

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

FÁBIO SILVA SOUSA

**DISCUTINDO A CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA
FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**

São Luís

2017

FÁBIO SILVA SOUSA

**DISCUTINDO A CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA
FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Paulo César Aguiar Martins Vidigal.

São Luís

2017

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo autor.
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Sousa, Fabio Silva.
Discutindo a constitucionalidade da prisão preventiva
fundamentada na garantia da ordem pública / Fabio Silva
Sousa. - 2017.
62 f.

Orientador: Paulo César Aguiar Martins Vidigal.
Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade
Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

1. Garantia da ordem pública. 2. Lei 12.403/2011. 3.
Prisão Preventiva. I. Vidigal, Paulo César Aguiar
Martins. II. Título.

FÁBIO SILVA SOUSA

**DISCUTINDO A CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA
FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Paulo César Aguiar Martins Vidigal.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof. Paulo César Aguiar Martins Vidigal (Orientador)

Examinador 1

Examinador 2

Aos meus pais pela educação para a vida,
a todos os meus professores e
principalmente a Jesus Cristo o mestre
dos mestres.

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer em primeiro lugar a Deus, que por sua sabedoria me sustenta a cada dia, renovando minhas forças e dando coragem para superar todos os obstáculos.

Sou grato aos meus pais, Ivan Ferreira Sousa e Emy Lima Silva, pela educação de base, aquela que não se aprende nas salas de aula, a honestidade, integridade, que me fazem andar de cabeça erguida, e, sobretudo porque buscaram oferecer a mim o que não lhes foi proporcionado, sem eles nada disso poderia ser possível.

Agradeço à Samara Marques, que em meio a essa jornada foi minha namorada, noiva e em breve será esposa, obrigado pela paciência e compreensão nos dias difíceis e por deixar meus dias mais felizes.

Agradeço ainda a todos os mestres que me guiaram nessa jornada rumo à minha graduação, em especial ao Prof. Paulo César Aguiar Martins Vidigal que aceitou a tarefa de orientar-me neste trabalho.

Agradeço também a todos os meus ilustres colegas e amigos da turma Direito Noturno 2012.1, em especial aos estimados Elton Joney, Anderson Collins, Edylania Aquino, Leomárcio Botelho, Aline Ribeiro e Wellington Veras, o contato com essas pessoas maravilhosas tornou minha passagem pela UFMA estimulante e prazerosa.

Sou grato também aos colegas de trabalho especialmente a José de Ribamar que seguiu muitas das minhas barras. Agradeço aos colegas de estágio no Ministério Público em Ribamar pelo conhecimento compartilhado, e um agradecimento especial a Márcia Mileni, boa parte desse trabalho foi fruto das nossas discussões na 1ª Promotoria de Justiça Criminal de Ribamar.

RESUMO

Realizada uma análise das modalidades de restrição cautelar de liberdade, foi constatada a problemática relacionada um dos fundamentos da prisão preventiva, a garantia da ordem pública. Considerada a fundamentação mais usada pelos magistrados para a aplicação da medida, foram encontradas algumas incompatibilidades do uso do instituto, com o sistema constitucional de garantias individuais. Em razão disso, o estudo visa discutir a constitucionalidade da prisão preventiva quando o fundamento utilizado é garantir a ordem pública. Segundo levantamento do Conselho Nacional de Justiça realizado em janeiro de 2017, a prisão provisória é responsável por 34% da população carcerária do país. No Estado do Maranhão a situação é ainda mais grave, os presos provisórios representam quase que metade dos encarcerados no Estado, chegando à 46,75%. Em razão dessa situação, o presente trabalho se voltou à modalidade de prisão provisória responsável pela maior fatia, a prisão preventiva. Para elaborar o trabalho foi realizado um estudo doutrinário, através da análise massiva da literatura processual penal, tanto em manuais como em obras direcionadas ao estudo das prisões provisórias, além de revistas, artigos e conteúdos relacionados. Também foi feita uma análise exaustiva da jurisprudência relacionada ao tema, a fim de catalogar o entendimento dos tribunais superiores. A partir do que foi abordado, foi constatada a problemática identificada, evidenciando a necessidade de reforma do fundamento estudado a fim de adequá-lo às garantias constitucionais vigentes e ao Estado democrático de direito. Por fim, foi feito um ensaio das alternativas possíveis para corrigir o dispositivo legal, a fim de harmonizá-lo às inspirações do atual sistema constitucional de garantias individuais.

Palavras-chave: Prisão preventiva, garantia da ordem pública, estado de inocência, Lei 12.403/2011.

ABSTRACT

An analysis of the modalities of restriction of freedom was carried out, it was verified the problematic related one of the grounds of the preventive custody, the guarantee of the public order. Considering the justification most used by the judges to issue the injunction, some incompatibilities of the institute's use were found with the constitutional system of individual guarantees. For this reason, the study aims to discuss the constitutionality of preventive detention when the foundation used to decree it is to guarantee public order. According to a survey by the National Justice Council held in January 2017, the provisional arrest is responsible for 34% of the country's prison population. In Maranhão State the situation is even more serious, the provisional prisoners represent almost half of those imprisoned in the State, reaching 46.75%. As a result of this situation, the present work turned to the provisional prison mode responsible for the largest slice, the preventive detention. In order to elaborate the work, a doctrinal study was carried out, through a massive analysis of the criminal procedural literature, both in manuals and in works directed to the study of the provisional prisons, in addition to magazines, articles and related contents. An exhaustive analysis of jurisprudence related to the subject was also made, in order to catalog the understanding of the higher courts. From what was discussed, the identified problem was verified, evidencing the need to reform the foundation studied in order to adapt it to the constitutional guarantees in force and to the democratic State of law. Finally, an essay was made of the possible alternatives to correct the legal device, in order to harmonize it with the inspirations of the current constitutional system of individual guarantees.

Keywords: Pre-trial detention, public order guarantee, state of innocence, Law 12.403 / 2011.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PRISÃO PREVENTIVA.....	12
2.1 Considerações preliminares.....	12
2.1.1 Medidas cautelares	12
2.1.2 Breve histórico da prisão preventiva.....	15
2.1.3 Teoria das medidas cautelares	17
2.2 Princípios relacionados	20
2.2.1 Devido processo legal.....	20
2.2.2 Estado de inocência	21
2.2.3 Motivação das decisões judiciais.....	23
2.2.4 Princípio da proporcionalidade.....	23
2.3 Aspectos legais	24
2.3.1 Momento.....	24
2.3.2 Iniciativa	25
2.3.3 Requisitos	27
3 GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA	30
3.1 Justificativa para a previsão legal.....	30
3.1.1 Buscando uma conceituação para “ordem pública”	31
3.1.2 Previsão constitucional?	32
3.1.3 Não-instrumentalidade da prisão	33
3.2 Panorama das decisões nacionais.....	34
3.2.1 Resumo da jurisprudência	34
3.2.2 Conceito jurídico “garantia da ordem pública”	38
3.2.3 Tipicidade das cautelares pessoais	39
3.3 Posicionamentos doutrinários quanto ao tema.....	40
3.3.1 Corrente majoritária restritiva	40
3.3.2 Corrente maioritária ampliativa.....	41
3.3.3 Corrente minoritária	42
4 ANÁLISE DO FUNDAMENTO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA	44
4.1 Inconsistência nas decisões judiciais	44
4.1.1 Análise crítica das decisões	44

4.1.2 Maleabilidade conceitual.....	48
4.1.3 Compatibilidade	48
4.2 Necessidade de reformulação do diploma legal	50
4.2.1 Breve estudo comparado	51
4.2.2 Reforma de 2011	51
4.2.3 Projeto de Lei nº 4.208 de 2001	52
4.3 Propostas para contornar o problema.....	53
4.3.1 Exclusão da prisão não cautelar.....	54
4.3.2 Substituição do conceito “garantia da ordem pública”	54
4.3.3 Aplicação das medidas cautelares diversas da prisão.....	55
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	58
REFERÊNCIAS	60

1 INTRODUÇÃO

A liberdade é um direito fundamental de todo ser humano, dessa forma, não se pode retirar esse direito de alguém por qualquer motivo. Essa garantia encontra-se positivada tanto na Constituição da República como dos Tratados Internacionais de que o Brasil faz parte.

Por outro lado, buscando preservar outros valores igualmente importantes, tornou-se imperativo, como exceção, a prisão. É a lei, exercida pelo Estado, que estabelece os dispositivos legais, pelos quais se pode definir quando é possível retirar a liberdade de um indivíduo.

No ordenamento brasileiro existem basicamente quatro tipos de prisão: flagrante, temporária, preventiva e a decorrente de sentença penal condenatória.

O presente trabalho se voltará, mais especificamente, ao estudo de um dos fundamentos para a decretação da preventiva. Nesse sentido, será dada ênfase ao fundamento garantia da ordem pública, pois traz uma problemática peculiar em relação aos demais. Através da análise dos princípios e garantias assegurados pela Carta Magna será discutida a constitucionalidade do referido fundamento.

A importância do presente estudo está na necessidade de compreender o dispositivo legal, a fim de descobrir possíveis distorções na medida cautelar e buscar alternativas de aperfeiçoamento.

Além de discutir a constitucionalidade, é uma forma interessante de entender um dos motivos pelos quais, a parcela de presos provisórios tem chegado à marca de 34% da população carcerária do país e no Estado do Maranhão 46,75% (dados de levantamento do Conselho Nacional de Justiça realizado em janeiro de 2017).

Assim, urge investigar as causas que levam a um percentual tão alto. Nesse sentido, será analisado o fundamento preferido pelos magistrados para a decretação da prisão preventiva, a garantia da ordem pública.

O primeiro capítulo abrangerá um estudo geral sobre a prisão preventiva, abordando como ela se insere nas medidas cautelares e entendendo a sua natureza jurídica. Será apresentado um breve histórico do da prisão preventiva no Brasil, abordados princípios relacionados e os aspectos legais que regulam o instituto.

No segundo capítulo se realizará um exame sobre o fundamento garantia da ordem pública, apresentando e discutindo a sua justificativa legal, será apresentado panorama das decisões judiciais, bem como os principais posicionamentos doutrinários relacionados ao tema.

Por fim, no terceiro capítulo será feita uma análise crítica do dispositivo legal, onde será feita a discussão sobre o posicionamento jurisprudencial predominante, sob o ótica da amplitude semântica do fundamento garantia da ordem pública. Será discutida a necessidade de reformulação da norma, apresentando um breve estudo comparado.

Para finalizar, se discutirá propostas para aperfeiçoamento do dispositivo legal, levando em conta os princípios e garantias assegurados pela Constituição Federal, buscando uma maior adequação do modelo atual de prisão preventiva ao sistema constitucional de garantias individuais vigente.

2 PRISÃO PREVENTIVA

Antes de atacar o objeto de estudo do presente trabalho é necessário compreender a natureza jurídica da prisão preventiva, a fim de contextualizar o fundamento discutido. Nesse sentido serão apresentadas considerações iniciais a respeito da prisão cautelar, os princípios mais relevantes para a análise do tema a ser abordado e por fim os aspectos legais concernentes à restrição de liberdade.

2.1 Considerações preliminares

Em poucas palavras, serão apresentadas as medidas cautelares previstas no ordenamento jurídico em matéria processual penal, trazendo um resumo de cada uma delas. Para uma melhor compreensão do tema, será exposto um breve histórico da prisão preventiva no Brasil e estudada a teoria que sustenta a aplicação das medidas cautelares.

2.1.1 Medidas cautelares

Objetivando resguardar certas situações jurídicas, foram definidas na sistemática processual penal brasileira algumas modalidades de medidas cautelares que podem ser impostas ao acusado durante o curso do processo ou até mesmo na fase de investigação policial. Dentre elas, as principais são as prisões: em flagrante, temporária e preventiva, além das medidas cautelares diversas da prisão, enumeradas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

- Prisão em flagrante

A prisão em flagrante, disciplinada no artigo 301 e seguintes do Código de Processo Penal, admite que qualquer pessoa, ao “flagrar” alguém cometendo um delito, possa prendê-lo. O verbo “flagrar” aqui significa, ter certa visibilidade do delito, ou seja, quando o autor está cometendo a infração penal, ao acabar de cometê-la, ou logo depois, após perseguição em situação que se faça presumir a autoria da infração, quando encontrado logo depois com objetos que se faça presumir ser autor da infração, ou, nos crimes permanentes, enquanto não cessar a infração.

O preso deverá ser conduzido à autoridade competente onde, após a oitiva do condutor, das testemunhas e interrogatório do autor, restando fundada suspeita a autoridade irá recolhê-lo na prisão. A prisão deverá ser imediatamente comunicada ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do acusado. De posse do Auto de Prisão em Flagrante, o juiz fundamentadamente poderá relaxar a prisão ilegal, homologar a prisão em flagrante concedendo a liberdade provisória, com ou sem fiança, ou converter a prisão em preventiva.

Ressalta-se que parte da doutrina aponta uma impropriedade em classificar a prisão em flagrante em medida cautelar, isso porque, não exige formalidades suficientes para se concretizar, por exemplo o fato de qualquer pessoa do povo poder efetuar a prisão. Outra questão é que a prisão é a eminente precariedade, pois deve o mais rápido possível ser submetida ao exame de legalidade pelo juiz. Por esses motivos costuma ser classificada também como uma medida precautelada.

