, então, na definição do lapso temporal adequado para a duração da medida cautelar pessoal processual penal, à medida que a lei se omite quanto à razoabilidade. Sendo a lei omissa quanto ao prazo ideal, dentro do âmbito do processo penal, a liberdade de locomoção do réu fica, de certa forma, à mercê do juiz.

Quanto aos institutos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, são apresentados como requisitos simultâneos para o deferimento das tutelas provisórias no âmbito do processo civil. *Fumus boni iuris* seria a probabilidade do direito, isto é, a plausibilidade de existência do direito pleiteado. Neste sentido,

Inicialmente, é necessária a verossimilhança fática, com a constatação de que há um considerável grau de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazida pelo autor. É preciso que se visualize, nessa narrativa, uma verdade provável sobre os fatos, independentemente da produção de prova. Junto a isso, deve haver uma plausibilidade jurídica, com a verificação de que é provável a subsunção dos fatos à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos (DIDIER; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 596).

Já o *periculum in mora* seria a evidência de que a demora no oferecimento da prestação jurisdicional representa real perigo para a efetiva jurisdição e eficaz realização do direito.

O art. 300 do Código de Processo Civil de 2015 define que a tutela de urgência será concedida no momento em que houver elementos evidenciando a probabilidade do direito e o perigo de dano ou houver elementos que possam gerar riscos ao resultado útil do processo. Além disso,

Importante é registrar que o que justifica a tutela provisória de urgência é aquele perigo de dano: i) concreto (certo), e, não, hipotético ou eventual, decorrente de mero temor subjetivo da parte; ii) atual, que está na iminência de ocorrer, ou esteja acontecendo; e, enfim, iii) grave, que seja de grande ou média intensidade e tenha aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito (DIDIER; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 597).

Diante do exposto, percebe-se que é consideravelmente incabível, tanto jurídica quanto semanticamente, afirmar que a decretação de uma medida cautelar pessoal,

especialmente a de prisão cautelar, possa buscar fundamentos na existência de *fumus boni iuris e periculum in mora*.

Não poderia o delito ser uma fumaça de bom direito, uma vez que delito é justamente a negação do direito, sendo, nesse sentido, uma espécie de antítese (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 8). Não pode a probabilidade de existência do direito de acusação alegado ser requisito para a decretação de uma medida cautelar pessoal. Logo,

O correto é afirmar que o requisito para decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificadamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 8).

Em outras palavras, para que seja decretada uma medida cautelar de restrição ao direito de liberdade de locomoção do réu, o requisito mais acertado é a configuração de indícios que demonstrem a autoria do réu, bem como a materialidade delitiva. Estas são formas mais coerentes com a categoria jurídica própria do processo penal.

Com relação ao perigo de demora na prestação jurisdicional, são feitas semelhantes considerações, uma vez que, em primeiro lugar, "o *periculum* não é requisito das medidas cautelares, mas sim o seu fundamento" (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 8). Ou seja, o perigo é, na verdade, uma das mais caras razões de ser da tutela cautelar no âmbito processual penal.

O perigo de demora da resposta jurisdicional é mais adequado aos casos de medida cautelar patrimonial e probatória, pois o passar do tempo pode causar dilapidação ao patrimônio, bem como haver perecimento de elementos probatórios. Por outro lado, nas medidas cautelares pessoais, o perigo assume outra forma.

Aqui, o fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado. Fala-se, nesses casos, em risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou no risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta (em relação à coleta da prova) (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 8).

Percebe-se que não é o tempo que leva ao perecimento do objeto, mas, sim, a situação de liberdade do sujeito passivo, o réu, que oferece risco ao perfeito andamento do processo penal. Logo, o fundamento para a decretação da medida é o *periculum libertatis*.

Portanto, é necessário afastar as medidas cautelares da doutrina processual civil, pois o processo penal tem características próprias completamente distintas daquela. Assim, o processo penal deve buscar conceitos próprios que satisfaçam plenamente suas necessidades, tendo como princípio o fato de que as medidas cautelares estão a serviço unicamente do processo, para a tutela da prova ou para garantir a presença da parte passiva (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 9).

4 PRISÕES CAUTELARES: FUNDAMENTOS E LEGITIMIDADE

Ao compreender a lógica processual penal relativa às medidas cautelares e a necessidade de se estabelecer conceitos próprios com o intuito de atender suas peculiaridades, podemos nos debruçar nas principais características das prisões cautelares, uma das principais medidas cautelares pessoais.

Sendo assim, no que tange às prisões provisórias, adentramos na excepcional possibilidade de limitação da liberdade do réu, antes mesmo do fim do processo não havendo sequer sentença definitiva. Por serem medidas excepcionais, para que sejam legítimas, precisam ser devidamente motivadas pelas hipóteses taxativas previstas em lei.

“As medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar. São medidas destinadas à tutela do processo.” (LOPES JÚNIOR, p. 580, 2017). Para Lopes, conforme já explanado, constitui requisito essencial para a decretação de prisão cautelar, a existência do *fumus commissi delicti*, isto é, a probabilidade da existência do crime e indícios robustos de sua autoria. (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 580).

Outro elemento fundamental a ser considerado é o *periculum libertatis*, no qual se considera o perigo que decorre do estado de liberdade do indivíduo, conforme já mencionado. O perigo está na possibilidade de haver a frustração de aplicação da pena ou de prejuízos relacionados à colheita de provas, por exemplo.

Trata-se aqui da instrumentalidade hipotética, característica essencial às prisões provisórias, tendo em vista que é necessário haver elementos concretos que justifiquem a restrição da liberdade. No entanto, ainda que concretos, são especulações prováveis. Explico. Não há possibilidade de um juízo de certeza, já que se trabalha com uma fase de cogitação interna e de atos preparatórios, que, inclusive, não podem ser punidos, no âmbito do direito penal.

Ocorre que, tendo em vista a necessidade de se proteger a dignidade de outras pessoas ou ainda, de se assegurar a aplicação da lei penal e o trâmite processual, tornam-se fundamentais a imposição das prisões cautelares.

Nesse sentido, de forma resumida, entende-se que

As medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e eficaz aplicação do direito de punir ao, por exemplo, possibilitar a prisão do acusado para garantia de sua presença na instrução ou determinar a prestação de fiança (fianza - garantia do pagamento das custas do processo). O que se pretende é possibilitar o pleno exercício do Direito de acusação garantindo também a eficácia do Direito de punir externado na provável pena a ser imposta. (LOPES JÚNIOR, 2000).

Interessante ressaltar que, com a Constituição de 1988, foram introduzidos limites para a aplicação das prisões cautelares, de forma a regradar a atividade do juiz. Dá-se destaque principalmente, ao princípio da presunção de inocência. Além disso, após a reforma do Código de Processo Penal em 2008, houve maior sistematização no que se refere às medidas cautelares pessoais.

As Leis 11.689/08 e 11.719/08 modificaram, substancialmente, a estrutura da prisão cautelar, de modo positivo, no Código de Processo Penal. Desaparece o binômio *primariedade* e *bons antecedentes*, como fator único de apreciação, para a concessão do direito de aguardar o julgamento pelo júri em liberdade ou para a concessão do direito de recorrer sem se recolher à prisão. Não mais deve o magistrado, para análise da liberdade provisória, ater-se, unicamente, ao referido binômio. O foco passa a ser os requisitos da prisão preventiva, como coluna vertebral do corpo processual penal. Os fatores descritos no art. 312 do Código de Processo Penal são as fontes de inspiração para que os operadores do Direito possam analisar decidir e julgar se cabe ou não a decretação da prisão cautelar de qualquer indiciado ou réu. (NUCCI, 2014).

Nesse sentido, a partir de 2008, passaram a integrar o sistema brasileiro penal apenas três modalidades de prisões cautelares: prisão em flagrante delito, prisão temporária e prisão preventiva.

A prisão cautelar pode ser definida como uma medida coativa cautelar pessoal que implica uma provisória limitação da liberdade, em um estabelecimento penitenciário, de uma pessoa contra quem, embora considerada juridicamente inocente, se formula uma imputação de ter cometido um delito de especial gravidade, decretada motivadamente por um órgão jurisdicional, na fase investigatória ou no curso do processo penal, em caráter excepcional com duração limitada, antes do trânsito em julgado de

sentença pena condenatória, para garantir o normal desenvolvimento do processo penal de cognição e de execução [...]. (SANGUINÉ, 2014, p. 2)

Contudo,

a legitimação da prisão provisória é possível somente se medidos os seus pressupostos a partir dos parâmetros normativos das Convenções Internacionais e da Constituição, ou seja, dentro dos limites mais estritos que os da legislação processual infraconstitucional. (SANGUINÉ, 2014, p. 3).

Dessa forma, por serem medidas que fogem a regra, ao serem aplicadas, deverão apresentar justificativas robustas, demonstrando que a liberdade do indivíduo poderá atentar contra a justiça e a segurança dos demais cidadãos e, somente com a reclusão, a ordem será estabelecida.

Na verdade, a prisão cautelar está justificada pelo princípio da necessidade. Esse princípio está implicitamente contido no inciso LXVI do art. 5º da Constituição Federal que prevê a liberdade provisória quando a cautela não se revelar necessária, e, além disso, surge como consectário lógico do princípio da presunção de inocência, também está previsto no art. 316 do Código de Processo Penal ao possibilitar a revogação da prisão a qualquer tempo, se o juiz verificar a insubsistência do motivo que a determinou. (SANGUINÉ, apud CÂMARA, 2011, p. 105).

Nesse sentido, devemos compreender que uma das características inerente às prisões cautelares é excepcionalidade, devendo, portanto, guardar íntima relação com a proporcionalidade e adequação da medida, tendo em vista que não haverá legitimidade na decretação de prisão cautelar, caso o suporte fático fundante não seja proporcional ou adequado.

E claro, a excepcionalidade também guarda relação com o princípio de presunção de inocência, uma vez que só poderá relativizar um princípio tão caro em situações excepcionálíssimas, pois caso contrário, as normas de direito poderão ser recriadas e utilizadas ao bel prazer, legitimando uma afronta ao Estado Democrático de Direito.

Ademais, a excepcionalidade deve ser lida em conjunto com a presunção de inocência, constituindo um princípio fundamental de civilidade, fazendo com que as prisões cautelares sejam (efetivamente) a *ultima ratio* do sistema, reservadas para os casos mais graves, tendo em vista o elevadíssimo custo que representam. O grande problema é a massificação das cautelares, levando ao que FERRAJOLI denomina "crise e

degeneração da prisão cautelar pelo mau uso” (LOPES JÚNIOR, p. 800, 2013).

Outro aspecto fundamental é a provisoriedade. “A duração da tutela cautelar é provisória se justificando por uma situação de emergência e, assim, deixa de vigorar quando advém [...] qualquer outro motivo que a torne desnecessária.” (LIMA, 2013, p. 562). Vemos explicitamente essa característica no art. 316, do Código de Processo Penal, no qual dispõe que o juiz poderá revogar a prisão preventiva a partir do momento que verificar não haver mais razões que justifiquem a permanência da medida.

Elucidadas as principais características das prisões cautelares, é possível passar à análise das prisões preventivas, com intuito de verificar se seus fundamentos coexistem com os princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

5 PRISÃO PREVENTIVA: CONCEITO E FUNDAMENTOS

A prisão preventiva é tida como uma das modalidades de prisões cautelares mais importantes pelo fato de seus fundamentos servirem de pressupostos para as demais espécies de privação antecipada. (SANGUINÉ, 2014, p. 106). O capítulo III do CPP condensa, a partir do art. 311, as principais características e fundamentos dessa modalidade de suposta *natureza cautelar*.

Poderá a prisão preventiva ser decretada, de acordo com o art. 311, CPP, em qualquer fase da investigação criminal ou do processo penal, sendo possível, inclusive, a decretação de ofício, desde que no curso da ação penal. No entanto, para isso, se faz necessário que haja o preenchimento dos requisitos estabelecidos no art. 312, CPP, sendo respeitados os limites prescritos pelo art. 313, CPP. Vejamos:

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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

O art. 312 estabelece quatro possibilidades para se decretar a prisão preventiva. A primeira hipótese se refere à possibilidade de ser decretada a fim de garantir a ordem pública. Isto é, “decretada com finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, não se podendo aguardar o término do processo para, somente então, retirá-lo do convívio social.” (CAPEZ, 2017, *e-book*).

Também poderá ser determinada como garantia da ordem econômica, hipótese inserida pelo art. 86, da Lei 8.884/94, da Lei Antitruste. Trata-se, segundo Capez, de mera repetição do requisito “ordem pública”. Esse fundamento teve pouquíssima utilização forense e quando invocado, justificava, na maioria das vezes, a ordem pública. (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 636).

A prisão preventiva também é permitida por conveniência da instrução criminal, com o intuito de proteger provas, tendo em vista que a liberdade do acusado é perigosa para a instrução. Ocorre que,

[...] conveniência é um termo aberto e relacionado com ampla discricionariedade, incompatível com o intuito da prisão preventiva, pautada pela excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade, sendo, portanto, um último instrumento a ser utilizado (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 638).

No entanto, observada a ressalva com relação à vagueza do termo *conveniência*, percebe-se que, ainda assim, as medidas orientadas à tutela de prova são, acertadamente, *medidas típicas cautelares*, uma vez que nascem no processo a fim de guardá-lo e garantir seu devido e normal transcorrer.

É importante ressaltar que, apesar de cautelares, é necessário observar efetivamente quais atitudes que o réu está realizando em nome da obstrução, isso porque as medidas cautelares a serem tomadas devem guardar íntima relação com a proporcionalidade e razoabilidade.

Com relação à fundamentação da conveniência da instrução criminal não justifica a decretação de prisão preventiva do imputado se o objetivo é que este colabore com a instrução, quando o acusado, na verdade, não ofereceu qualquer resistência à tutela da prova, e pretende-se apenas interroga-lo ou força-lo a participar de algum ato probatório (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 638).

Outra possível hipótese de decretação da prisão cautelar é o fim de assegurar a aplicação da lei penal. Em outras palavras, trata-se do risco de fuga. Dessa forma, a restrição da liberdade do acusado torna-se legítima, uma vez que se almeja a aplicação da lei penal.

O dito risco de fuga representa um perigo para a eficácia da sentença, logo, um perigo também ao próprio processo. Assim, as medidas tomadas para evitar que o réu escape são tipicamente cautelares. Entretanto, é preciso advertir que o risco de fuga não pode ser presumido. Qualquer ação judicial que vá restringir a liberdade do

imputado para assegurar a aplicação da lei penal precisa estar fundada em circunstâncias concretas. Neste sentido,

Exemplificamos: é bastante comum que alguém, tomando conhecimento de determinado crime praticado por esse ou aquele agente, decida a partir da projeção, isto é, a partir da atribuição ao agente daquilo que está sentindo quando se coloca em situação similar. Logo, é comum juízes presumirem a fuga, pois, (in)conscientemente, estão se identificando (ficar-idem) com o imputado e, a partir disso, pensam da seguinte forma: se eu estivesse no lugar dele, tendo praticado esse crime e com as condições econômicas que tenho (ele tem), eu fugiria! Ora, por mais absurdo que isso pareça, é bastante comum e recorrente. A decisão é tomada a partir de ilações (e projeções) do juiz, sem qualquer vínculo com a realidade fática e probatória (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 639).

O art. 313 do CPP elenca as possibilidades para que seja decretada a prisão preventiva e atua, de certo modo, como um rol limitador para o juiz. Veja:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
 I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
 II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
 III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
 IV - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).
 Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Assim, conforme interpretação do artigo 313, I, CPP, é necessário que o crime cometido seja doloso, caso contrário, violaria qualquer senso mínimo de proporcionalidade ou necessidade para permitir a prisão preventiva.

Além disso, o art. 314 do CPP diz que “a prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei 2.848/40”, isto é, ter sido praticada nas hipóteses de excludente de ilicitude.

Por fim, destaca-se a possibilidade de a prisão preventiva ser revogada, como dispõe a primeira parte do art. 316, no qual diz que “o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista”.

Feitas essas considerações, é possível, a partir de agora, apresentar a crítica que se propõe o presente trabalho.

Os fundamentos legitimadores para a decretação de prisão preventiva justificam-se pela concreta e real necessidade de aplicação da lei penal, a fim de resguardar interesses coletivos. Ocorre que, as hipóteses são taxadas como cautelares, haja vista que resguardam interesse processual.

Ora, o argumento que justifica a proteção da ordem pública e da ordem econômica apresentam características cautelares? E mais, é válido justificar medida gravosa, como a prisão preventiva, por meio de termos com a semântica tão aberta? Busca-se compreender, dessa forma, se é possível a coexistência desses requisitos na ordem processual penal guiada pela Constituição de 1988.