- Prisão Temporária

A prisão temporária é inteiramente disciplinada na Lei 7.960 de 1989. Veio para adequar a chamada “prisão para averiguação” (que era determinada pela autoridade policial) à Constituição de 1988. Isso porque, a previsão constitucional do artigo 5º, LXI, determinara que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por decisão escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”, tal modalidade de prisão não era mais admitida, assim, precisou ganhar outros contornos.

Em linhas gerais, hoje a prisão temporária é a modalidade de prisão cautelar, destinada a resguardar as investigações criminais. Trata-se, portanto, de uma medida pre-processual, admissível apenas para determinados crimes, que visa, durante o inquérito policial, a obtenção de provas que não poderiam ser conseguidas por outros meios, com fins de identificação do investigado. Assim, encerrada a fase investigatória, não é mais admitida a prisão, esse é o entendimento do STF “Uma vez ofertada a denúncia, mostra-se desnecessária a prisão temporária, pois visa resguardar a integridade das investigações, já encerrada”. (STF-HC 210.697-SP, 5.ª Turma, rel. Jorge Mussi, 06.08.2013).

Como já é possível deduzir, a custódia temporária só pode ser decretada em decisão escrita e fundamentada pelo juiz competente, devendo ser proposta através de representação da autoridade policial com manifestação do Ministério Público, ou por meio de requisição deste. A prisão é admitida nos casos enumerados no rol contido no artigo 1º, inciso

III, da Lei 7.960 de 1989, ou seja, quando o investigado não possui residência fixa, ou ainda, quando não fornecer elementos suficientes para esclarecer sua identidade.

A prisão temporária tem duração máxima de cinco dias, podendo ser prorrogada por outros cinco dias, desde que comprovada extrema necessidade. Em caso de crimes hediondos ou equiparados, o prazo é maior, tem duração de trinta dias, podendo ser prorrogado por igual período desde que comprovada a grave necessidade. Não havendo extensão, ao seu término, o acusado deverá ser posto em liberdade de pronto, a não ser que tenha sido decretada a sua prisão preventiva.

- Prisão Preventiva

É possível conceituar a prisão preventiva como a medida cautelar, restritiva de liberdade, destinada a tutelar o resultado útil do processo criminal, contribuir com a segurança pública, ou garantir a aplicação concreta da lei penal.

A princípio, pode-se pensar que essa modalidade de restrição cautelar afrontaria o princípio da presunção de inocência insculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no entanto grande maioria da doutrina entende que a incompatibilidade é apenas aparente, considerando o inciso LXI do referido artigo que abriga a possibilidade de prisão, desde por decisão escrita e fundamentada pela autoridade judiciária competente.

Ademais, em relação ao momento em que pode ser decretada a prisão preventiva, a iniciativa e os requisitos serão tratados em tópico mais adiante.

- Medidas cautelares diversas da prisão

Superando a bipolaridade do antigo sistema processual penal, a reforma instituída pela Lei 12.403 de 2011 trouxe ao artigo 319 do Código de Processo Penal, um rol de medidas, as quais o magistrado pode impor ao acusado em alternativa às prisões cautelares, desde que isoladas ou cumulativamente se mostrarem suficientes para tutelar o bem que se deseja proteger.

Dentre elas a possibilidade de impor ao acusado que o mesmo compareça periodicamente ao juízo a fim de justificar suas atividades. A proibição de comparecimento a determinados lugares a fim de evitar o risco de novas infrações, ou de se encontrar com determinada pessoa, em geral vítima ou testemunha, a fim de evitar que interfira em seus testemunhos. O impedimento que o acusado se ausente da Comarca, a fim de evitar que se furte

da aplicação da lei penal em caso de condenação. O recolhimento noturno, destinado a diminuir o risco de reiteração criminosa.

Suspensão do exercício de função pública, ou de atividade de natureza econômica a fim de garantir a ordem econômica. Internação compulsória nos casos de crime cometido com violência ou grave ameaça e os peritos concluírem ser o autor inimputável ou semi-imputável e houver risco concreto de reiteração da prática delitiva. A aplicação de fiança nas infrações que a admitem. Consagrou ainda a possibilidade de aplicação da monitoração eletrônica. O artigo 320 do Código de Processo Penal permite ainda que o juiz estabeleça a proibição de que o acusado se ausente do país, com a intimação do acusado para entregar o passaporte.

2.1.2 Breve histórico da prisão preventiva no Brasil

Após a Constituição da República de 1988 e a redemocratização, o que se poderia imaginar era que o processo penal brasileiro seria conduzido ao modelo acusatório, mais condizente com o Estado democrático de direito. O sistema brasileiro, por diversos fatores, ainda é considerado um modelo misto, entre o acusatório e o inquisitório. A fim de entender os motivos que levam a tal constatação, se faz necessário entender o contexto histórico que levou a essa construção.

Conforme conta Bittencourt (2011, p. 28), nos primórdios do processo penal, a restrição de liberdade não era entendida como pena. De acordo com o doutrinador:

Até fins do século XVIII, a prisão serviu apenas aos objetivos de contenção e guarda dos réus, para preservá-lo fisicamente até o momento de serem julgados e executados. Recorria-se, durante esse longo período de tempo, fundamentalmente a pena de morte, às penas corporais (mutilações e açoites) e às infamantes.

Assim, ao contrário do que se pode supor a priori, podemos dizer que a prisão de natureza cautelar surgiu antes da prisão como cumprimento de pena. A restrição de liberdade servia apenas para garantir que o acusado não se evadisse antes do julgamento, ou como garantia de pagamento de pena pecuniária.

Na idade média, com as prisões monásticas, começaram a surgir as primeiras ideias de cumprimento de pena por prisão e, apenas na idade moderna, com o crescimento dos centros urbanos e o aumento dos índices de delinquência, passaram a ser aplicadas em larga escala, dada a constatação de que as penas corporais começaram a se mostrar inviáveis. Assim, começou-se a adotar a prisão como forma de cumprimento de pena.

Quanto à prisão preventiva no Brasil, compreende uma divisão histórica entre antes e depois do Código de 1941. Antes do Código de 41, durante as Ordenações Manuelinas (1512/1605), a prisão preventiva já era admitida, tendo como pré-requisito apenas a denúncia de um crime. Apenas para os crimes de menor relevo era necessária prova inequívoca do fato.

Durante as Ordenações Manuelinas (1605) passou-se a exigir a presença do *fumus commissi delicti*, exigindo assim a prova da existência do crime e os indícios suficientes de autoria para que fosse decretada a prisão cautelar, o que foi mantido pela Lei de Reforma da Justiça (1612). Em 1821, Dom Pedro, o Príncipe Regente, observando o abuso da modalidade de prisão por parte de alguns governadores, juízes criminais e magistrados, editou um ato determinando que “nenhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser presa sem ordem por escrito do juiz ou magistrado criminal do território, exceto somente o caso de flagrante delito, em que qualquer do povo deve prender o delinquente”.

Na Constituição do Império em 1824 trouxe previsão semelhante, em seu artigo 179, tratando a prisão como exceção, autorizando a prisão apenas nos casos em que havia “culpa formada”, exceto nos casos de prisão em flagrante ou em casos em que havia indiciamento por crimes os quais não admitia fiança. Ocorre que a “culpa formada” representava apenas um filtro para a admissibilidade da acusação, tinha como apoio as provas até então produzidas e, uma vez convencido o magistrado, o nome do réu era lançado em livro próprio e era ordenada, automaticamente, sua prisão.

Com o advento da Lei 261/1841 e a reforma do Código de Processo Penal, ocorreram significativas mudanças no processo criminal do Império. Houve a implantação do chamado policialismo judiciário, dotando a polícia de funções como prender, investigar, acusar e pronunciar os acusados que cometeram crimes de menor potencial ofensivo lesivos ao Estado. Tal previsão foi retirada com a Lei 2.033 de 1871, mantendo à autoridade policial apenas o poder de arbitrar fiança. Além disso, implantou importante novidade, instituindo a vedação à prisão preventiva quando do crime tiver decorrido um ano da data do crime.

O atual Código de Processo Penal, em sua versão original, foi publicado através Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941, entrando em vigor no dia 1º de janeiro de 1942. Seu contexto histórico era, um período em que o país era governado por Getúlio Vargas, com forte centralização de poderes, era o Estado Novo. Estava em vigor a Constituição de 1937, que foi outorgada e possuía fortes inspirações autoritárias e policialescas, refletindo-se assim no Código de Processo Penal.

De acordo com Mendonça (2012, p. 45) “Sua inspiração foi o CPP italiano de 1930, editado no auge do fascismo italiano, e inspirado pelas ideias da Escola Técnico- Jurídica, que

renegava o princípio da presunção de inocência e adotava o da presunção de culpabilidade”. Assim, as medidas cautelares do processo penal brasileiro partiam de uma visão autoritária, estabelecendo a prisão como regra durante todo o processo.

Na redação original, o Código de Processo Penal previa quatro modalidades de prisão cautelar: a prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e a decorrente de decisão de pronúncia. As duas últimas eram automáticas, já a prisão preventiva era obrigatória para os crimes com pena máxima superior a dez. Assim sepultava-se a presunção de não culpabilidade, nos referidos casos.

Assim, podemos dizer que a prisão cautelar era regra na redação original do Código de Processo Penal. Ao longo dos anos diversas leis operaram modificações no Código de Processo Penal, dentre elas podemos destacar a Lei 5.349/67, que acabou com a prisão preventiva obrigatória, alterando a redação do Art. 312 do Código de Processo Penal, as Leis 11.719 e 11.689, de 2008 que acabaram com as prisões processuais automáticas decorrentes de sentença penal condenatória e decisão de pronúncia, instituindo que a prisão preventiva poderia ser aplicada nesses casos quando houver fundamentação idônea.

No entanto, a mudança mais significativa no Código de Processo Penal foi operada com a promulgação da Constituição da República de 1988, modificando assim toda a principiologia referente à liberdade, estabelecendo garantias processuais e sobretudo estabelecendo expressamente a presunção de não culpabilidade como uma garantia fundamental do indivíduo.

Por fim, a Lei 12.403 de 2011 alterou o capítulo das medidas cautelares pessoais, dando os contornos do modelo atual. No entanto, como será discutido no presente trabalho, em determinados pontos, em maior ou menor grau ainda carrega determinadas influências do texto original que não são compatíveis com o atual modelo constitucional.

2.1.3 Teoria das medidas cautelares

Buscando tutelar situações jurídicas que necessitam de maior urgência, se fez necessário buscar um conjunto de regras originariamente do processo civil a fim de tutelar ora o processo penal, ora a sociedade. No entanto, dadas as peculiaridades do processo penal, essas medidas precisaram se adequar, assim passaram a se balizar por um conjunto de características que forma um verdadeiro microsistema dentro do processo penal.

Cabe-se ressaltar que as medidas cautelares não se restringem às de natureza pessoal, mas existem também as de natureza patrimonial e as relacionadas à tutela da prova, no entanto para fins de manter o escopo do presente estudo, serão abordadas apenas as do primeiro tipo.

Tais medidas são aquelas restritivas ou privativas de liberdade, adotadas contra o acusado, seja na fase investigatória, seja no curso do processo, as quais buscam tutelar a eficácia deste. Em maior ou menor grau restringem a liberdade do imputado, impondo alguma modalidade de privação de liberdade (prisão temporária ou preventiva), ou ainda uma das ordenanças ou proibições do artigo 319 e 320 do Código de Processo Penal.

Possuem como requisito o *fumus commissi delicti* e como fundamento alguma das razões em que caracterizem o *periculum in libertatis*. Quanto ao requisito das medidas cautelares, por ora, pode-se dizer que é a prova da existência do crime e os indícios suficientes de autoria (artigo 312 do Código de Processo Penal). Em relação ao fundamento das cautelares, é necessário demonstrar que o acusado impõe risco a determinados bens jurídicos.

Em geral, a doutrina atribui às medidas cautelares características que lhe são próprias, dentre elas podemos destacar: a provisoriedade, a revogabilidade, a substitutividade e a excepcionalidade.

- Provisoriedade

Nas medidas cautelares, a provisoriedade é um princípio básico, nesse sentido Bonfim (2012, p. 408) assevera que:

(...) toda medida cautelar é caracterizada pela “provisoriedade”, a fim de que a situação preservada ou constituída mediante o provimento cautelar não se revista de caráter definitivo, e, ao contrário, destine-se a durar por um espaço de tempo delimitado.

No entanto, não existe prazo máximo de duração, devendo ser revogada ou substituída no momento em que o suporte fático desaparece, ou seja, o *fumus commissi delicti* ou *periculum in libertatis, periculum*.

Assim, se faz necessário o reexame periódico, a fim de avaliar se ainda se encontra presente o contexto fático autorizador da medida. Ocorre que, na prática, especificamente em relação à prisão preventiva, a falta de regulamentação de um prazo máximo, leva a uma série de abusos, isso porque são admitidos prazos cada vez mais longos para a formação da culpa sem que a custódia seja reavaliada.

-Revogabilidade

Aliada à característica da provisoriedade, encontra-se a revogabilidade, prevista no artigo 282, § 5º, 1ª parte, do Código de Processo Penal, que dispõe: “ § 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

Dessa forma, quando for verificado que houve uma mudança no contexto fático o qual tornou a medida cautelar desnecessária, o juiz pode relaxar a medida. Por outro lado, o magistrado pode impor novamente a medida cautela a qualquer momento, desde as razões a justifiquem.

- Substitutividade

Ainda de acordo com o artigo 282, observa-se que as medidas cautelares são passíveis de substituição a qualquer tempo. Tal característica se mostra importante, tendo em vista que a lei estabelece no artigo 319 do Código de Processo Penal, que a prisão preventiva somente poderá ser determinada quando não for possível substituí-la por medidas cautelares diversas da prisão.

- Excepcionalidade

Por serem medidas restritivas de garantias e liberdades constitucionalmente asseguradas, as medidas cautelares devem ser observadas dentro de um contexto de excepcionalidade, em especial as relacionadas às prisões cautelares. Tal constatação se faz, em razão da necessidade da observância do princípio da não culpabilidade. Assim, as medidas cautelares não podem servir como cumprimento antecipado de pena.

A fim de garantir a excepcionalidade das medidas, se faz necessária a estrita observância dos pressupostos autorizadores, os quais devem ser dispostos de forma taxativa. Da mesma forma, as medidas devem ser exclusivamente aquelas previstas em lei, inexistindo a possibilidade, no processo penal, de um poder geral de cautela, capaz de determinar medidas cautelares inominadas.

Conforme as lições de Lopes Jr. (2016, p. 492):

(...) 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 última *ratio* do sistema, reservadas para os casos mais graves, tendo em vista o elevadíssimo custo que representam.

Assim, a aplicação indiscriminada das medidas cautelares, sobretudo as prisões cautelares, constituem verdadeira afronta ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. Assim é necessário fazer um juízo de ponderação, da necessidade da aplicação de alguma medida e a adequação da medida ao interesse que se deseja tutelar, afim de buscar a forma menos gravosa para o acusado de atingir o objetivo desejado.

2.2 Princípios relacionados

Para permitir analisar o instituto da prisão preventiva, é necessário ver o sistema normativo do processo penal brasileiro como um todo. Assim, não se pode abrir mão de estudar os princípios que regem o sistema. Quanto à importância dos princípios no estudo e aplicação das normas jurídicas Nucci (2014, p. 70) assevera que “(...) princípio jurídico quer dizer um postulado que se irradia por todo o sistema de normas, fornecendo um padrão de interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo, estabelecendo uma meta maior a seguir”.

A fim de dar foco ao tema abordado, enfatizaremos os princípios mais estreitamente relacionado ao instituto da prisão preventiva, conduzindo o estudo dos mesmos nesta direção.

2.2.1 Devido processo legal

Encontra-se previsto no artigo 5º, LIV e LV da Constituição Federal e estabelece que ninguém será privado de seus bens, ou de sua liberdade sem o devido processo legal, onde sejam assegurados o direito ao contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Tal previsão deriva do direito anglo-americano, que consagrou na cláusula do *due process of law*.

O princípio, que segundo Bonfim (2012, p. 66), de forma mais técnica, em sede penal, deve ser chamado “devido processo penal”, possui interpretação bastante ampla, referindo-se tanto ao aspecto material como o formal.

Quanto ao aspecto material, diz respeito às garantias fundamentais do cidadão, impondo limitações a atividades estatais arbitrárias, que venham a afrontar direitos

fundamentais. Nesse prisma, não se restringe às atividades do governo, mas se aplica a todos os Poderes do Estado, inclusive ao Legislativo, impondo limitações para que não possa legislar abusivamente, respeitando o princípio da proporcionalidade.

No sentido formal, assegura certas garantias de natureza processual, tanto no trâmite do processo quanto na relação com o Poder Judiciário. Assim, estabelece que o acusado deverá ser processado da forma legalmente prevista, reconhecendo além do aspecto instrumental, sua natureza constitucional. Dessa forma, a fim de satisfazer a pretensão punitiva, o Estado precisa seguir todo o protocolo previamente estabelecido pelo legislador.

Como exemplo temos que, considerando a prisão preventiva uma medida excepcional, pelo artigo 281, § 6º, do Código de Processo Penal deve ser adotada apenas quando as outras medidas não forem suficientes, a imposição da custódia sem verificar a possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão se opõe o princípio do devido processo legal.

A vigência da lei 12.403/2011, que alterou a sistemática das medidas assecuratórias da ação penal, dotou o magistrado com um rol de medidas restritivas de direitos menos gravosas ao réu, sendo certo que a prisão preventiva, medida excepcional, se revela última providência a ser adotada, ou seja, apenas quando as demais não se mostrarem adequadas ou suficientes (art. 282, § 6º, do CPP). Assim, a imposição da prisão preventiva sem a verificação quanto à possibilidade de imposição das medidas cautelares diversas da prisão ofende ao devido processo legal. (STJ, HC 206.729/MT, DJ 22.08.2011).

Em suma, do devido processo legal decorrem todas as outras garantias processuais conferidas ao cidadão. Assim, tal princípio assume para o processo penal o que o princípio democrático é para a Constituição, o ponto de partida para a observância de todas as outras normas.

2.2.2 Estado de inocência

Comumente chamado de princípio da presunção de inocência, pela melhor técnica é preferível que seja denominado de princípio da não-culpabilidade ou do estado de inocência. Tem previsão legal no artigo 5º, LVII da Constituição Federal, que assegura “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Pode ser considerado um dos principais princípios informadores do processo penal.

Tem como precedentes históricos o artigo 9º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Paris, 26/08/1789), o artigo 26 da Declaração Americana de Direitos e

Deveres (22/05/1948) e no artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Assembleia das Nações Unidas (Paris, 10/12/1948).

Pelo princípio, se estabelece um estado de não culpabilidade, que deve ser atribuído ao acusado até o trânsito em julgado. Assim, incumbe à acusação o ônus de demonstrar a ocorrência do delito, bem como de sua autoria. Dessa forma, quando não for possível provar a existência do fato, ou não havendo provas de que o acusado concorreu para a prática do delito, o juiz será obrigado a absolver o réu, não podendo ser presumida a culpa, aplicando-se aqui o princípio *in dubio pro reo*.

Ademais, em decorrência desse entendimento, o juiz não pode levar em consideração, no momento da fixação da pena, os registros criminais relacionados a processos em andamento, que responde o acusado, sem que haja ainda o trânsito em julgado, é o que prevê a Súmula 444 do STJ.

Em análise do princípio da não culpabilidade, Lopes Jr. (2016, p. 77) atribui a ele duas dimensões. Externamente ao processo, onde exige-se uma proteção contra a estigmatização precoce do réu, impondo a preservação das garantias constitucionais quanto à imagem, dignidade e privacidade. Internamente ao processo, diz respeito a:

(...) um dever de tratamento imposto – inicialmente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?).

Deriva desse princípio, portanto, a excepcionalidade de qualquer prisão cautelar, não podendo constituir cumprimento antecipado da pena (exceto para fins de detração penal). deve respeitar os limites legais, sendo decretada tão somente quando existirem elementos suficientes para justificar a necessidade da medida.

Em que pese o princípio da presunção da não culpabilidade, é pacífico o entendimento pela legalidade da prisão preventiva, nesse sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ressalta:

Decreto de prisão preventiva que está devidamente fundamentado. - Por outro lado, já se firmou o entendimento desta Corte no sentido de que a prisão preventiva não entra em choque com o princípio da presunção de inocência que a Constituição consagra. "Habeas corpus" indeferido.

(STF - HC: 70486/PB, Rel.: Min. Moreira Alves, DJ 16-09-1994)

2.2.3 Motivação das decisões judiciais

A motivação das decisões judiciais trata-se de uma garantia processual fundamental, cuja observância busca legitimar a decisão judicial. Tem fundamento no artigo 93, IX, da Constituição Federal, onde é exigido que os órgãos do Poder Judiciário, fundamentem “todas as decisões, sob pena de nulidade”.

A observância ao princípio é considerada imprescindível para avaliar a linha de raciocínio utilizada pelo juiz para valorar as provas e tomar sua decisão. Presta-se à avaliação da eficácia do contraditório, permitindo medir se foram reunidas provas suficientes para a formação da culpa (ou derrubar a presunção de não culpabilidade). Além disso, permite aferir pelos fundamentos utilizados se prevaleceu a racionalidade na decisão, protegendo assim o acusado contra possíveis arbitrariedades do poder estatal.

Ademais, com a obrigatoriedade da exposição da motivação, é possível conferir se foram observadas as regras do devido processo legal.

Associa-se ao princípio da motivação das decisões judiciais, o princípio da persuasão racional, segundo o qual, de acordo com os artigos 155, caput, e 381, III, do Código de Processo Penal, o juiz formará sua convicção pela livre apreciação das provas, porém, racionalmente devendo indicar os motivos de fato e de direito nos quais se funda a decisão.

Excetua-se à regra, as decisões do Tribunal do Júri, em que os jurados decidem a causa livremente, de forma sigilosa, sem apresentar suas razões.

Como já foi dito, a necessidade de motivação da decisão judicial se aplica a qualquer decisão, seja terminativa, seja interlocutória. Assim, em especial nas decisões que restringem direitos do acusado, como a decretação da prisão preventiva, o juiz deve demonstrar os motivos pelos quais reputou necessária a aplicação da medida.

2.2.4 Princípio da proporcionalidade

Como já foi possível observar até aqui, em determinados momentos, algumas normas ou princípios entram em conflito, como por exemplo: a prisão preventiva e o princípio da não culpabilidade, ou ainda o direito à liberdade e o dever do Estado de punir o culpado. Nestes casos, o princípio da proporcionalidade atua como recurso hermenêutico empregado a

fim apontar qual norma deve prevalecer e de que forma. Em geral, de acordo com Bonfim (2012, p.83), o princípio “Objetiva ser uma restrição às restrições dos direitos fundamentais por parte do Estado”.

Tal princípio se reflete, portanto, na proibição do excesso por parte do Estado, impedindo assim que, a pretexto de “proteger a sociedade”, se cometam excessos nas restrições aos direitos fundamentais. Tal proporcionalidade deve ser entendida como produto de três subprincípios, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Fazendo-se uma aplicação prática ligada ao tema em questão, é possível avaliar, por exemplo, a melhor forma de tutelar a instrução penal.

Fazendo um juízo de adequação, poderíamos avaliar dentre as medidas cautelares qual delas seria mais apta a tutelar o interesse. Considerando que a prisão preventiva, no hipotético caso, se mostrou a mais adequada, passa-se à próxima etapa. A necessidade avaliaria o custo/benefício da medida a ser aplicada, decidindo se constitui (ou não) custo menos relevante do que o interesse que se deseja tutelar. Por fim se faz o juízo de proporcionalidade (em sentido estrito), avaliando os bens e valores em conflito e fazendo uma opção por um deles.

Assim, o princípio da proporcionalidade coloca interesses opostos em uma balança, buscando avaliar, através de um juízo de adequação e necessidade, qual deles deve prevalecer em determinado caso. Atua como uma limitação às restrições aos direitos fundamentais, protegendo assim o indivíduo contra os abusos de poder do Estado.

2.3 Aspectos legais

A prisão preventiva encontra-se autorizada pela Constituição da República em seu artigo 5, inciso LXI, e está disciplinada nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal. Para que possa ser aplicada, deve respeitar os dispositivos legais quanto ao momento, iniciativa e requisitos estudados a seguir.

2.3.1 Momento

De acordo com o artigo 310 do Código de Processo Penal, no momento em que o juiz receber o Auto de Prisão em Flagrante, deverá, fundamentadamente, optar por um dos caminhos a seguir, nessa ordem, sendo que, ocorrendo uma das hipóteses, as demais não se aplicam: em primeiro lugar relaxará a prisão em flagrante, quando for considerada ilegal, ou

concederá liberdade provisória, com ou sem fiança, ou ainda, impor uma ou mais medidas cautelares diversas da prisão expressas no artigo 319 do Código de Processo Penal e, por fim, em último caso, converterá a prisão em flagrante em preventiva, obedecendo os limites do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Ocorre que a possibilidade da aplicação da prisão preventiva não decorre apenas ao caso de prisão em flagrante, conforme encontra-se expresso no artigo 311 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal. Podendo ainda ser aplicada no juntamente com a decisão de pronuncia ou da sentença condenatória, artigos 413, §3º, e 387, parágrafo único, do Código de Processo Penal, respectivamente.

No que se refere à investigação policial, ressalta-se que a atual redação do referido artigo ampliou a abrangência da prisão preventiva. A escrita anterior do artigo delimitava a possibilidade de aplicação do instituto à fase de inquérito policial. Dessa forma, pela atual redação, deu-se a possibilidade de decretação da prisão preventiva antes mesmo que as investigações tenham se corporificado em inquérito policial, momento deveras inseguro para aplicação de medida tão gravosa.

Assim, embora permitida, a decretação da prisão preventiva em fase investigatória merece especial atenção, tendo em vista que se mantém a necessidade da presença da prova inequívoca do crime e dos indícios suficientes de autoria. Causa estranhamento, no entanto, quando o Ministério Público é o titular do direito de ação, tendo os elementos suficientes para ajuizamento da ação penal, requeira ou endosse a representação da autoridade policial pela prisão preventiva e desde já não apresente a inicial acusatória.