5.1 PRISÃO PREVENTIVA: HIPÓTESE RELATIVA À GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E ORDEM ECONÔMICA

Nas palavras de Nucci,

A garantia da ordem pública é hipótese de interpretação mais ampla e flexível na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática do delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente. (NUCCI, 2014, p. 552)

O autor afirma, ainda, que "a afetação à ordem pública constitui importante ponto para a credibilidade do Judiciário, como vêm decidindo os tribunais pátrios." (NUCCI,

2014, p. 554). Sendo necessário apenas bom senso para distinguir situações em que há verdadeiro abalo à ordem pública. (NUCCI, 2014, p. 554).

Ora, deixar a cargo do *bom senso* dos magistrados a decretação de prisão preventiva não nos parece a melhor opção, principalmente, por se tratar de medida de restrição de direitos. Deve-se, no mínimo, estabelecer uma margem para a atuação dos juízes, não deixando que, cada um, pautando-se em *seu* bom senso, determine quando será possível o enquadramento na hipótese em questão.

Por essas razões, é indispensável que as normas sejam claras e, principalmente, precisas, a fim de evitar possíveis arbitrariedades do órgão julgador. Nota-se que a hipótese relativa à ordem pública, não apresenta de forma ostensiva tais características, tendo em vista a abertura semântica inerente ao termo.

A Lei Complementar 95/98 prescreve em seu art. 11 a forma adequada de como deverão ser redigidas as disposições normativas, afirmando a necessidade de clareza, precisão e ordem lógica. Ora, não é possível aferir clareza e, muito menos, precisão da expressão *ordem pública*, haja vista ser o termo dotado de alto teor subjetivo, abrindo, assim, margens para atuação apaixonada do juiz.

Dessa forma,

o motivo de ordem pública se afirma como justificativa que se pode manobrar em todos os sentidos. Seu exato significado nunca foi realmente elaborado, mas constitui uma maneira deturpada de reagir à gravidade do crime e à possível reação da sociedade. (SANGUINÉ, 2014, p. 284).

É verdade que a previsão relativa à defesa da ordem pública se encontra presente na maioria dos ordenamentos jurídicos. Contudo, não é possível afirmar que a característica também é fundamento para a decretação de prisão preventiva, pois não o é. (SANGUINÉ, 2014, p. 283).

Considerado como critério impreciso e fator de abuso, o critério da perturbação da ordem pública chegou a ser suprimido no direito francês pela Lei n. 93-2, de 04.01.1993, mas logo foi reestabelecido pela Lei n. 93-1013, de 24 de outubro de 1993. A garantia da ordem pública como motivo de prisão provisória ainda permanece no CPP francês, porém o legislador, com a reforma de 30.12.1996 e de 15.06.2000, levando em consideração a jurisprudência do TEDH, se esforçou em restringir sua aplicação,

estabelecendo no art. 144, alíneas 1-1º e 3º, por um lado, que o perigo deve ser “excepcional” e “persistente”; por outro lado, que este motivo não pode justificar o prolongamento da prisão provisória senão quando a pena prevista para a infração seja igual ou superior a dez anos de pena privativa de liberdade [...]. (SANGUINÉ, 2014, p. 283).

De acordo com Sanguiné (2014, p. 283) apenas cinco países pertencentes à União Europeia utilizam a *ordem pública* como argumento legítimo para imposição de prisão preventiva. E, ainda assim, se faz necessária fundamentação robusta, sendo possível sua aplicação somente quando for considerada o único meio adequado para pôr fim à situação de perigo.

No cenário brasileiro, apesar do inegável avanço constitucional a partir da Constituição de 1988, manter a garantia da ordem pública como possibilidade de decretação de prisão preventiva acaba por resgatar traços absolutistas e, de certa forma, inquisitivos, tendo em vista que a prisão preventiva poderá ser decretada de ofício:

Infelizmente, insiste o legislador brasileiro em permitir a prisão preventiva decretada de ofício, sem suficiente compreensão e absorção das regras inerentes ao sistema acusatório constitucional e a própria garantia de imparcialidade do julgador. A nova redação do art. 311 não representou avanço significativo, pois segue permitindo a prisão preventiva de ofício, desde que no “curso da ação penal”. (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 632).

Percebe-se, assim, que o juiz se afasta cada vez mais de uma posição exigida pelo sistema acusatório, se aproximando de uma atuação inquisitiva. Entende-se dessa forma, pois poderá decretar de ofício medida que viola direitos e garantias constitucionais e o princípio do juiz natural, uma vez que o juiz já estará inclinado a uma decisão antes mesmo de haver provas cabais.

5.1.1 Ordem pública: expressão carregada de vagueza e subjetividade

O termo *ordem pública* constitui expressão porosa, facilitando, assim, seu enquadramento em inúmeras situações. Não há definição legal do termo, sendo necessária a busca pela definição em julgados e manuais.

Para Sanguiné (2014, p. 293) a ordem pública material se dá a partir da ausência de perturbações ocasionadas por acontecimentos anormais que se desarmonizam com a convivência pacífica das pessoas. Além disso, afirma que, inicialmente, não englobaria situações referentes à criminalidade, mas, tão somente, ao âmbito civil e administrativo, aproximando-se, assim, do conceito de segurança pública.

“A ordem pública constitui um limite que pode conter concepções arbitrárias ou exigências políticas governamentais, razão pela qual exige razões muito fundadas na sua utilização.” (SANGUINÉ, 2014, p. 294). Deve-se comprovar perigo certo, elementos concretos que fundamentem a imprescindibilidade da aplicação da medida.

Lopes Júnior (2017, p. 635), ao mencionar os fundamentos da prisão preventiva, afirma que, por ser ordem pública um conceito vago, torna-se uma das principais justificativas utilizadas pelos julgadores. Nesse sentido, assevera ser

recorrente a definição de risco para a ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba sua “tranquilidade”. Alguns, fazendo uma confusão de conceito ainda mais grosseira, invocam a “gravidade” ou “brutalidade” do delito como fundamento da prisão preventiva. Também há quem recorra à “credibilidade das instituições” como fundamento legitimante da segregação, no sentido de que se não houver prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade. (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 635).

Nas palavras de Gomes e Marques (2011, p. 144), a ordem pública consiste na tranquilidade social. “Traduz-se na tutela dos superiores bens jurídicos da incolumidade das pessoas e do patrimônio, constituindo-se explícito dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (art. 144 da CF/88)”.

Ainda com relação à definição de ordem pública, importante também mencionar o Informativo 440 do STF, em que são condensados pressupostos para a sua aplicação.

Acerca desse requisito, asseverou-se que este envolve, em linhas gerais, as seguintes circunstâncias principais: a) necessidade de resguardar a

integridade física do paciente; b) objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar; e c) propósito de assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial o Poder Judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal. Nesse sentido, aduziu-se que o juízo federal de 1º grau apresentara elementos concretos suficientes para efetivar a garantia da ordem pública: a função de direção desempenhada pelo paciente na organização; a ramificação das atividades criminosas em diversas unidades da federação; e a alta probabilidade de reiteração delituosa, haja vista a potencialidade da utilização ampla do meio tecnológico sistematicamente empregado pela quadrilha. Por fim, considerou-se não configurado o excesso de prazo, tendo em conta a complexidade da causa, o envolvimento de vários réus, bem como a contribuição da defesa para a demora processual. Precedentes citados: HC 88537/BA (DJU de 16.6.2006); RHC 81395/TO (DJU de 15.8.2003); HC 85335/PA (DJU de 11.11.2005); HC 81905/PE (DJU de 16.5.2003).

Pela jurisprudência também não é possível estabelecer um conceito exato do que vem a ser ordem pública. Nota-se, assim, que há uma tentativa de definir parâmetros a fim de limitar a discricionariedade e subjetividade do juiz, mas, ainda que definidos, não importam em um conceito estruturado, até porque a lei não estabelece as diretrizes, trazendo apenas a expressão altamente subjetiva.

A jurisprudência abaixo sustenta a necessidade de prisão preventiva pela garantia da ordem pública, uma vez que a liberdade do sujeito representava perigo, podendo atingir, novamente, a vida de outras pessoas. Perceba que a ordem pública, nesse caso, refere-se à necessidade de impedir que o acusado se insira novamente na prática de condutas delituosas.

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. HOMICÍDIO QUALIFICADO POR MOTIVO FÚTIL. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. Exige-se concreta motivação do decreto de prisão preventiva, com base em fatos que efetivamente justifiquem a excepcionalidade da medida. 3. **Circunstâncias descritas nos autos que corroboram a necessidade da segregação acautelatória do paciente para garantia da ordem pública, considerando a sua periculosidade e a real possibilidade de reiteração delitiva, pois "a liberdade provisória dos representados abalaria a ordem pública, com repercussão negativa no seio da comunidade, podendo atingir, novamente, a vida de outras pessoas, com a reiteração da conduta criminosa, máxime se considerar o teor das CACs de ff. 122/127, onde se vê envolvimento dos representados**

com diversas outras infrações penais". 4. Habeas corpus não conhecido. (STJ, Habeas Corpus n. 300499, rel. Min. Gurgel de Faria, Quinta Turma, j. 16-04-2015, grifo nosso).

De acordo com o Min. Ayres Britto, o zelo pela ordem pública consiste na necessidade de proteger a sociedade contra fatores de perturbação e insegurança. Nesse sentido,

O conceito jurídico de ordem pública não se confunde com incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 da CF/88). Sem embargo, ordem pública se constitui em bem jurídico que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de tráfico de entorpecentes e drogas afins). Daí sua categorização jurídico-positiva, não como descrição do delito nem cominação de pena, porém como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como **imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação ou de insegurança que já se localizam na gravidade incomum da execução de certos crimes. Não da incomum gravidade abstrata desse ou daquele crime, mas da incomum gravidade perpetrada em si do crime, levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito ou, de qualquer forma, representará agravo incomum a uma objetiva noção de segurança pública.** Donde o vínculo operacional entre necessidade de preservação da ordem pública e acautelamento do meio social. Logo, conceito de ordem pública que se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio (assim como da violação à saúde pública), mas que se enlaça umbilicalmente à noção de acautelamento do meio social. (STF, Habeas Corpus n. 102065, rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, j. 23-11-2010, grifo nosso).

Destaca-se que o conceito, além de indeterminado, guarda íntima relação com o contexto no qual se encontra inserido, justamente por conta do teor axiológico e dependente de interpretação do julgador.

A conceituação de ordem pública modifica-se segundo a concepção dominante de cada momento histórico a respeito dos fins do Estado. Assim, ao tempo do Estado *abstencionista* a ordem pública quase se limitava a assegurar “a tranquilidade da rua” (*ordre dans le rue*). Mais tarde, com o surgimento do Estado *intervencionista* se verificou, em sentido ampliativo, um deslocamento da justificante da ação coativa estatal para novos aspectos de *interesse público*. (SANGUINÉ, 2014, p. 291)

Parte da doutrina entende que,

Com a inovação legislativa provocada pela Lei 12.403/2011, hoje podemos afirmar que o conceito de ordem pública é extraído do artigo 282, inciso I, do CPP. Para nós, garantir a ordem pública significa evitar a prática de infrações penais. O mencionado dispositivo determina que as medidas

cautelares deverão ser adotadas observando-se a necessidade para a aplicação da lei penal, para investigação ou instrução criminal e, por derradeiro, para evitar a prática de infrações penais. (CABETTE, 2012).

Apesar da disposição do art. 282, inciso I, do CPP, que estabelece maior delimitação do conteúdo de ordem pública, continua o conceito sendo alvo de críticas. Explica-se. É impossível saber se, de fato, o indivíduo incorrerá em novas práticas delituosas. Haveria, nesse sentido, a punição de atos preparatórios ou, até mesmo, a punição da ideia do agente, num aspecto puramente subjetivo.

Nesse sentido, o argumento de risco de reiteração de delitos, para parte da doutrina, “é flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência e ela permanece intacta em relação a fatos futuros.” (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 651).

Além disso, faz-se necessário registrar que a inovação legislativa trazida pela Lei 12.403/2011 poderia ter retirado o ponto controverso do Código Processual Penal, traduzido na expressão ordem pública, diminuindo, consideravelmente, uma das dificuldades apresentadas pelos julgadores de aplicação da prisão provisória. Porém, a mencionada hipótese não foi objeto da alteração.

Por que na reforma levada a cabo em 2011 (Lei 12.403), ao cair das cortinas, ressuscitaram o artigo 312 com a redação original de 1941, quando no projeto a proposta era completamente diferente, com o abandono da ‘ordem pública’ do rol de fundamentos? Porque isso é conveniente para a manutenção e ampliação dos poderes discricionários do julgador, no viés punitivista, é claro, através de uma cláusula genérica, de conteúdo vago, impreciso e indeterminado. (LOPES JÚNIOR; ROSA, 2015).

Resta claro, a partir dos conceitos acima elencados, que não há unanimidade com relação ao significado de ordem pública. Nesse sentido, a construção do conceito depende da valoração do juiz e de seus critérios pessoais. Explica-se. O termo apresenta uma gama de interpretações e, afeta, sobretudo, a segurança jurídica do réu, uma vez que, ficando a interpretação do termo a cargo do juiz, não é possível o imputado compreender, nem muito menos, se resguardar quanto à ocorrência dessa hipótese que enseja a prisão preventiva.

Dessa forma, o termo abre margem para atuação desproporcional do juiz, o que não condiz com o Estado Democrático de Direito no qual se encontra a Ordem Jurídica Brasileira e, muito menos, com o princípio da presunção de inocência, uma vez que a prisão preventiva foge à regra e, por isso, deveria ser justificada a partir de argumentos objetivos e precisos.

Grave problema encerra ainda a prisão para garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha na década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão “bem” sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus aos prepotentes (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 648).

É perceptível, todavia, que a justificativa pautada na garantia da ordem pública não apresenta objetividade nem precisão no que se refere ao seu significado e, por isso, a atuação do juiz torna-se vinculada não tão somente à lei, como deveria ser, mas a sentimentos e interpretações axiológicas.

Assim, compreendendo que, nesse caso, a atuação do juiz torna-se mais suscetível a interpretações apaixonadas, deve-se ressaltar atuação da mídia e sua intervenção no comportamento e na estruturação do entendimento social e seus reflexos no sistema processual penal, no que tange à prisão preventiva.

5.1.1.1 A influência da mídia no cenário processual penal e a relação com a excessiva maleabilidade da expressão “ordem pública”

Faz-se mister mencionar, ainda que de forma breve, o papel da mídia dentro do contexto processual penal. Explica-se. Por intermédio de informações transmitidas para o telespectador, a mídia é capaz de criar sentimentos de revolta e indignação, os quais são remediados por meio de encarceramento eficaz, leia-se: encarceramento imediato e eterno.

Acontece que a ordem jurídica brasileira baseia-se em princípios e regras processuais, os quais impedem que haja prisão sem antes haver devido processo legal e sentença transitada em julgado. Esta é considerada a melhor forma para se verificar e atestar se, de fato, o indivíduo é ou não culpado pela infração penal que lhe foi imputada.

As prisões preventivas fogem à regra, justificadas pela excepcionalidade e pelo caráter cautelar. Não podem ser compreendidas, no entanto, como o remédio processual necessário a quaisquer infrações, com intuito de estabelecer a ordem e impor justiça. O sentimentalismo e clamor público não comungam com as regras processuais penais e não guardam relação com as medidas cautelares.

Sabe-se que as informações transmitidas pelos meios de comunicação, mais especificamente pela televisão, são consciente e inconscientemente captadas pelo receptor. Nesse sentido, de acordo com um levantamento quantitativo domiciliar sobre os hábitos de consumo de mídia pela população brasileira, realizado pela Pesquisa Brasileira de Mídia 2015, o brasileiro permanece diante da televisão, em média, 4 horas e 31 minutos por dia, de 2ª a 6ª-feira, e 4 horas e 14 minutos nos finais de semana (SECOM, 2014, p. 7).

Uma vez reconhecido o eminente poder influenciador desse meio de comunicação nas atitudes e opiniões da população, é patente a necessidade de se analisar e filtrar os conteúdos transmitidos pela mídia. Nesse aspecto, a pesquisadora Círcia Peruzzo comenta que

[...] as novas gerações têm seus valores, opiniões e atitudes sedimentadas por veículos que não se interessam propriamente em sua educação, que não assumem explicitamente seu caráter pedagógico, mas que acabam frequentemente por influenciar mais profundamente a juventude que a educação desenvolvida na escola. A comunicação coloca-se, assim, no espaço da educação informal, que ocorre nas dinâmicas sociais do dia-a-dia onde o indivíduo se vê em interação com seus pares e com as manifestações culturais e informativas com que se deparam (PERUZZO, 2011, p. 116).

Mas há, igualmente, outro fator preocupante. Grande parte da população não tem conhecimento sobre os seus direitos, deveres, e também sobre as leis existentes no

Ordenamento Jurídico. Como consequência, aquilo que é veiculado pela mídia, ainda que de forma equivocada, se transforma em verdade absoluta.