2.3.2 Iniciativa

Conforme se denota o citado artigo 5, inciso LXI, da Constituição Federal, somente a autoridade judiciária competente poderá, por ordem escrita e fundamentada, decretar a prisão preventiva. No entanto ela pode ser proposta, ainda de acordo com o artigo 311 do Código de Processo Penal, pelo próprio juiz, que pode decretá-la de ofício, pela autoridade policial, mediante representação, pelo Ministério Público, por requerimento, ou ainda pelo querelante, nas ações penais privadas subsidiárias da pública.

Ressalta-se que embora, a prisão preventiva possa ser decretada em qualquer fase da investigação ou do processo penal, o juiz só poderá decretá-la *ex officio* no transcurso do

processo penal. Essa restrição foi uma das reformas do diploma legal efetuadas pela lei 12.403 de 2011. Na redação anterior, o juiz tinha o poder de decretar a prisão preventiva de ofício em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal. Essa foi uma tentativa de aproximar o sistema processual penal brasileiro do modelo acusatório, mas, preservou as raízes inquisitivas possibilitando ao juiz, ainda que apenas durante o transcurso do processo, atuar sem ser provocado por qualquer das partes, prejudicando assim a sua imparcialidade.

Em regra, nas ações penais públicas, observados os requisitos legais, a prisão preventiva é decretada pelo juiz por requerimento do Ministério Público. Entretanto, mesmo não sendo o legitimado a propor ação penal privada exclusiva, conforme se pode extrair do artigo 45 do Código de Processo Penal, o Ministério Público pode aditá-la e intervir em todos os termos subsequentes do processo.

Existe também a possibilidade de a prisão preventiva ser requerida pelo querelante. Cabe-se ressaltar que a figura do querelante surge apenas no curso do processo, na fase de inquérito policial fala-se em ofendido. Assim, figurando como parte na ação privada, o querelante pode requerer a decretação da prisão preventiva e, até mesmo, interpor recurso em sentido estrito à decisão que desacolheu o pedido.

Dessa forma, se no curso do inquérito policial da ação penal privada se mostrar necessária a prisão preventiva, somente o Ministério Público poderá requerer a decretação da medida. Entretanto, o ofendido poderá expor sua pretensão ao juiz, que dará vistas ao Ministério Público para se manifestar e depois proferirá sua decisão sobre a custódia.

Existe ainda a possibilidade de a prisão preventiva ser decretada por requerimento do assistente de acusação. De acordo com o artigo 268 do Código de Processo Penal, podem figurar como assistente a vítima, seu representante legal e, em caso de morte, todas as pessoas do artigo 31 do diploma legal. Conforme assevera Nucci (2014, p. 75).

Logo, figurando como pessoa ofendida pelo crime, nada mais justo que poder indicar ao juiz a medida cautelar consistente na prisão preventiva. A vítima é a pessoa mais indicada para saber se o réu, em liberdade, pode causar-lhe transtornos. Não se quer dizer seja a palavra do ofendido absoluta, devendo sempre ser levada em conta pelo magistrado; porém, cercear a sua atividade, na busca da restrição à liberdade não era correto.

Por fim, a decretação da prisão preventiva pode ser iniciada por representação da autoridade policial. Neste caso, observada a necessidade da medida cautelar, a representação é endereçada ao juiz competente. O Ministério Público e a defesa deverão se manifestar antes da decisão judicial.

2.3.3 Requisitos

Como já foi discutido, a liberdade é a regra, assim, para que seja determinada a prisão preventiva se faz necessário observar certos requisitos (em sentido amplo), os quais, dada a excepcionalidade da medida, precisam ser interpretados de forma restritiva. O não atendimento aos requisitos tornará a prisão decretada ilegal.

- Pressupostos

Em primeiro lugar, a prisão preventiva só poderá ser decretada quando observados os pressupostos autorizadores, também denominados requisitos (em sentido estrito), expressos no artigo 312 do Código de Processo Penal em sua parte final, quais sejam: a prova da existência do crime e os indícios suficientes de autoria. Representam o *fumus bonis juris*, ou melhor o *fumus commissi delicti*, indispensável para a decretação da medida cautelar penal.

Assim, para que se possa decretar a custódia, deverá haver nos autos (do inquérito ou do processo) a prova efetiva da existência do crime. Observa-se, contudo, que os indícios compõem o sistema de provas do processo penal brasileiro, entretanto para ser admitido como pressuposto da custódia, deve ser um indício veemente, conforme explica Lopes Jr. (2016, p. 521), deve haver um juízo de possibilidade e não apenas juízo de probabilidade:

Para a decretação de uma prisão preventiva (ou qualquer outra prisão cautelar), diante do altíssimo custo que significa, é necessário um juízo de probabilidade, um predomínio das razões positivas. Se a possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a prisão preventiva, pois o peso do processo agrava--se notavelmente sobre as costas do imputado. [...] A probabilidade significa a existência de uma fumaça densa, a verossimilhança (semelhante ao vero, verdadeiro) de todos os requisitos positivos e, por consequência, da inexistência de verossimilhança dos requisitos negativos do delito.

Por razões positivas se refere à conduta aparentemente típica, ilícita e culpável, já quando fala em razões negativas se reporta às causas de exclusão de ilicitude ou de exclusão de culpabilidade.

Além da prova da existência do crime, se faz necessário que haja indícios suficientes para que se possa atribuir a autoria a alguém. Quando se fala em indícios suficientes, novamente se quer dizer indícios veementes de que determinada pessoa foi o autor ou partícipe do crime.

- Cabimento

Nem todos os crimes são passíveis de decretação da prisão preventiva, pois ela suporta algumas hipóteses de cabimento, expressas no artigo 313 do Código de Processo Penal. A primeira delas é que nos casos de crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a 4 anos. A segunda hipótese é caso de o acusado já ter sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado. Outro cenário é se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução de medidas protetivas de urgência. Por fim caso haja dúvida sobre a identidade da pessoa.

A primeira hipótese põe em proporcionalidade a medida cautelar com o artigo 44 do Código Penal (CP) tendo em vista que não seria razoável aplicar uma prisão preventiva se, caso seja condenado, o autor não será submetido a uma pena restritiva de liberdade. A segunda hipótese em uma análise mais crítica caminha pela vereda da estigmatização do reincidente, punindo novamente o autor pelo crime anteriormente cometido, violando assim a presunção de inocência. A terceira hipótese, quando se trata do chamado “crime de covardia”, a prisão preventiva visa tutelar determinadas situações de vulnerabilidade, quando necessária para garantia da execução de medidas protetivas de urgência. Finalmente, quando não se pode determinar a identidade civil da pessoa do acusado, é possível a decretação da prisão cautelar, devendo ser imediatamente colocado em liberdade após a identificação.

É sempre oportuno recordar que a prisão é a exceção, assim, só será determinada caso não se mostrem suficientes as medidas cautelares diversas da prisão. Em contrapartida, por força do artigo 312, parágrafo único, do Código de Processo Penal, a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de tais medidas.

- Fundamento

Além da ocorrência de uma das hipóteses de cabimento e da presença dos pressupostos, é necessário que seja observado algum dos fundamentos listados no artigo 312 do Código de Processo Penal para que a prisão preventiva possa ser decretada. Também conhecido como o *periculum in mora*, ou melhor *periculum in libertatis*, da medida cautelar, consideram-se as circunstâncias em que a liberdade do acusado pode ser perigosa para o processo ou para a coletividade. Assim, a prisão preventiva poderá ser determinada para a garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução penal,

ou para assegurar a aplicação da lei penal. Em regra, as medidas cautelares buscam tutelar o bom andamento do processo, no entanto, nas duas primeiras hipóteses, visam resguardar a sociedade.

Em relação à garantia da ordem pública, não existe uma delimitação pacificada, como será discutido com mais profundidade no próximo capítulo, a conceituação do fundamento tem sido construída ao longo do tempo pela doutrina. Em linhas gerais, busca evitar que durante o processo o acusado volte a causar dano à sociedade.

O fundamento garantia da ordem econômica busca resguardar, perseguir a especulação financeira, as transações fraudulentas e coisas do gênero. Igualmente objeto de críticas, é considerada desnecessária a sua inclusão no rol do artigo 312 do Código de Processo Penal, visto que já está prevista no artigo 30 da Lei 7.492 a previsão da prisão preventiva em “razão da magnitude da lesão causada”.

No caso da decisão amparada na conveniência da instrução penal, objetiva-se proteger o processo. Pode ser determinada quando há fundada suspeita de que, em liberdade, o acusado destruirá ou esconderá provas, coagirá a vítima ou testemunhas. Assim, visa resgatar a instrução de interferência indevida do acusado. Assim, encerrada a instrução, a prisão preventiva, se fundamentada exclusivamente por este fundamento, deverá ser relaxada.

Caso seja evidenciado que há risco de fuga por parte do acusado evitando-se assim que a lei penal seja aplicada, a prisão preventiva poderá ser decretada sob o fundamento assegurar a aplicação da lei penal.

3 GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

Como já exposto anteriormente, para que a prisão preventiva possa ser decretada, é necessário que sejam atendidos alguns requisitos da medida cautelar, o *fumus commissi delicti* e o *periculum in libetatis*. O primeiro requisito é também chamado de pressuposto da prisão cautelar, que é atendido quando estão presentes, cumulativamente, a prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria. Já o segundo requisito é o fundamento da preventiva, que demonstra a necessidade da restrição cautelar do agente quando necessário, alternativamente, para garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Não que estejam isentos de crítica, os fundamentos “por conveniência da instrução criminal” e “assegurar a aplicação da lei penal”, tem a essência de medida cautelar, pois buscam resguardar eminentemente o processo. Assim, tornam a sua aplicação devidamente limitada e passível de uma determinada previsibilidade jurídica.

Já o fundamento “garantia da ordem econômica” é uma espécie do gênero “garantia da ordem pública”, no entanto, como aduz Nucci (2012, p. 84) “Não se trata de uma prisão cautelar indiscriminada, mas associada a bases reais de perturbação da segurança no nível econômico”, assim, apesar de não visar puramente tutelar o processo, possui delimitações palpáveis.

Por fim, o fundamento “garantia da ordem pública” carrega alguns problemas. Em primeiro lugar, assim como o fundamento “garantia da ordem econômica”, não visa tutelar o processo em si, o que se espera de uma medida cautelar. No entanto, nesse caso, não há uma delimitação aceitável a ponto de afastar a aparência de prisão cautelar indiscriminada, aqui reside o principal problema, tendo em vista que, uma vez ausentes os limites, se torna imprevisível e irrefutável.

3.1 Justificativa para a previsão legal

A prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública, ainda que discutível, para que possa ser aplicada, busca legitimidade no ordenamento jurídico. Assim, para discuti-la, cabe-se inicialmente buscar uma conceituação precisa para o termo “ordem pública”, além disso analisar a conformidade com a constituição e com os princípios processuais penais.

3.1.1 Buscando uma conceituação para “ordem pública”

O tema central do presente trabalho repousa sobre o conceito a ser explanado, no entanto apesar da extrema importância do termo, a lei processual penal brasileira não atribui qualquer significado. Diante do silêncio normativo, é necessário buscar o conceito em até mesmo em outros ramos do direito.

De forma mais ampla, encontramos no dicionário jurídico de Silva (2014, p. 1501) que conceitua:

(...) a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto. Não se confunde com a ordem jurídica, embora seja uma consequência desta e tenha sua existência formal justamente dela derivada.

Esse conceito também é conhecido como o sentido material, ou descritivo, da ordem pública. Mas é possível também encontrar o conceito da ordem pública em um sentido formal. Seria um conjunto de princípios, valores e normas que visam ser alcançados pela sociedade, impondo uma disposição ideal de modo a permitir um convívio e harmônico entre os diversos setores da sociedade, resguardando todos os direitos e garantias individuais e coletivos e assegurando a liberdade de todos. Tal conceito é encontrado no Regulamento para as polícias militares e corpos de bombeiros militares, aprovado pelo Decreto nº 88.777 de 1983, o qual aduz que se trata de:

Conjunto de regras formais, que emanam do ordenamento jurídico da Nação, tendo por escopo regular as relações sociais de todos os níveis, do interesse público, estabelecendo um clima de convivência harmoniosa e pacífica, fiscalizado pelo poder de polícia, e constituindo uma situação ou condição que conduza ao bem comum.

Já na esteira do processo criminal, o STF depois de explorar bastante o que não é, conceitua a ordem pública como

“(...) bem jurídico que pode restar 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 ou drogas afins)” (HC n. 96.212, Rel. Min. Ayres Britto, 1ª Turma, j.16.6.2010, DJE de 5.8.2010).

Dessa forma, apesar de não encontrar uma conceituação precisa, seja mais ou menos abrangente, a ordem pública traz a ideia de convivência social harmônica, norteadas pelas normas, princípios e valores idealizados pela sociedade. No sentido material uma situação social ideal, no sentido material um conjunto de normas garantidoras de tal situação.

3.1.2 Previsão constitucional?

Como foi discutido no tópico 1.1.2, o Código de Processo Penal foi publicado em um momento político conturbado da história brasileira. Era um período em que o país estava sob o regime militar, momento em que as liberdades individuais sofriam forte limitação. Todo este contexto se refletiu fortemente nas normas contidas no código processual penal publicado. Apesar das inúmeras modificações sofridas, o código de 1941 continua vigente até hoje, carregando ainda em seu texto algumas das influências do conteúdo original.