É inegável que mídia é um potencial formador de opiniões. Essa função, aliás, não é exercida com o intuito de colaborar com a compressão e inteligente da população. Muito pelo contrário. A mídia se transformou em um veículo massificador de opiniões destituídas de senso crítico, pois transmite informações de forma parcial, sem primar, de fato, por informar a população, mas por apresentar visões que beneficiem apenas determinado grupo social.

No contexto das prisões cautelares, tratando especificamente das prisões preventivas, a mídia constrói, paulatinamente, um clamor social por tais medidas cautelares sob a égide da “justiça” e do desaparecimento da sensação de impunidade.

Há que se atentar para uma interessante manobra feita rotineiramente: explora-se, midiaticamente, um determinado fato (uma das muitas “operações de marketing policial”), muitas vezes com proposital vazamento de informações, gravações telefônicas e outras provas colhidas, para colocar o fato na pauta pública de discussão (a conhecida teoria do agendamento).

Explorado midiaticamente, o pedido de prisão vem na continuação, sob o argumento de necessidade de tutela da ordem pública, pois existe um “clamor social” diante dos fatos...

Ou seja, constrói-se midiaticamente o pressuposto da posterior prisão cautelar. Na verdade, a situação fática apontada nunca existiu; trata-se de argumento forjado. (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 85).

O clamor social proclama por condutas que divergem dos princípios norteadores do Código Processual Penal. Deve haver, na verdade, a aplicação da lei, de forma imparcial. A partir do momento que o clamor público torna-se um dos expoentes para a aplicação da lei penal, tem-se um sistema autoritário que não se coaduna com a ordem na qual o Brasil se encontra inserido.

Quando se abre espaço para que o juiz aja de maneira apaixonada e influenciada pela opinião pública e decrete a prisão preventiva com base na ordem pública, está-se permitindo que o magistrado cancele o próprio princípio do Estado de direito, ficando, assim, o poder em mãos de um soberano que individualiza inimigos por decisão política (ZAFFARONI, 2007, p. 164).

Nesse sentido,

Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiro limite democrático à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 778).

Nota-se, assim, que a vagueza do termo ordem pública tem a possibilidade de abarcar situações para atender ao clamor social, uma vez não haver delimitação de conteúdo e por gerar na população o sentimento de que a Justiça é capaz de conter a criminalidade.

No entanto, deverá ser a Justiça capaz de combater a criminalidade respeitando, acima de tudo, direitos e garantias fundamentais, o que não ocorre quando se banaliza a decretação de medida extremamente gravosa, como a prisão preventiva, apoiando-se em argumentos sem qualquer respaldo legal por trás de norma com teor altamente subjetivo, como ordem pública.

5.2 NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO PREVENTIVA

Outro grande problema atinente à cláusula de ordem pública relaciona-se ao fato de não guardar qualquer relação com a natureza cautelar, típica de medidas provisórias. Explica-se. A partir do momento que o legislador instituiu a hipótese relativa à garantia da ordem pública teve como intenção prevenir eventuais reiteraões criminosas e, assim, assegurar a segurança social. Dessa forma, é clara a natureza satisfativa da medida, não se confundindo com a natureza cautelar das demais.

No entanto, existem autores que defendem que:

a prisão preventiva para fins de garantia da ordem pública não possui finalidade de prevenção geral ou especial, mas sim de prevenção concreta, com o intuito de evitar que a sociedade sofra um dano concreto iminente em seus bens jurídicos relevantes. Ao assim fazê-lo, o processo penal está buscando um de seus fins, que é a proteção da sociedade, contra ameaças concretas, concretizando um dos escopos da própria função jurisdicional (escopo social). (CABETTE apud BORGES DE MENDONÇA, 2011).

Nesse sentido, com o intuito de proteção social, a prisão preventiva surge como instrumento para efetivar o escopo relativo ao processo. Dessa forma, é vista como um efetivo remédio processual, tendo em vista, principalmente, a sua aplicação imediata, antes do trânsito em julgado da sentença.

É por meio do processo que o Estado exerce o seu direito de punir, sendo que um de seus escopos é, justamente, a reintegração da paz social, abalada temporariamente com o cometimento de um crime. Dessa forma, se uma das funções do processo é a proteção da sociedade, concluímos que a prisão preventiva decretada com fundamento na garantia da ordem pública é um instrumento indispensável para consolidar este fim. Salta aos olhos, portanto, a sua natureza cautelar. (CABETTE, 2012).

Data venia, acredita-se que o entendimento acima explanado não merece prosperar. Apesar de a prevenção ser concreta não anula o fato de não possuir natureza cautelar. A natureza cautelar das medidas provisórias consiste na intenção de conservar e assegurar bens/provas relativas ao processo.

Pois bem. A intenção da prisão preventiva, no caso específico de ordem pública e ordem econômica, não consiste em, por exemplo, assegurar a aplicação da lei ou conservar provas. Veja: não há, a partir desse fundamento, qualquer intenção conservativa relativa ao processo. Há, tão somente, a justificativa de prevenção, a fim de impedir o cometimento de novas infrações. “Está se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal.” (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 651).

Percebe-se, então, que as prisões preventivas para garantir a ordem pública ou a ordem econômica não guardam qualquer relação com a cautelaridade e, tampouco, com a constitucionalidade. É uma violação ao Estado Democrático de Direito mascarar uma atividade tipicamente de polícia em uma medida de natureza cautelar. (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 648).

Para que uma prisão seja lida como medida cautelar, é necessário que seja decretada com finalidade de assegurar a eficácia do procedimento definitivo. Assim, fica claro que as tutelas cautelares não existem para fazer alguma forma de “justiça” para a sociedade, mas sim para garantir o caminhar normal do processo de conhecimento. Em resumo “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” (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 648).

Muito pelo contrário, a tutela é conferida no curso do processo e nada tem a ver com sua segurança. É, portanto, provimento efetivamente satisfativo, que antecipa um dos efeitos do provimento final condenatório buscado pela parte acusadora quando manejou a inicial acusatória. Sendo assim, não há dúvidas de que, nessa hipótese, a prisão preventiva é verdadeira antecipação de tutela e nada tem de cautelar. (SIQUEIRA, 2015).

Nesse sentido, a prisão preventiva na hipótese relativa à garantia da ordem pública e ordem econômica cumpre funções reais de pena antecipada, uma vez que é utilizada para a prevenção geral da segurança da sociedade, violando o devido processo legal e a presunção de inocência.

Essas racionalizações, na realidade, não são processuais, mas sim penais, porque é impossível ignorar doutrinariamente que elas regulam todo um sistema penal que opera antes da condenação, que faz parte do sistema penal oficial, pois não é paralelo nem subterrâneo. [...] É configurado um sistema penal cautelar diferente do sistema penal de condenação, no qual operam como pautas a seriedade da suspeita de cometimento de um delito (o direito penal entra apenas como critério para a qualificação cautelar) e considerações de periculosidade e dano, provenientes do positivismo do século XIX, ou seja, da individualização ôntica do inimigo (ZAFFARONI, 2007, p. 110).

As funções de prevenção geral são ancoradas em “duas bases fundamentais [...]”, sendo elas a coação, por intermédio do medo, gerando a intimidação da lei face o indivíduo; e o raciocínio ponderado do homem face à lei e à conduta adequada perante a ordem jurídica da sociedade.” (MORAES, 2013). Acontece que essas funções apresentam caráter exclusivo de resposta penal, pressupondo, assim, uma sentença penal transitada em julgado.

Ocorre que essa função não poderia ser almejada pela via cautelar, tendo em vista que as medidas cautelares buscam assegurar a eficácia do processo e não a

segurança social. Nesse sentido, caso fosse observada a cautelaridade das medidas, a prisão só poderia ser decretada no curso da persecução caso sobrevenham razões processuais para tanto. (MORAES, 2010, p. 383).

“É inconstitucional atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarma social, [...] nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o Estado, enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo” (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 650). Na matéria de medidas cautelares, é essencial que se observe os princípios da legalidade e da taxatividade. Assim, torna-se impossível uma interpretação extensiva, *in malan partem*, que amplie o conceito de cautelar, transformando, assim, em medida de segurança pública. (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 86).

O direito penal deve sempre caminhar para o ideal do Estado de direito; quando deixa de fazê-lo, o Estado de polícia avança. Trata-se de uma dialética que nunca para, de um movimento constante, com avanços e retrocessos. Na medida em que o direito penal (doutrina), como programador do poder jurídico de contenção do Estado de polícia, deixe de cumprir essa função – isto é, na medida em que legitime o tratamento de algumas pessoas como inimigos -, renuncia ao princípio do Estado de direito e, com isso, abre espaços para o avanço do poder punitivo sobre todos os cidadãos e, conseqüentemente, para o Estado de polícia (ZAFFARONI, 2007, p. 172).

Não poderá o Direito Processual Penal, em seu aspecto cautelar, assumir facetas de um Estado de polícia autoritário que ignora as garantias constitucionais de presunção de inocência e ampla defesa, reduzindo-se a uma pena antecipada que surge para atender ao sentimento de vingança da opinião pública, muitas vezes fomentado pela mídia.

O clamor público não deverá ser justificativa para a decretação de prisão preventiva, uma vez que o Estado tem a função de dirimir conflitos de forma imparcial, sendo complacente com a vítima, mas não atuando de forma vitimista. O clamor público, nesse caso, apresenta-se como uma forma de vingança, compreensível para quem sofreu a lesão, mas inadmissível para um Estado Democrático de Direitos.

A partir da análise da jurisprudência abaixo, é possível verificar que o clamor social e a gravidade do delito são utilizados como requisitos necessários para ensejar a

decretação de prisão preventiva pela garantia da ordem pública. Afirma-se, assim, que não merece prosperar o argumento trazido nos autos do Habeas Corpus, uma vez que a decisão de decretação encontra-se devidamente fundamentada. Ora, a fundamentação sustentada em clamor social e gravidade do delito são suficientes para decretar prisão preventiva? E mais, há cautelaridade nessa medida?

A resposta é clara. Não poderia sequer ser suscitado o clamor social como argumento legitimador, uma vez que as prisões preventivas não devem ser impostas com o intuito de acalmar a sociedade, já que, caso seja decretada para esse fim, haverá antecipação de pena, restando inequívoco o seu caráter satisfativo e não cautelar.

HABEAS CORPUS Â- ROUBO QUALIFICADO - PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA - DECISÃO FUNDAMENTADA - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CLAMOR SOCIAL - GRAVIDADE DO DELITO. - NÃO REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA - AUSÊNCIA DE NULIDADE - ORDEM DENEGADA. **Se a decisão que decretou a prisão preventiva encontra-se devidamente fundamentada, demonstrando que a segregação cautelar é necessária para a garantia da ordem pública e pelo clamor social, nos termos do no art. 312 do CPP, principalmente pela gravidade dos delitos, não há que se falar de constrangimento ilegal.** A não realização da audiência de custódia, prevista nos diplomas internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, não implica na ilegalidade ou nulidade da prisão quando atendido disposto na Constituição Federal e no art. 306 do CPP. Ordem denegada. (TJ-PI - HC: 00041425020158180000 PI 201500010041420, Relator: Desa. Eulália Maria Pinheiro, Data de Julgamento: 29/07/2015, 2ª Câmara Especializada Criminal, Data de Publicação: 05/08/2015, grifo nosso).

Assim, no caso em questão, a prisão preventiva foi utilizada de forma inconstitucional e o termo ordem pública cumpriu, mais uma vez, com a função de mascarar a satisfatividade, na forma de medida cautelar.

Sabe-se que o Direito Penal e o Direito Processual Penal não são neutros. Todavia, devem ser parciais, no sentido de que, em qualquer circunstância, precisam fortalecer a contenção das pulsões de caráter absolutista, priorizando, portanto, o Estado de Direito. Assim, não deverá o clamor social ser capaz de legitimar a decretação de prisão preventiva.

“Referir-se a um direito penal garantista em um Estado de direito é uma redundância grosseira, porque nele não pode haver outro direito penal senão o de garantias” (ZAFFARONI, 2007, p. 173). Dessa forma, o Direito Penal e o Direito Processual Penal de garantias são inerentes ao Estado de direito porque as garantias penais e processuais penais não são mais do que o resultado de séculos de luta e a própria essência do Estado de direito, aquele que encerra o Estado de polícia (ZAFFARONI, 2007, p. 173).

É inconstitucional atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarma social, e, por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção nem o Estado, enquanto ética, pode assumir papel vingativo. (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 86).

Entende-se, assim, que a hipótese que enseja a prisão preventiva relativa à garantia da ordem pública e ordem econômica não possui natureza cautelar, tendo em vista não apresentar como objetivo resguardar provas ou bens relativos ao processo. Funciona, dessa forma, como medida satisfativa de prevenção geral, apresentando como finalidade a satisfação popular, a fim de resgatar o sentimento de paz social que porventura tenha sido abalado.

Nota-se que, nessa tentativa de restabelecer a paz social, mitiga-se princípio basilar do direito processual penal: a presunção de inocência do acusado, até que seja transitada em julgado sentença penal condenatória.

6 A POSSÍVEL COEXISTÊNCIA DO PRINCÍPIO DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COM A PRISÃO PREVENTIVA DENTRO DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Sabe-se que o Direito Penal é invocado quando surge a necessidade de proteção de bens jurídicos, que, por sua maior relevância, requerem uma forma mais incisiva de tutela estatal. No entanto, enquanto protetor de tais direitos, acaba por reprimi-los na esfera daqueles que os violaram.

Por isso, é regido por princípios que visam à delimitação do poder punitivo estatal, de modo a evitar que, por meio dele, sejam violados direitos fundamentais assegurados constitucionalmente à pessoa humana.

Nesse sentido, é a última razão de ser, sendo subsidiário às outras ciências do Direito. Por ser uma possibilidade de abusos e invasões no âmbito privado, requer um preciosismo maior no que tange à constitucionalidade de suas aplicações e intervenções.

Acerta-se muito quando se diz que o Direito Processual Penal deve passar por uma filtragem constitucional, tendo em vista o caráter excepcional daquela seara e, portanto, a real necessidade de se pautar num devido processo legal.

“Todo poder tende a ser autoritário e precisa de limites, controle. Então, as garantias processuais constitucionais são verdadeiros escudos protetores contra o (ab)uso do poder estatal.” (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 58).

É claro que não só o Direito Processual Penal deverá manter essa íntima relação constitucional, mas todos os ramos do direito. Todavia, o abuso de determinados instrumentos estatais nesse âmbito gera consequências mais duras e gravosas.

Após inúmeras violações, a sociedade foi se reconstruindo e trazendo uma visão mais humanitária ao processo penal. A partir da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, considerou-se a necessidade de a pena ser proporcional ao

delito, assim como de o princípio da presunção de inocência caminhar junto ao réu até que fosse proferida sentença penal condenatória.

Segundo o art. 9º da Declaração, “todo homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário empregado para efetua-la deve ser severamente reprimido”.

Nota-se que o mencionado princípio, também consagrado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, impõe um dever de tratamento diferenciado daquele anteriormente dado. Assim, deverá o réu ser visto como inocente, ainda que a sociedade manifeste opinião veementemente contrária.

O juiz penal deverá agir segundo as regras processuais penais, o que implica, na maioria das vezes, em ações contramajoritárias. Não deverá, dessa forma, estar preocupado com o clamor popular, mas sim com a possibilidade de encontrar soluções embasadas em provas que não permitam dúvidas para além das razoáveis.

No que tange a Idade Média, em evidente contraste com o direito moderno, o indivíduo podia sofrer reprimenda pelo simples fato de possuir má fama ou simplesmente por ser vadio, em outras palavras, tais atitudes fazia-o suspeito do cometimento de crimes como roubo, furto, eram, pois considerados delinquentes prováveis (FARACHE, 2015).

Percebe-se que, antigamente, a presunção de culpabilidade era baseada não em fatos concretos, mas em meros “achismos”, os quais não mais são suficientes para a aplicação das penalidades. Isso porque, visualizada a repressão que estas configuram em relação aos direitos fundamentais, não se pode partir de situações abstratas para impor penalidades concretas na vida do indivíduo.

Em decorrência ao narrado se deve a aplicação do princípio da presunção de inocência: presume-se inocente o acusado até que se prove o contrário. O ônus de comprovar a sua culpabilidade é reservado à parte autora, visto que ninguém é obrigado a apresentar provas contra si mesmo.

Outro princípio que corrobora a afirmação de o ônus da prova ser única e exclusivamente do autor é o *in dubio pro reo*, tendo em vista que a dúvida favorece o réu. Por ser o ônus da prova, em regra, daquele que interpõe a ação, não deverá o réu provar aquilo que diz, mas sim o contrário. Além disso, o réu está protegido por um princípio que o faz ser considerado inocente até o julgamento.