Conforme explanado no referido tópico, a norma original determinava a decretação obrigatória da prisão preventiva para os crimes com pena máxima igual ou superior a dez anos. A lei que acabou com a prisão preventiva obrigatória, foi publicada no ano de 1967, período mais brutal do regime ditatorial militar brasileiro. Assim, incluiu como fundamentos da prisão preventiva, além daqueles que tutelavam o processo, “a garantia da ordem pública”, trazendo no instituto forte ideologia controladora típica do regime vigente.

Com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, foi necessária a revisão da forma de aplicação das normas que definem a prisão cautelar. Isto porque, o princípio da não culpabilidade foi expressamente previsto na norma originária, invertendo a forma de observar o acusado.

Dessa forma, pelo princípio da recepção, apesar do texto da norma ter permanecido o mesmo, a forma de aplicação necessariamente passou a ter que seguir a nova ordem principiológica constitucional. Assim, o fundamento garantia da ordem pública, como todos os outros, a priori, encontra-se autorizado pelo artigo 5º, LXI, que estabelece a prisão como exceção, mas autoriza a decretação “por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”.

A norma constitucional é complementada pelo Código de Processo Penal em seu artigo 283, que estabelece as formas de prisão, quais sejam, a decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, ou no curso da investigação ou do processo em virtude de prisão temporária ou preventiva.

Nas hipóteses previstas na lei processual, o fundamento “garantia da ordem pública” encontra-se expresso como um dos autorizadores da prisão preventiva. Em razão da previsão legal, em geral, como bem resume Avena (2015, p. 1084) se diz justificável essa modalidade de prisão preventiva quando: “(...) a permanência do acusado em liberdade, pela sua elevada periculosidade, importar intranquilidade social em razão do justificado receio de que volte a delinquir”.

3.1.3 Não-instrumentalidade da prisão

Em tese, qualquer intervenção estatal que importe em restrição de direitos pessoais ou de locomoção antes do trânsito em julgado do processo, com sentença penal condenatória, deveria, necessariamente, ter qualidade de medida cautelar. No caso em questão, trata-se de uma medida cautelar de natureza pessoal, ou seja, recai sobre a liberdade da pessoa, se opondo às medidas cautelares de natureza real, as quais recaem sobre o patrimônio do indivíduo.

Tal natureza cautelar se pode inferir dos princípios instituídos pela Constituição Federal de 1988. Levando em conta o princípio da não culpabilidade e a excepcionalidade da prisão, instituídos pela norma originária, o juiz competente além de fundamentar a decisão que decreta a prisão preventiva, fica impedido de colocar o acusado numa posição jurídica em que possa ser considerado culpado pelos crimes a ele imputados. Assim, qualquer fundamentação que seja usada para decretar a prisão preventiva jamais poderá conter qualquer juízo prévio de culpabilidade, sob pena de afrontar expressa disposição constitucional.

A Constituição de 1988 prevê a possibilidade de decretação da prisão cautelar desde que seja escrita e fundamentada por juiz competente. Além disso, afastando outras possibilidades, o artigo 283 do Código de Processo Penal limita essa possibilidade à prisão temporária e à preventiva, ressaltando a natureza cautelar da prisão.

Dessa forma, a prisão preventiva, por sua vez, deve ser completamente estranha ao mérito da causa, visando tutelar outros valores. Quanto aos valores tutelados é onde residem as maiores discussões. Diante das garantias constitucionais, qualquer prisão antes do trânsito em julgado do processo, com sentença condenatória, deve ser excepcional e obedecer a necessidade e indispensabilidade da medida, a ser aferida na fundamentação, visando atingir determinada finalidade.

Assim, dadas as determinações constitucionais, somente pode-se flexibilizá-las quando se busca atingir outros objetivos também de hierarquia constitucional. Como aduz Oliveira (2015, p. 440):

Nesse passo, surge a necessidade de preservação da efetividade do processo como fundamentação válida e suficiente para justificar a segregação excepcional de quem ainda se deva considerar inocente. [...] O que estamos a afirmar é que, quando houver risco, concreto e efetivo, ao regular andamento do processo, por ato imputável ao acusado, o Estado poderá adotar medidas tendentes a superar tais obstáculos, ainda que com o recurso à sua inerente coercibilidade.

Assim, mesmo levando em conta garantias elencadas, o Estado estaria autorizado a defender o exercício regular do processo. Tutela-se assim a atividade jurisdicional, função típica do Poder Judiciário e fruto da separação constitucional do poder Estatal.

Resumindo, a prisão preventiva não visa proteger o direito material, mas o processo, levando em conta que se a medida não for adotada, mesmo antes do trânsito em julgado, restará prejudicada a possível aplicação do direito penal.

No caso da prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública não se observa a referida instrumentalidade. Em contrapartida, a fim de justificar a medida, a doutrina e jurisprudência majoritária justifica que não há, no caso, um juízo de culpabilidade, mas de periculosidade. Dessa forma, o referido fundamento visa tutelar a não o bom andamento do processo, mas a sociedade.

Ocorre que, em razão das garantias constitucionais impostas, não é possível utilizar a prisão preventiva como meio hábil de implementação de políticas públicas de segurança. Isto porque, importa em flagrante invasão de atribuição, tendo em vista que a segurança pública é de competência do Poder Executivo. Assim, as medidas cautelares não visam combater os altos índices de violência urbana que assolam o país, mas cabe ao Estado através do Poder Executivo adotar medidas sérias, necessárias e adequadas para atacar o problema.

3.2 Panorama das decisões nacionais

As decisões judiciais referentes à prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública são um tema curioso para a análise, dada a amplitude de interpretação do conceito, são observados os mais variados motivos para a aplicação do instituto. Assim, será abordado um breve resumo da jurisprudência quanto ao tema e será tratado o conceito jurídico “garantia da ordem pública” e por fim discutida a tipicidade das medidas cautelares pessoais.

3.2.1 Resumo da jurisprudência

Como foi explanado, a ordem pública, por ser um conceito bastante amplo, não admite uma definição concisa. Em razão dessa dificuldade, se torna árdua a tarefa de catalogar as os motivos pelos quais a jurisprudência se utiliza a fim de justificar a fundamentação da

prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública, assim neste momento, serão enumerados os motivos mais recorrentes, agrupando os mais próximos.

- Fundamentação genérica

Não é incomum encontrar em decisões judiciais que decretam prisões preventivas, fundamentações genéricas, apenas listando os motivos legais e apresentando a mesma razão para todos. É essa forma que encontramos a jurisprudência do STF a seguir:

'A custódia preventiva visando à garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, legitima-se quando presente a necessidade de acautelar-se o meio social ante a concreta possibilidade de reiteração criminosa e as evidências de que, em liberdade, o agente empreenderá esforços para escapar da aplicação da lei penal' (HC 109.723, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 27.0612). No mesmo sentido: HC 106.816, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 20/06/2011; HC 104.608, Primeira Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 1.º/09/2011; HC 106.702, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 27/05/2011" (STF - HC 119.376-MS, 1.ª Turma., rel. Luiz Fux, 05.11.2013).

Muitas vezes a decisão lista todos os fundamentos previstos no artigo 312, mas explica apenas alguns, geralmente deixando de explicar o que cada fundamento destina tutelar.

- Condições pessoais negativas / periculosidade

Conforme entendimento do STF, as condições pessoais negativas do autor, ou seja, sua "periculosidade", já constitui razão suficiente para a decretação da prisão preventiva, é o que podemos extrair da seguinte decisão:

A periculosidade do réu constitui motivo apto à decretação de sua prisão cautelar, com a finalidade de garantir a ordem pública, consoante precedentes desta Suprema Corte (HC 92.719/ES, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 19-9-2008; HC 93.254/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, DJ de 1º-8-2008; HC 94.248/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 27-6-2008)

Curioso é que, por outro lado, as condições favoráveis do suposto autor do fato, não são suficientes para afastar a aplicação da medida. Assim, as condições desfavoráveis do acusado, são utilizadas para aferir a sua periculosidade e, portanto, suficientes para justificar a decretação da preventiva, no entanto as condições favoráveis não são bastantes para revogar tal medida.

A crueldade da prática delituosa aliada a sua torpeza, causando profunda indignação popular, justificam, suficientemente, o decreto de prisão provisória, ainda que o réu seja primário, ostente bons antecedentes, tenha residência fixa e emprego definido. (STJ, HC 6.915/CE, 6ª T., j. 14-4-1998, rel. Min. Anselmo Santiago, DJU de 1-6-

1998, RT 755/572. No mesmo sentido: STJ, RHC 14.923/PE, 5ª T., rel. Min. Jorge Scartezini, j. 18-11-2003, DJ de 25-2-2004, p. 190; STJ, HC 8.864/MG, 5ª T., rel. Min. Felix Fischer, j. 18-5-1999, DJ de 21-6-1999, p. 177).

Dessa forma, além das condições pessoais do suposto autor, a periculosidade pode ser aferida pelo magistrado do *modus operandi* do crime praticado, ou seja, da gravidade em concreto do crime.

- Gravidade em concreto do crime / destacada forma de execução

Cabe ressaltar inicialmente que a gravidade em abstrato do delito não é motivo suficiente para a imposição da medida cautelar. O STF decidiu afastar a decretação automática da prisão preventiva para os crimes de gravidade abstrata mais altos, evitando assim a banalização da medida. Nesse sentido: “Está sedimentado na Corte o entendimento de que a gravidade em abstrato do delito não basta para justificar, por si só, a privação cautelar da liberdade individual do agente” (STF - RHC 117.493-SP, 1.ª Turma, rel. Dias Toffoli, 25.06.2013).

Dessa forma, em conformidade com o entendimento do Supremo, a prisão preventiva pode ser decretada considerando a gravidade concreta do delito, ou seja, a forma marcante de execução que o suposto autor utilizou para a prática delitiva.

“É da jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal o entendimento no sentido de que, ‘quando da maneira de execução do delito sobressair a extrema periculosidade do agente, abre-se ao decreto de prisão a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o *modus operandi* do suposto crime e a garantia da ordem pública’ (HC 97.688/MG, Primeira Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 27/11/2009).” (HC 278.216-SP, 5.ª T., rel. Laurita Vaz, 26.11.2013, v.u.).

Como vimos, a partir do chamado *modus operandi* se torna possível aferir o risco que o indivíduo acarreta para a sociedade, assim, é comum encontrarmos nas fundamentações a gravidade em concreto associada à periculosidade.

- Evitar a reiteração delitiva

Outra motivação comum para a aplicação da medida cautelar restritiva de liberdade é com a finalidade de evitar a reiteração delitiva. Nestes casos, o juiz lança mão da medida cautelar a fim de evitar que o acusado, em liberdade, traga riscos à sociedade é a posição do STF “(...) a garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração

delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos”. (HC 84.658/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ 03.06.2005).

No entanto, o decreto deve ter como base a verificação concreta da probabilidade de reiteração delitiva. Nestes casos, não se pode usar de qualquer ilação para que se justifique a referida medida. Desta forma, se reputaria justificável a prisão, quando houver seguros inícios de que, solto, o imputado voltaria a praticar condutas delituosas.

- Assegurar a credibilidade das instituições públicas

Através da prisão cautelar, o juízo estaria impedindo que o indivíduo que ainda não foi condenado em sentença transitado em julgado, voltasse a delinquir, preservando assim a credibilidade das instituições públicas no tocante à transparência das chamadas “políticas públicas de persecução criminal”. Seria uma forma de preservar a “imagem” do Poder Judiciário quanto à opinião do senso comum, em relação ao tratamento dado pelo poder público ao acusado.

Segundo precedente do STF “A garantia da ordem pública se revela, ainda, na necessidade de se assegurar a credibilidade das instituições públicas quanto à visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução criminal”. (HC 98.143, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 27-06-2008)

Nesse caso, manter em liberdade uma pessoa que trouxesse risco à sociedade causaria um descredito ao sistema de administração da justiça. Assim, estaria justificada a prisão a fim de preservar a confiança no aparelho estatal.

- Intranquilidade Social

A repercussão social que o crime causou e, em consequência, a intranquilidade gerada pelo mesmo também é considerada, segundo o entendimento jurisprudencial, como circunstância motivadora da aplicação da restrição de liberdade. Tal repercussão, não pode ser confundida com o maior ou menor envolvimento da mídia na cobertura do crime, conforme aduz NUCCI (2012, p. 78), “O Judiciário precisa atentar para os crimes provocadores do clamor social fidedigno, gerando comoção, revolta, descrédito na Justiça, sentimento de impunidade, enfim, insegurança”.

A fundamentação da prisão preventiva consistente na garantia da ordem pública deve lastrear-se na grande intranquilidade social, causada pelo crime, ao ponto de colocar

em risco as instituições democráticas, o que não se confunde com mera vontade popular de ver o indiciado ou réu encarcerado. (STJ - RHC: 18377 SC 2005/0156892-9, rel.: Ministro PAULO MEDINA, Data de Julgamento: 30/11/2006, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 26.02.2007 p. 640)

Dessa forma crime deve ser de tal maneira anormal, a ponto de colocar em risco as instituições democráticas, por esse motivo, capaz de justificar a excepcionalidade da prisão preventiva.