Feitas essas considerações, vislumbra-se a possível incoerência na coexistência do princípio de presunção de inocência com o desdobramento da carga da prova exclusivamente do autor, possibilitando-se a decretação de prisão provisória antes mesmo de haver uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

Com base no referido pensamento, não se admite fundamentar uma decretação de prisão provisória sobre o único pretexto de se considerar o réu culpado. Caso estejamos diante dessa situação, rompe-se com um dos princípios mais caros do Direito Processual Penal, legitimando a desconstrução do Estado Democrático de Direito.

O direito penal deve sempre caminhar para o ideal do estado de direito; quando deixa de fazê-lo, o estado de polícia avança. Trata-se de uma dialética que nunca pára, de um movimento constante, com avanços e retrocessos. Na medida em que o direito penal (doutrina), como programador do poder jurídico de contenção do estado de polícia, deixe de cumprir essa função – isto é, na medida em que legitime o tratamento de algumas pessoas como inimigos -, renuncia ao princípio do estado de direito e, com isso, abre espaços para o avanço do poder punitivo sobre todos os cidadãos e, conseqüentemente, para o estado de policial. Em outras palavras, cede terreno em sua função de contenção ou de dique em permanente resistência (ZAFFARONI, 2007, p. 172).

Está-se, também, diante de uma situação reprovável quando importa mais punir um culpado do que delimitar ao máximo o exercício do poder punitivo, a fim de que inocentes não sejam levados ao cárcere.

Ainda que seja consagrado o princípio da presunção de inocência, o fato de ser réu em um processo traz conseqüências morais, pessoais e econômicas para a vida do acusado. Para entender essa afirmativa, basta se colocar numa situação semelhante

em que é citado para apresentar resposta à acusação, vez que há uma denúncia contra sua pessoa.

Com a possível decretação de prisão provisória, a sociedade acredita que aquela pessoa é, de fato, culpada, pois o sistema penal já se utilizou do instrumento mais eficaz e repressor para punir aquele sujeito.

Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de “eficiência” do aparelho repressor estatal e da própria justiça (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 801).

No entanto, apesar de ser alvo de crítica para muitos autores, tratando especificamente da prisão preventiva, muitos justificam a legitimidade da prisão de natureza provisória a partir da prevenção de novas práticas delituosas, pelo bem maior da sociedade e para assegurar a instrução adequada do processo.

Nosso entendimento, embora contrariado por parte da doutrina, é de que há situações excepcionais em que a prisão preventiva é revestida de legitimidade. Explica-se: em determinados casos de maior complexidade, e nos quais se apresenta uma ameaça real à coletividade, mostra-se necessária a tutela do Estado a fim de prevenir que aquele risco se concretize.

Nesse sentido, compreende-se que o principal problema atinente à decretação de prisão preventiva encontra-se na indeterminação da expressão descrita na hipótese legal. A vagueza aferida à “ordem pública” respalda demasiado espaço ao arbítrio judicial, tornando excessivamente maleável a utilização daquela medida cautelar.

Justamente por isso, a fim de evitar esse abuso de discricionariedade, e, ao mesmo tempo, permitir a prevenção do patente risco de reiteração delitiva, entendemos que a possibilidade de decretação da prisão preventiva deve ficar limitada a situações mais específicas.

Nesse diapasão, ressalta-se que:

[...] para se aplicar a medida de prisão provisória, a mais restritiva das medidas de coação, é necessário que aquela convicção se baseie em elementos que indiquem um alto grau de probabilidade da materialidade e da autoria.

Não são suficientes provas ou elementos informativos, circunstanciais e que demonstrem só mera possibilidade de autoria e de materialidade. Tal “possibilidade” permite o início da persecução penal e, se indispensáveis e proporcionais, a determinação de medidas coativas menos gravosas aos direitos do imputado. Meras suspeitas, conclusões infundadas ou conjecturas baseadas na experiência ou em lógica investigativa (da Polícia Judiciária ou do Ministério Público), mas sem comprovação fática no caso, não são suficientes para lastrear, legitimamente, a medida coativa mais restritiva. (MORAES, 2010, p. 374-375).

É importante destacar, ainda, que a possibilidade de decretação de prisão preventiva justificada pelo patente risco de reiteração criminosa não importa na desconsideração do princípio da presunção de inocência, havendo, nesse caso, apenas ponderação de princípios, técnica imprescindível no âmbito do Direito.

De fato, o princípio da presunção de inocência, no campo do Direito Penal, apresenta importância elevada e não deve ser relativizado senão em ocasiões de extrema e evidente necessidade.

Nesse sentido, “é direito fundamental que pode ser restringido, desde que de maneira excepcional, prevista em lei justificada constitucionalmente e aplicada de modo proporcional por decisão judicial motivada em seus desígnios juspolíticos.” (MORAES, 2010, p. 342).

A alteração da expressão “garantia da ordem pública” para “risco patente de reiteração delitiva” como hipótese legitimadora para decretação de preventiva, delimitaria, de forma muito mais eficaz, a atuação do órgão julgador, trazendo, sem dúvidas, maior segurança jurídica ao imputado.

No entanto, essa possível solução ainda não é considerada ideal, afinal, apesar de delimitar a discricionariedade para a aplicação da medida, a expressão não externa a objetividade das hipóteses capazes de ensejar sua decretação, apresentando-se, portanto, apenas um caminho para se atingir a solução ideal.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, utiliza o referido posicionamento para aferir a legalidade da medida na hipótese relativa à “garantia da ordem pública”. Contudo, faz-se necessário não só o posicionamento do Supremo nesse aspecto, como também a supressão da cláusula referente à ordem pública, inserindo-se no texto legal, expressamente, a hipótese de decretação justificada no risco patente de reiteração delitiva.

Perceba-se que os julgados abaixo se fundamentam na presença destas circunstâncias concretas, delineando e restringindo de forma mais eficaz a atuação do juiz:

EMENTA RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ESTUPRO E ROUBO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PENA FIXADA EM 16 ANOS DE RECLUSÃO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DEMORA NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO CRIMINAL PELA CORTE ESTADUAL. INOCORRÊNCIA. 1. **Prisão preventiva decretada forte na garantia da ordem pública, presentes as circunstâncias concretas reveladas nos autos.** Precedentes. 2. Toda a construção doutrinária e jurisprudencial sobre o excesso de prazo no processo penal para a formação da culpa diz respeito à demora para o julgamento em primeiro grau de jurisdição. Prolatada a sentença, a jurisprudência posiciona-se no sentido de que não há mais falar em excesso de prazo, à falta em especial de parâmetros normativos para avaliar quando a demora no julgamento do recurso se torna arbitrária. 3. Por outro lado, “considerando que o réu permaneceu preso durante toda a instrução criminal, não se afigura plausível, ao contrário, revela-se um contrassenso jurídico, sobrevindo sua condenação, colocá-lo em liberdade para aguardar o julgamento do apelo” (HC 118.551/PA, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJe 16.10.2013). 4. Recurso ordinário em habeas corpus não provido, mas com a recomendação à Corte Estadual para priorizar o julgamento da apelação criminal. (RHC 133942, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 14/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-202 DIVULG 21-09-2016 PUBLIC 22-09-2016, grifo nosso).

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. IMPROCEDÊNCIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. 1. Não se comprovam, nos autos, a presença de constrangimento ilegal a ferir direito do Paciente nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da ordem. 2. **A custódia cautelar do Paciente mostra-se suficientemente fundamentada na garantia da ordem pública e na necessidade de se resguardar a aplicação da lei penal, não havendo como se reconhecer o constrangimento, notadamente porque, ao contrário do que se alega na petição inicial, existem nos autos elementos concretos, e não meras conjecturas, que apontam periculosidade do Paciente, o risco de reiteração delitiva e de que se esquite de eventual aplicação da pena.** Precedentes. 3. Ordem denegada.

(HC 118038, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 11/02/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-039 DIVULG 24-02-2014 PUBLIC 25-02-2014, grifo nosso).

EMENTA Habeas corpus. Processual Penal. Sonegação de contribuição previdenciária (CP, art. 337-A). Prisão preventiva (CPP, art. 312). Pretendida revogação. Impetração dirigida contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu medida liminar requerida pela impetrante. Incidência da Súmula nº 691 da Suprema Corte. Inexistência de ilegalidade flagrante a justificar a superação do enunciado em questão. Periculosidade em concreto dos pacientes. Modus operandi da conduta criminoso. **Crime perpetrado por organização criminosa de forma habitual. Real possibilidade de reiteração delitiva.** Decreto prisional devidamente fundamentado. Habeas corpus não conhecido. 1. A Súmula nº 691 do Supremo Tribunal Federal somente admite mitigação na presença de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que não se verifica na hipótese em exame. Precedentes. 2. Registre-se que o decreto prisional dos pacientes apresentou fundamentos mais do que suficientes para justificar a privação processual de suas liberdades, porque revestido da necessária cautelaridade, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. 3. Mostra-se idôneo o decreto de prisão preventiva quando assentado na garantia da ordem pública, ante a periculosidade do agente, evidenciada não só pela gravidade in concreto do delito, em razão de seu modus operandi, mas também pelo risco real da reiteração delitiva. 4. Habeas corpus do qual não se conhece. (HC 128779, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 20/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-212 DIVULG 04-10-2016 PUBLIC 05-10-2016, grifo nosso).

Contudo, sabe-se que, apesar de os julgados servirem de baliza e corroboração para a fundamentação dos juízes, não vinculam a sua atuação, sendo, por consequência, insuficientes para eliminar ou diminuir a excessiva maleabilidade atinente à expressão “ordem pública”. Por isso, mostra-se imprescindível a alteração no texto legal, substituindo a hipótese referente à “garantia da ordem pública” para “risco concreto de reiteração delitiva”.

No entanto, ao considerarmos legítima a possibilidade de decretação de prisão preventiva quando houver risco concreto de reiteração delitiva, deve-se esclarecer e admitir que essa circunstância não apresenta natureza cautelar, tendo em vista não ser medida destinada a assegurar bens relativos ao processo.

A hipótese, nesse sentido, apresenta natureza satisfativa, o que ainda não a torna ilegítima, por guardar relação de proporcionalidade e necessidade, devendo ser aplicada em situações excepcionais, em que nenhuma outra medida seja considerada eficaz.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, percebe-se que as dificuldades com relação às prisões preventivas no direito brasileiro transcendem o texto legal e se instalam na prática forense, tendo em vista que a amplitude e a vagueza da expressão “ordem pública” dão ensejo para que a atuação do juiz na decretação de prisão preventiva se dê no mesmo sentido.

Em outras palavras, percebe-se que a “garantia da ordem pública” é expressão extremamente genérica, acabando por conferir demasiada maleabilidade na aplicação daquela forma de prisão.

Nesse sentido, abre-se margem para uma atuação arbitrária dos magistrados, pautadas não na verdadeira e comprovada periculosidade de reiteração da conduta delitiva do acusado, mas no clamor público por uma segurança que não se encontra de fato ameaçada.

Dessa forma, a segurança jurídica do réu é colocada em segundo plano e situações que antes não encontravam respaldo legal passam a ser amparadas por essa hipótese, tendo em vista sua abertura semântica.

Vê-se, então, que a decretação dessas prisões torna-se cada vez mais frequente, como uma espécie de regra e não exceção. Isso apenas revela que a análise da proporcionalidade e da adequação dessa medida em cada caso concreto tem sido ignorada.

Essa situação é preocupante, pois se trata de comprometer a liberdade de indivíduos, que são presumidamente inocentes, sem notar que existem outras medidas mais eficazes e que respeitam o princípio da presunção de inocência consagrado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Concomitantemente ao papel excessivamente punitivista que tem sido desenvolvido pelo Judiciário, está a atuação da mídia, que vem inflamando os ânimos e emoções

da sociedade, por meio de discursos tendenciosos e sensacionalistas, em defesa de mais prisões e vingança.

A realidade, portanto, evidencia que, na forma em que a prisão preventiva está sendo aplicada, diversos direitos e garantias são violados em nome de um senso comum de justiça, que se esconde por trás da chamada “ordem pública”.

A banalização da medida acaba por violar, principalmente, o princípio da presunção de inocência. No entanto, compreendemos que a decretação da prisão preventiva, sendo devidamente motivada e em hipóteses excepcionais, é válida. Explica-se. O Estado deverá primar pelo bem-estar social e, em situações pontuais, deverá intervir com medida mais gravosa, antes que haja condenação transitada em julgado.

Ocorre que não poderá o Estado justificar a aplicação de medida extremamente gravosa pautando-se em expressão carregada de subjetividade, abrindo margem para diversas interpretações. Nesse sentido, acredita-se que a expressão deve ser alterada, de forma que se torne mais objetiva, delimitando a atuação estatal.

No entanto, ainda que houvesse tal modificação, entende-se que a decretação de prisão preventiva sob o argumento de “risco patente de reiteração delitiva” não apresenta natureza cautelar. Isso porque a intenção da prisão preventiva sob este argumento não guarda qualquer intenção conservativa relativa ao processo, havendo, tão somente, a justificativa de prevenção, a fim de impedir o cometimento de novas infrações.

Dessa forma, não há como refutar que o caráter da medida é, na realidade, satisfativo, o que não a torna ilegítima, uma vez que, muitas vezes, numa ponderação de valores, torna-se imperativo primar pela proteção social em detrimento da presunção de inocência de um indivíduo.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 18 set. 2017.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 18 set. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal. 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 set. 2016.

BRASIL, Presidência da República. Secretaria de Comunicação Social. **Pesquisa brasileira de mídia 2015: hábitos de consumo de mídia pela população brasileira**. – Brasília: Secom, 2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus 300499, Relator: Min. Gurgel. Quinta Turma. 16 abr. 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 102065, Relator: Min. Ayres Britto. Segunda Turma. 23 nov. 2010.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 118038, Relator: Min. Cármen Lúcia. Segunda Turma. 25 fev. 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 128779, Relator: Min. Dias Toffoli. Segunda Turma. 05 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 440, de 2006. **Informativo STF**, Brasília, DF, 11-15 set. 2006.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso de Habeas Corpus 133942, Relator: Min. Rosa Weber. Primeira Turma. 22 set. 2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Piauí**. Habeas Corpus 00041425020158180000, Desa. Eutália Maria Pinheiro. Segunda Câmara Especializada Criminal. 29 jul. 2015

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Garantia da ordem pública como fundamento para a prisão preventiva**. 2012. Disponível em: <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937452/garantia-da-ordem-publica-como-fundamento-para-a-prisao-preventiva>>. Acesso em: 29 set. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. em e-book. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

DIDIER, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

FARACHE, Rafaela Da Fonseca Lima Rocha. **Princípio da presunção de inocência**: alguns aspectos históricos. Conteúdo Jurídico. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-dapresuncao-de-inocencia-alguns-aspectos-historicos,52030.html>>. Acesso em: 14 set. 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. 29. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRANÇA. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acesso em: 19 set. 2017.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. **Prisão e medidas cautelares, comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LOPES JÚNIOR., Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. _____. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. _____. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. _____. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares**. 2000. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5060>. Acesso em: 26 set. 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Crise de identidade da “ordem pública” como fundamento da prisão preventiva**. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-crise-identidade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva>>. Acesso em: 17 set. 2017.

MORAES, Henrique Viana Bandeira. **Das funções da pena**. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12620> . Acesso em: 30 set. 2017.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **As prisões cautelares e a reforma processual de 2008**. 2014. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/republica-federativa-brasil-e-um-estado-democratico-de-direito-porem-laico-art-1o-caput-cf-dentre-os-direitos-humanos-fundamentais-preve-se-inviolabilidade-da-liberdade-de-consciencia-e>>. Acesso em: 27 set. 2017.

_____. **Manual de processo penal e execução penal.** 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PERUZZO, K. Cicília. Comunicação Comunitária e Educação para a Cidadania. **Revista Fronteiras estudos midiáticos.** São Paulo, V. 1, 2011, p. 116.

PINEDO, Marcelo. **Escolas Penais.** 2015. Disponível em: <<https://marcelapinedo.jusbrasil.com.br/artigos/312660166/escolas-penais>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

PINTO, Nathália Regina. **O princípio da humanidade da pena, a falência da pena de prisão e breves considerações sobre as medidas alternativas.** 2012. 111 f. Monografia. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2012.

LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal.** 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar: medidas alternativas e direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTOS, Bartira Macedo de Miranda Santos. **Lombroso no direito penal: o destino d'O Homem Delinquente e os perigos de uma ciência sem consciência.** 200?. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ea6b2efbdd4255a9>>. Acesso em 10 set. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Estado democrático de direito.** 199--?. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>>. Acesso em: 12 set. 2017.

SIQUEIRA, Tatiana Paula Cruz de. **Um breve estudo sobre a natureza jurídica das prisões cautelares (?) no processo penal.** 2015. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_27036953_UM_BREVE_ESTUDO_SOBRE_A_NATUREZA_JURIDICA_DAS_PRISOES_CAUTELARES___NO_PROCESSO_PENAL.a_spx>. Acesso em: 19 set. 2017.

WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política.** São Paulo: Ática, 2002. v. 2.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renavan, 2007.