- Associação ou organização criminosa

Considera-se que as organizações criminosas são um grave fator de intranquilidade social, tendo em conta que, quanto mais organizado o crime, menor a paz social é perceptível. Dessa forma, o cometimento de crimes por associações criminosas é um dos principais elementos de perturbação da ordem pública.

Ademais, inferindo que a associação criminosa é fator importante para a reiteração criminosa e buscando frear a atividade desse tipo de delitos, a jurisprudência tem utilizado a prisão cautelar a fim de interromper as práticas delituosas de seus integrantes e consequentemente atingir a organização.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a possibilidade de reiteração criminosa e a participação em organização criminosa são motivos idôneos para a manutenção da custódia cautelar, a fim de garantir a ordem pública” (STF, HC 101.306/MS, 1ª T., rel. Min. Cármen Lúcia, j. 13-4-2010, DJe de 11-2-2011).

É louvável a intenção dos magistrados em agir ativamente a fim de “combater” associações criminosas. No entanto é discutível se tal atribuição realmente cabe ao Poder Judiciário.

3.2.2 Conceito jurídico “garantia da ordem pública”

Devido à possibilidade infinita de ocorrências relacionadas à conduta humana, além disso, a constante mudança nos valores que regem a sociedade, se torna impossível ao legislador prever através das normas todas as possibilidades jurídicas que podem ser exploradas.

Por esse motivo, o ordenamento jurídico pátrio comporta em alguns casos, dispositivos de certa forma vagos, possibilitando uma maior amplitude de interpretação por parte dos operadores do direito. Tal abertura é proposital, a fim de que a norma mantenha sua

aplicabilidade nos diversos momentos históricos da sociedade, possibilitando continuar atual mesmo com a mudança dos valores sociais.

A razão desse indeterminismo é permitir uma certa discricionariedade ao julgador, a fim de conferir significado ao termo, desde que a finalidade perseguida seja aquela à qual a própria norma se destina.

Nesse sentido, como pudemos observar no tópico anterior, em virtude da grande amplitude de significado conferido ao conceito jurídico “garantia da ordem pública” podemos categorizá-lo como conceito jurídico indeterminado. Levando em conta que o espectro de significados não se esgota na enumeração mencionada, conferir ao fundamento tão drástica medida se torna preocupante.

É possível identificar as boas intenções do legislador, que mesmo após a relativamente recente reforma do artigo 312, preservou o termo. Assim, continuou tolerando que o juiz seja o protagonista da conceituação de acordo com o caso concreto, a provável justificativa seria que qualquer modificação estaria restringindo o uso da prisão cautelar.

3.2.3 Tipicidade das cautelares pessoais

A prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública não possui natureza cautelar, o que por si só, como já comentado, é suficiente para discutir a constitucionalidade da medida. Além disso, a natureza não-cautelar da medida não deveria comportar a forma vaga e imprecisa do conceito “garantia da ordem pública”.

A fragilidade conceitual e a necessidade de revisão do termo se torna evidente quando se observa o Projeto de Lei 4.208/2001, que propunha a completa substituição do conceito por outros mais palpáveis. Segundo o projeto, o artigo 312 do Código de Processo Penal teria o seguinte texto:

Art. 312 A prisão preventiva poderá ser decretada quando verificados a existência do crime e os indícios de autoria e ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa.

Dessa forma, a norma estaria expressamente enumerando as situações fáticas ensejadoras da medida cautelar restritiva de liberdade, restringindo assim o arbítrio do julgador

e, assim, dando uma melhor previsibilidade para a aplicação da norma, possibilitando maior controle das decisões.

No entanto, o referido artigo permaneceu praticamente intacto assim como foi reformulado nos idos de 1967, em um contexto político e social completamente diferente do que vivemos atualmente. Naquele regime ditatorial, em que o Estado impunha severas limitações às liberdades individuais, foi intencionalmente inserido, dentre os fundamentos da prisão preventiva, este conceito vago, amplo e indeterminado de forma a não restringir o poder encarcerador do Estado.

Ocorre que o atual modelo político democrático brasileiro não é compatível com o chamado poder geral de cautela do juiz, tendo em vista que as medidas cautelares de natureza pessoal devem ser taxativas. Isso se deve ao caráter excepcionalíssimo de tais medidas, que resultam em restringir uma das principais garantias individuais previstas na constituição, a liberdade.

Dessa forma, as decisões que decretam a prisão preventiva precisam ser devidamente fundamentadas, de forma que tanto o imputado, quanto a sociedade possam exercer o controle sobre as decisões que a decretam. Por sua vez, o conceito “garantia da ordem pública” é excessivamente vago, abstrato, subjetivo, não possuindo conteúdo claro, e, por isso, sujeito a diversas interpretações, inviabilizando o controle judicial pelos destinatários da norma.

Não seria exagero dizer que caso haja “vontade” estatal em determinar ou manter a restrição cautelar de liberdade, graças à amplitude conceitual, facilmente se encontraria um motivo apto, e até de acordo com a jurisprudência, para a decretação da medida.

3.3 Posicionamentos doutrinários quanto ao tema

Em razão da discutível modalidade de prisão preventiva abordada, a doutrina se divide quanto à constitucionalidade da medida cautelar e a possibilidade de aplicação dentro do ordenamento jurídico pátrio.

3.3.1 Corrente majoritária restritiva

A maior parte da doutrina confere natureza cautelar à medida restritiva de liberdade com base na garantia da ordem pública. Entende-se justificada a medida considerando-se que

garantia da ordem pública como um considerável risco de reiteração criminosa por parte do imputado. Assume que, em liberdade, seja pelos estímulos relacionados ao delito e convívio com os comparsas, seja pela propensão à prática delituosa, o sujeito deverá ser mantido preso com o objetivo de resguardar a sociedade da reiteração delitiva.

Nesse contexto, o caráter cautelar estaria preservado, pelo fato de impedindo o acusado de cometer delitos, se estaria resguardado o resultado útil do processo. Justificando o caráter cautelar, Lima (2016, p. 1319) aduz que:

Há, de fato, evidente perigo social decorrente da demora em se aguardar o provimento jurisdicional definitivo, eis que, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, o agente já poderá ter cometido diversas infrações penais.

Evitando fazer um juízo de culpabilidade, a fim de não violar o princípio da não culpabilidade, em substituição, para a aplicação da medida cautelar, a doutrina costuma avaliar a periculosidade do agente. Assim, verificando que o sujeito causa à sociedade um *periculum in libertatis*, se faz demonstrada a necessidade de fazer a remoção cautelar do indivíduo do convívio social.

Ainda de acordo com esse pensamento, a prisão deve ser decretada em dados concretos, não devendo ser presumida a periculosidade do agente. Esse é o pensamento prevalente nos tribunais superiores.

Esta não admite a aplicação da prisão em casos de clamor público, para que o imputado colabore com a justiça, a fim de evitar que o acusado interfira na prova.

3.3.2 Corrente majoritária ampliativa

Um modelo de pensamento também tradicional e que encontra eco em decisões dos tribunais superiores, é aquele que, além de admitir o caráter cautelar da medida, amplia a aplicação para além de apenas a periculosidade do agente. Assim, possui um caráter ainda mais ampliativo que a doutrina majoritária, com fito de acautelar o meio social, garantindo assim a credibilidade da justiça em caso de crimes que provoquem clamor público.

Nesse sentido, a prisão preventiva pode ser decretada, com fundamento na garantia da ordem pública, sempre que dada, a gravidade em concreto do delito, acabe por gerar uma intranquilidade social. Tal situação demonstraria a periculosidade do agente delituoso e, portanto, o risco que ele em liberdade estaria causando à sociedade.

Adepto dessa corrente de pensamento, Nucci (2016, 516) entende que

(...) pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um 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.

Para o doutrinador a ordem pública pode ser observada por diversos fatores, dentre eles, a gravidade concreta da infração, a repercussão social e a periculosidade do agente, bastando um binômio para justificar a medida.

Essa é a corrente doutrinária que confere o maior poder discricionário ao magistrado para a aplicação da prisão cautelar. Isso porque, permitindo uma maior amplitude conceitual, abrangerá mais situações em que a medida cautelar é passível de ser aplicada.

Por outro lado, possui menor possibilidade de controle das decisões, tendo em vista que a imprevisibilidade causada pela ausência da menor limitação na atribuição de significado ao conceito.

3.3.3 Corrente minoritária

A linha de pensamento mais próxima à seguida presente trabalho é também a minoritária. Conforme essa corrente de entendimento, a prisão preventiva decretada com fundamento na garantia da ordem pública não possui natureza cautelar, portanto trata-se de uma forma de cumprimento antecipado de pena.

Segundo esse entendimento, as medidas cautelares de natureza pessoal devem precipuamente ser aplicadas a fim de garantir o bom andamento do processo, nunca visando outros interesses como evitar a ocorrência de novas infrações penais.

Dentre outros Lopes Jr. (2016, p. 533) destaca que: “(...) evidencia-se que as prisões preventivas para garantia da ordem pública ou da ordem econômica não são cautelares e, portanto, são substancialmente inconstitucionais”.

Isso se deve ao fato de esse ramo da doutrina considerar que a aplicação da medida cautelar, mais do que tutelar o direito, visa tutelar o processo. Assim, não se destina a fazer justiça, busca garantir o normal funcionamento da justiça, através do respectivo processo penal de conhecimento.

Além da não-instrumentalidade do fundamento, critica-se ainda o próprio termo, considerado vago e indeterminado. Considera-se a amplitude de significação do conceito, incompatível com o sistema constitucional de garantias processuais. Graças o alto grau de

abstração do termo, resta inviabilizado o controle dos atos judiciais relacionados por parte dos destinatários da norma.

Seguindo o princípio da legalidade no âmbito do direito processual penal e até em respeito à dignidade da pessoa humana, o cidadão deveria tomar conhecimento, antecipadamente, o limite do poder punitivo estatal. Tal previsibilidade, deveria permitir ao indivíduo saber em quais as hipóteses o juiz está autorizado a aplicar a restrição de liberdade.

Da forma que está posta a norma processual, conforme aduz Lopes Jr. (2016, p. 524) “por ser um conceito vago, indeterminado, presta-se a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante”.

4 ANÁLISE DO FUNDAMENTO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

Por tudo o que foi exposto, fica evidente que o fundamento garantia da ordem pública é um tema fértil para análise crítica. Assim, serão discutidas as decisões judiciais apresentadas e apontada a necessidade de reformulação da modalidade de prisão. Por fim discorridos comentários a respeito de propostas de aperfeiçoamento do instituto.

4.1 Inconsistência nas decisões judiciais

Graças à grande quantidade de interpretações que o poder judiciário tem conferido ao fundamento discutido, a aplicação da prisão preventiva pode vir a se tornar quase que inevitável. Assim, deve ser feita uma análise crítica das decisões apontadas, considerando a referida maleabilidade conceitual, refletindo sobre a compatibilidade da medida cautelar com o ordenamento jurídico pátrio.

4.1.1 Análise crítica das decisões

Fazendo o estudo da prisão preventiva decretada com fundamentado na garantia da ordem pública, é necessário verificar as razões utilizadas nas decisões judiciais para a escolha do fundamento. Assim, será feita a análise crítica de cada uma das razões anteriormente listadas.

- Fundamentação genérica

Não é incomum nas decisões que avaliam a necessidade da decretação preventiva, os juízes fazerem um discurso de abertura bastante extenso e polido, descrevendo a liberdade como importante garantia constitucional, alarmando a extrema excepcionalidade da prisão cautelar e, no final das contas, decretar a prisão como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, e dando uma fundamentação genérica para todas elas.

Em primeiro plano, a motivação genérica, largamente utilizada para justificar as decisões judiciais fundamentadas na garantia da ordem pública é das mais nocivas possíveis. Uma vez que a Constituição Federal institui expressamente a prisão como exceção, devendo a

mesma ser escrita e fundamentada pelo juiz competente. Fundamentar de forma genérica é não levar em conta o caso concreto, sendo assim, significa o mesmo que não fundamentar.

Quanto aos fundamentos essencialmente cautelares a possibilidade de contestação é mais palpável, pois admite contraprova. No entanto, quanto ao fundamento garantia da ordem pública, por não possuir conceito bem definido, se torna praticamente irrefutável.

- Condições pessoais do indivíduo / Periculosidade

Como foi abordado, as condições pessoais do indivíduo assim como a forma de execução do crime são utilizadas para aferir a periculosidade do indivíduo e assim justificar o fundamento garantia da ordem pública. As razões são alternativas, tendo em vista, em que pese as condições desfavoráveis serem motivo suficiente para a decretação da prisão, as condições favoráveis não são suficientes para a revogação da medida. Neste último caso, a periculosidade é justificada na maneira com que o indivíduo praticou o delito.

Nestes termos, se torna impossível aferir de forma objetiva o grau de periculosidade do indivíduo capaz de causar o risco à ordem pública, pela clássica expressão de Zaffaroni não existe um “periculosômetro”. Assim, qualquer juízo de periculosidade, expresso com a finalidade de justificar o fundamento garantia da ordem pública somente pode ser baseado no arbítrio do juiz, dada a subjetividade da percepção de causa.

- Gravidade em concreto do crime / destacada forma de execução

Uma das razões mais justificáveis para a aplicação da prisão preventiva sob o fundamento garantia da ordem pública é a destacada forma de execução do delito. Quanto a essa razão, não basta o cometimento do crime, mas a maneira anormal com que se praticou a conduta. Ilustrando a possibilidade.

Um homicídio por exemplo, por si só não é suficiente para a decretação da prisão preventiva, considerada a gravidade em concreto do crime. Por outro lado, um homicídio cometido com requintes de crueldade, por motivo torpe, contra pessoa que não podia impor resistência, pode ser visto como motivo justificável para aplicação da medida.

Entretanto, ocorre novamente o problema da subjetividade, considerando que o crime já é um distúrbio ao convívio harmônico da sociedade, não há um critério claro e proporcional para definir até que ponto uma conduta se torna grave o suficiente para a aplicação da medida cautelar.

- Evitar a reiteração delitiva

Um dos motivos mais usados para preencher a lacuna semântica do fundamento garantia da ordem pública é a necessidade de evitar a repetição dos atos criminosos. Com a medida se faz um exercício de probabilidade de reiteração delitiva, sopesando o direito à liberdade do imputado e a segurança da sociedade. Esse esforço probabilístico destinado a provar que, em liberdade, o imputado certamente voltará a delinquir é bastante criticável. Nesse sentido Lopes Jr. (2016, p. 537) critica severamente:

A prisão para garantia da ordem pública sob o argumento de “perigo de reiteração” bem reflete o anseio mítico por um direito penal do futuro, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer. Nem o direito penal, menos ainda o processo, está legitimado à pseudotutela do futuro (que é aberto, indeterminado, imprevisível). Além de inexistir um periculosômetro (tomando emprestada a expressão de ZAFFARONI), é um argumento inquisitório, pois irrefutável.

Assim, dada a incerteza do comportamento humano, a restrição da liberdade do indivíduo sem condenação, baseada nesse exercício de futurologia, seria uma tentativa de prevenção geral à *lá Minority Report*¹, no entanto, diferente do filme, ainda não existe recurso que permita prever com precisão a ocorrência de crimes.

Ademais, apesar das boas intenções dos julgadores em diminuir os índices de criminalidade, impedindo a reiteração delitiva, não cabe ao Poder Judiciário tomar esse tipo de medida. Como se observa no artigo 144 da Constituição Federal o combate à criminalidade é função típica e privativa do Poder Executivo, através da polícia e do Ministério Público, que é a quem compete promover a ação penal pública segundo a locução do artigo 129, I, também da Constituição.

- Assegurar a credibilidade das instituições públicas

Preencher a significação do fundamento garantia da ordem pública com o objetivo de assegurar a credibilidade das instituições públicas também não é uma das melhores opções. Primeiro porque não é razoável supor que as instituições constitucionais sejam tão frágeis a ponto de serem abaladas por um delito.

¹ Filme de ficção científica que retrata um futuro em que existe um departamento de polícia especializada, o qual apreende criminosos com base no conhecimento prévio dos crimes fornecido por três videntes chamados "precogs", o que faz a taxa de assassinatos cair para zero.

Por outro lado, acreditar que é preciso prender pessoas para proteger as instituições, ressalta-se, democráticas, é de tal forma preocupante. Isso porque, aproxima o regime político atual do autoritarismo dos regimes políticos ditatoriais, que se utilizava de toda sorte de manobras a fim de se legitimar, não levando em conta as mínimas garantias individuais asseguradas pelo ordenamento jurídico.

- Intranquilidade Social

A intranquilidade social, ou clamor social gerado pelo delito, é mais uma justificação subjetiva e discutível para a utilização do fundamento garantia da ordem pública. Somada a essa subjetividade, acaba se confundindo com a opinião pública, despida de qualquer fundamentação jurídica.

Apesar de a prisão preventiva baseada na exploração midiática gerada pelo crime ser expressamente vedada pela jurisprudência dos tribunais superiores, é praticamente indissociável a relação entre a intranquilidade social gerada pelo delito e a cobertura jornalística que dá transparência ao mesmo.

Assim, a divulgação das operações policiais pela mídia, não raro com vazamento “acidental” de provas, é uma forma comum de gerar a intranquilidade social necessária para invocar o fundamento da garantia da ordem pública e decretar a prisão preventiva.

- Associação ou organização criminosa

Quanto à necessidade de restringir a liberdade do indivíduo devido à sua participação em associação criminosa, cabem as mesmas críticas relacionadas à necessidade de evitar a reiteração criminosa. Visa desarticular organizações criminosas retirando seus membros do convívio social.

Resta discutir se esta é uma modalidade de prisão preventiva automática para os crimes que envolvam associação criminosa. Neste caso, importaria em grave limitação do princípio da não culpabilidade, sendo que para a aplicação da medida se estaria fazendo um nítido juízo de culpa, constituindo a prisão como um cumprimento antecipado de pena.

Observando por outro lado, a atuação do poder judiciário no sentido de desarticular associações criminosas através da restrição cautelar não se mostra meio frutífero, tendo em vista que hoje as organizações criminosas agem dentro e fora dos presídios.

4.1.2 Maleabilidade conceitual

Como ficou suficientemente demonstrado, dada a multiplicidade de justificativas utilizadas para a invocação do fundamento garantia da ordem pública, observa-se que o conceito jurídico possui uma maleabilidade conceitual preocupante.

Esse fenômeno se dá, pela falta de clareza que o conceito transmite. O termo ordem pública como discutido anteriormente, representa uma sociedade ideal, portanto bastante vaga e utópica, em que os sujeitos obedecem às normas e as instituições públicas funcionam. Dada a amplitude da ideia, torna-se ainda mais difícil e até fantasioso definir limites com que se pode garantir essa tal ordem.

Por não prever expressamente as circunstâncias em que a ordem pública está em risco, busca-se em geral proteger a sociedade, de uma possível atuação do imputado. Assim, o fundamento é “preenchido” por circunstâncias pelas quais, em liberdade, o acusado traria risco à sociedade, assim surgem os motivos “clamor social”, “periculosidade do agente”, “destacada forma de execução do delito”, “prevenir a reiteração delitiva”, “desarticular organização criminosa”, dentre outros que já foram considerados inconstitucionais.

Como foi observado, essas são apenas as motivações mais comuns, no entanto não encerram todas as possibilidades de aplicação da referida modalidade de prisão. Assim, nada impede que um juiz determine a prisão preventiva de um indivíduo, fundamentada na garantia da ordem pública utilizando critério diverso dos listados anteriormente.

No direito, uma certa plasticidade conceitual é importante para a sobrevivência de normas às mudanças de valores da sociedade, permitindo assim que elas permaneçam atuais mesmo com as rápidas mudanças por que passam a sociedade.

4.1.3 Compatibilidade

No primeiro capítulo deste trabalho foram apresentados brevemente os princípios constitucionais relacionados às prisões cautelares. Assim, ficou demonstrado que ninguém poderá ser preso, sem o devido processo legal.

Ademais foi evidenciado que prevalece em nosso ordenamento, em consonância com o regime democrático de direito, o princípio da não culpabilidade, que garante até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o tratamento do acusado conforme um estado de inocência.

Foi relatado ainda, que de acordo com o princípio da motivação das decisões judiciais, para que se possa fazer o controle dos atos judiciais, e até mesmo possibilitar o contraditório, é imprescindível que as decisões judiciais sejam devidamente motivadas a fim de demonstrar a linha de raciocínio que o juiz utilizou para chegar à sua conclusão. Por fim, o princípio da proporcionalidade assegurando a adequação da “sanção” à gravidade da conduta.

Assim, para verificar a compatibilidade do fundamento garantia da ordem pública ao sistema constitucional de garantias individuais, é necessário fazer uma análise do instituto à luz dos princípios constitucionais vigentes.

Em primeiro plano, é preciso reforçar que a liberdade é uma das mais importantes garantias individuais, assim, deve sempre ser tratada como regra. Dessa forma, ninguém será privado de sua liberdade sem que sem o devido processo legal. Ademais, nos processos judiciais, é assegurado o contraditório e ampla defesa.

Tal previsão deve ser devidamente observada inclusive na aplicação das medidas cautelares de natureza pessoal. Ocorre que, no caso em questão, a amplitude de significado conferida ao fundamento, comporta hipóteses em que o contraditório se torna impossível, ferindo de morte o devido processo legal.

Esta situação se reflete, por exemplo, na prisão preventiva decretada para evitar a reiteração delitiva. Neste caso, resta ao acusado, provar a não ocorrência de um fato futuro, algo que parece improvável. A impossibilidade de se fazer uma ampla defesa também pode ser observada quando o magistrado faz uso de justificção genérica para a aplicação do fundamento.

Dentro da presente discussão, o princípio da não culpabilidade assume papel de protagonismo. É pacífico o entendimento de que a prisão verdadeiramente de cautelar, ou seja, objetivando a tutela no processo, dada a tutela de valores constitucionais pode ser considerada apta para flexibilizar princípio da não culpabilidade. Isso porque, neste caso, não se faz o juízo de culpabilidade, mas busca tutelar o resultado útil do processo, em outras palavras, a própria atividade judicial, valor igualmente constitucional imprescindível para a viabilidade do estado democrático de direito.

Ocorre que a fundamentação garantia da ordem pública, não possui natureza cautelar, assim não possui o condão de flexibilizar o princípio da não culpabilidade. Uma vez que o princípio se encontra positivado na constituição, não possuindo exceções expressas, não cabe à legislação infraconstitucional estabelecer tais exceções, importando em flagrante violação da previsão constitucional.

Considerando a falta de clareza do fundamento garantia da ordem pública, por vezes as decisões judiciais que decretam tais medidas carregam o vício de falta de fundamentação concisa. De acordo com o princípio constitucional, o juiz necessita fundamentar todas as decisões, sob pena de nulidade.

A fundamentação se presta à possibilidade de controle dos atos judiciais, possibilitando o contraditório. Assim, fundamentar de forma genérica, ou de forma por demais abstrata, como é comum no caso em discussão, resulta no mesmo que não fundamentar, violando assim o princípio da motivação das decisões.

Por fim, quando se avalia a possibilidade de aplicação de uma restrição de liberdade sem que haja uma sentença penal condenatória transitada em julgado, sempre se estará diante de um conflito de princípios. Por um lado, busca-se tutelar o processo, ou acautelar o meio social, por outro preservar o estado de inocência. Dessa forma, fazendo um juízo de importância, deve-se pôr em uma balança os princípios em conflito.

Dessa forma, dada a natureza constitucional do princípio da não culpabilidade, não cabe à lei infraconstitucional estabelecer exceções à garantia constitucional, devendo esta prevalecer.

Em razão do que foi analisado conclui-se que a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública não encontra respaldo constitucional, dessa forma, não é compatível com o sistema constitucional de garantias individuais.

4.2 Necessidade de reformulação do diploma legal

Por tudo que foi exposto, não resta dúvidas de que o dispositivo legal necessita ser aperfeiçoado. Assim, a fim de ampliar os horizontes, será apresentado de forma bastante sucinta um estudo comparado, a fim de verificar como funciona a aplicação do fundamento em outros ordenamentos jurídicos. Será exposta a última grande reforma do Código de Processo Penal em relação à prisão preventiva e, por fim, debatida a reformulação proposta no Projeto de Lei nº 4.208 de 2001, as vantagens e os motivos pelos quais não foi implementada.

4.2.1 Breve estudo comparado

Em que pese o claro posicionamento contrário à modalidade de prisão processual estabelecido no presente trabalho, por honestidade intelectual é preciso reconhecer que, assim como no Brasil, modalidades de prisão cautelar também são adotadas, com a finalidade de resguardar a sociedade.

Em grande maioria dos países da Europa e também nos Estados Unidos costuma-se utilizar o risco de reiteração delitiva como fundamento da prisão “cautelar”.

Na Espanha a Ley de Enjuiciamiento Criminal estabelece que a prisão poderá ser decretada quando existirem motivos suficientes para se crer que a pessoa é o responsável pelo crime, desde que o crime tenha pena máxima igual ou superior a 2 anos. As razões utilizadas para aplicar a medida são semelhantes às utilizadas no fundamento garantia da ordem pública.

O ordenamento jurídico espanhol não considera a prisão destinada a evitar a reiteração delitiva como uma medida cautelar, mas uma medida de segurança pré-delitiva.

O Código de Processo Penal italiano em substituição ao termo garantia da ordem pública utiliza as hipóteses mais usadas para fundamentá-lo, ou seja, a especificidade do fato, as circunstâncias pessoais do autor, crime organizado, a reiteração de crimes da mesma espécie e acrescenta o uso de arma de fogo e violência pessoal e crimes contra a ordem constitucional.

Em Portugal primeiro se estabelece um amplo rol de medidas cautelares diversas da prisão, depois além de mencionar o fundamento garantia da ordem pública, cita a periculosidade do agente dadas as circunstâncias pessoais do acusado e a natureza do crime, além do risco de reiteração delitiva. Assim, a gama de possibilidades de aplicação da prisão preventiva prevista pelo direito português se mostra mais ampla que a do brasileiro.

O código processual penal alemão também estabelece a possibilidade de prisão preventiva em caso de fundadas suspeitas de que o acusado tenha cometido repetida ou continuamente delitos graves. Além disso, que existam fatos que fundamentem a existência de perigo de reiteração delitiva durante o processo.

4.2.2 Reforma de 2011

No dia 4 de julho de 2011 entrou em vigor a Lei 12.403 de 2011, alterando substancialmente o Capítulo IX, do Código de Processo Penal, hoje denominado “Da prisão,

das medidas cautelares e da liberdade provisória”. Logo de cara se pôde perceber o acréscimo ao título do capítulo da expressão “das medidas cautelares”.

A mudança não ficou apenas no título, a referida lei alterou o capítulo das medidas cautelares pessoais. Foram modificados 32 dispositivos, sendo que, a sistemática de medidas cautelares pessoais é considerada totalmente diversa da anterior. De fato, a mudança era necessária, dada a defasagem do diploma legal, que já fazia 70 anos.

Dentre as mudanças mais relevantes para a atual discussão, é possível citar a previsão das medidas cautelares diversas da prisão. Anteriormente, o sistema processual previa apenas dois caminhos possíveis para o acusado, ou a decretação da prisão preventiva ou a concessão da liberdade provisória. Em virtude dessa polaridade e da ausência de um “meio termo” para adequar a situação concreta à proporcionalidade da medida, a restrição de liberdade era a via mais comum.

Quanto às medidas cautelares, comprovado o *fumus comissi delicti* e o *periculum in libertatis*, passaram a ser a primeira opção aquelas diversas da prisão. É o que prevê o artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal, dessa forma, a prisão preventiva só deverá ser decretada quando as medidas diversas da prisão se mostrarem insuficientes para tutelar o direito visado. Assim, antes de decretar a prisão preventiva, o juiz deverá descrever o motivo pelo qual não considerou suficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

Em que pese as profundas modificações na lei processual, o artigo 312, que define a prisão preventiva, permaneceu praticamente intacto. A não ser pelo acréscimo do parágrafo único que criou a possibilidade de prisão em caso de descumprimento de medida cautelar diversa da prisão, o artigo preservou na íntegra a sua redação.

Neste caso, o legislador pecou em não ter inovado e definindo, delimitando, cada um dos fundamentos da prisão preventiva, ainda mais aqueles mais abrangentes como garantia da ordem pública ou ordem econômica. Como resultado disso, apesar das relativamente recentes mudanças, o código processual penal ainda carrega consigo previsão incompatível com a atual principiologia constitucional.

4.2.3 Projeto de Lei nº 4.208 de 2001

Devido à discutível amplitude do fundamento garantia da ordem pública, o Projeto de Lei nº 4.208 de 2001, que deu origem à Lei 12.403 de 2011, em sua redação original previa um novo texto para o artigo 312 do Código de Processo Penal, segundo a disposição legal:

A prisão preventiva poderá ser decretada quando verificados a existência de crime e indícios suficientes de autoria e ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à proibidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa.

O texto excluía a expressão garantia da ordem pública, e, em substituição, acrescentava as hipóteses: “fundadas razões de que o indivíduo venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, proibidade administrativa ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa”. Dessa forma definia com mais precisão os fundamentos autorizadores da prisão preventiva.

O relator do projeto de lei, Deputado Abi-Ackel (2001, p. 1) em seu parecer destacou que:

São enunciadas com clareza as hipóteses de aplicação, descumprimento, revogação e substituição das medidas cautelares, fugindo desse modo o projeto das causas indeterminadas como, no caso da prisão preventiva, a garantia da ordem pública e a garantia da ordem econômica, substituídas por definições precisas das circunstâncias que a justificam. (destaca-se)

Dessa forma, em que pese a manutenção da possibilidade de custódia preventiva em casos de onde não se visa tutelar o processo, ao menos o legislador estaria delimitando as hipóteses de aplicação da medida, tornando o instituto mais adequado à principiologia constitucional do sistema. No entanto, durante a tramitação do Projeto de Lei, foi aprovada uma emenda substitutiva global de forma que o Congresso Nacional manteve intacto o artigo conforme foi concebido em 1967.

4.3 Propostas para contornar o problema

Antes de qualquer coisa, é preciso deixar claro que qualquer tentativa de adequação de uma norma a um ordenamento jurídico, não se trata de uma ideia mirabolante, mas passa necessariamente por uma escolha de quais princípios e valores devem prevalecer. Assim, como será observado, uma das opções trazidas no presente exercício já foi até mesmo proposta, na última reforma do diploma legal, no entanto o legislador preferiu preservar o texto anterior, em detrimento dos valores e princípios contemplados pela Constituição.

4.3.1 Exclusão da prisão não cautelar

Levando em consideração a grande problemática causada pela hipótese discutida, uma das primeiras maneiras de resolver o problema que pode vir à mente é excluir o conceito do rol de fundamentos autorizadores da prisão preventiva.

O grande jurista Ferrajoli (2010, p. 851) é ainda mais radical, segundo ele “toda prisão decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória mostrar-se-ia ilegítima e inadmissível porquanto iria de encontro ao princípio da presunção de inocência/não culpabilidade”.

A alternativa pode parecer a mais simples, mas carrega uma série de dificuldades. Em determinados caso, excepcionais, se faz justificada a referida custódia cautelar.

Como exemplo, é possível citar um caso real em que o suposto autor de um crime de homicídio praticado contra o membro de uma facção rival, ao ser interrogatório pela autoridade policial, confessou o crime, além disso, disse que fará o mesmo se avistar novamente os membros da facção com a qual rivaliza.

No caso ilustrado, as demais medidas cautelares de natureza pessoal dificilmente serão capazes de tutelar o bem jurídico em risco, no caso, a sociedade. Ademais, nem mesmo os outros fundamentos da prisão preventiva serão suficientes para autorizar a medida.

Como observou-se no breve estudo comparado, os ordenamentos dos países mencionados não abandonam por completo a possibilidade de tutelar a sociedade em detrimento da liberdade do acusado. No entanto, tais previsões legais geralmente se utilizam de uma descrição mais aprofundada das hipóteses autorizadoras da prisão.

4.3.2 Substituição do conceito “garantia da ordem pública”

Considerando a aceitabilidade da custódia preventiva não cautelar demonstrada no estudo comparado, é possível buscar a compatibilidade do fundamento garantia da ordem pública enfrentando o problema relacionada à amplitude semântica do conceito. Para isso, é necessário colocar de lado, pelo menos por hora, a problemática referente à cautelaridade ou não do fundamento.

Levando em conta as considerações iniciais, é possível apontar dois caminhos possíveis para conferir mais clareza ao conceito jurídico apontado. Ressalta-se que qualquer

das alternativas objetiva estreitar a amplitude semântica do conceito, não conferir cautelaridade ao fundamento.

Uma das alternativas já foi inclusive citada no presente trabalho. Persegue o mesmo objetivo do texto original do projeto de lei que deu origem à mais recente reforma do instituto. Se trata da substituição da expressão “garantia da ordem pública” por situações fáticas mais palpáveis, tais como “o risco de reiteração delitiva”, “a periculosidade do agente”, dentre outras.

Com essa substituição, se busca limitar o poder punitivo do Estado, aumentando a transparência em relação às hipóteses de restrição de liberdade, dando maior previsibilidade às decisões judiciais e, portanto, maior segurança jurídica. Com isso, se possibilita ainda, um maior controle dos atos judiciais, impedindo assim que o juiz “crie” uma hipótese para justificar o fundamento garantia da ordem pública.

Com esse mesmo sentido, poderia ser criada uma norma interpretativa explicando de forma instrumental, ou seja, para o processo penal, o que significa garantia da ordem pública. Deveria trazer ainda, em que hipóteses é possível considerar que ela pode ser perturbada. Assim, tornaria possível saber previamente, quais as situações fáticas autorizariam o juiz decretar a prisão preventiva a fim de preservá-la.

A questão central nesse tipo de mudança é que consiste na limitação do poder do juiz em decretar a prisão preventiva, causando um suposto cerceamento no uso da cautelar. Ocorre que, dada a excepcionalidade da prisão, de fato ela deve ser limitada, não é razoável conferir ao estado amplos poderes para que possa restringir a liberdade do indivíduo sem condenação.

Em um mundo ideal, atribuir extensos poderes ao magistrado para decretar prisões cautelares, confiando em seu mais puro bom senso, seria bastante razoável, tendo em vista que a medida seria aplicada apenas quando fosse realmente necessária, de forma proporcional por termo razoável. Ocorre que, no mundo real, espelhando a Lei de Murphy “se algo pode dar errado, dará”, assim, quando se abre a possibilidade para que se cometam abusos, eles serão cometidos.

4.3.3 Aplicação das medidas cautelares diversas da prisão

Levando em conta a resistência legislativa a mudanças no texto legal, uma alternativa viável para a contornar o problema da exacerbação do uso da prisão preventiva, não

apenas na fundamentada na ordem pública, seria a intensificação da aplicação das medidas cautelares diversas da prisão.

Uma das mais impactantes mudanças trazidas pela reforma do Código de Processo Penal, sem dúvida foi a inclusão das medidas cautelares diversas da prisão. Dessa forma, foi franqueada a possibilidade de, dentro do processo, tutelar valores utilizando opções mais proporcionais.

Conforme prevê o artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal, “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”. Dessa forma, fica evidenciado que quando há necessidade de aplicar alguma medida cautelar, deve ser avaliado primeiramente o cabimento das medidas cautelares diversas da prisão, para só depois, em caso contrário, aplicar a prisão preventiva.

Dessa forma, consagrou-se o entendimento de que a prisão, de fato, é a última alternativa. Assim, antes de decretar a prisão preventiva, é necessário demonstrar de forma categórica porque, no caso concreto, não é cabível a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão. Isso fica bem evidente no §4º do mesmo artigo, quando estabelece que, mesmo ocorrendo o descumprimento de uma medida imposta pelo juiz, a medida diversa da prisão ainda tem prioridade, ficando para a *última ratio* a prisão preventiva.

A amplitude de aplicação das medidas diversas da prisão é maior do que a da prisão preventiva, podendo ser alcançar também os crimes com pena inferior a 4 anos. No entanto, assumem elevado grau de importância quando consideradas medidas substitutivas à prisão. Tais medidas, também possuem natureza restritiva de liberdade, porém, possuem menor impacto, tanto para o acusado, quanto para o sistema prisional, contribuindo assim para o descongestionamento do sistema carcerário.

Além disso, a devida aplicação dessas medidas contribuiria para que a prisão preventiva, de fato, fosse utilizada apenas em casos excepcionalíssimos. Com isso, não seria admissível banalizar o uso da prisão preventiva, como ocorre atualmente em que se realizam esforços hermenêuticos incompatíveis com os princípios e garantias previstos no ordenamento, afim de encaixar hipóteses “justificáveis” para a aplicação dos fundamentos da preventiva.

Ocorre que, a aplicação de medidas cautelares diversas demanda um esforço extra para controlar seu cumprimento. Em caso contrário, não alcançarão o objetivo, resultando em uma proteção deficiente por parte do estado.

Seguindo esse entendimento, para que se tenha sucesso, a execução das medidas cautelares alternativas precisa ser devidamente monitorada. Apenas dessa forma é possível dar efetividade à proteção estatal e afastar a sensação de omissão da justiça. Apesar do custo gerado,

tendo em vista que demanda recursos financeiros, profissionais e gerenciais, tal investimento se justificaria em um menor índice de cancerização e mais importante do que isso, maior respeito às aos princípios e garantias constitucionais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou estudar a prisão preventiva através do fundamento “garantia da ordem pública”, a fim de discutir a constitucionalidade do dispositivo legal com o sistema constitucionais de garantias constitucionais. Para cumprir tal encargo, foi feita a apresentação da própria prisão preventiva, a investigação detalhada do fundamento e a análise do mesmo à luz dos princípios e garantias individuais assegurados pela Constituição.

A necessidade de estudar a aplicação da prisão cautelar no ordenamento pátrio se torna fundamental para o constante aperfeiçoamento do dispositivo. Esta tarefa se torna ainda mais importante à medida que a prisão cautelar assume números alarmantes, sendo responsável no Estado do Maranhão por quase metade da população carcerária. Assim, o assunto pode ser enfrentado por duas frentes, da necessidade de combater o abuso da prisão preventiva e proteger os princípios e garantias fundamentais.

Primeiramente foi feita uma análise pormenorizada da prisão preventiva, desde a natureza jurídica à devida autorização constitucional. Foi abordado o contexto histórico em que foi construída, demonstrando as influencias que o texto carrega graças à época em que as normas foram redigidas. Nesse ponto foi possível identificar claramente a influência dos ideais do regime ditatorial na redação do dispositivo estudado. Ainda sobre a preventiva, foram explorados os aspectos legais que a regulam, a fim de destacar o fundamento garantia da ordem pública.

Através do estudo detalhado do fundamento, foram evidenciados os problemas inicialmente apontados. Foi possível destacar a ausência da cautelaridade do fundamento, tendo em vista que não visa resguardar o bom andamento do processo, nem a administração da justiça, mas importa em flagrante violação do princípio da presunção de não culpabilidade, uma vez que acaba por fazer um exame de culpabilidade para aplicar a medida.

Ademais, graças à maleabilidade semântica do fundamento, esvazia a precisão das hipóteses autorizadoras de restrição de liberdade do indivíduo, gerando uma falta de segurança jurídica preocupante.

Em consequência, através do exame da jurisprudência, foi constatado que o fundamento garantia da ordem pública, dada a imprecisão do termo, tem sido usado de forma bastante diversificada e muitas vezes entrando em choque com valores constitucionais. Ao decretar a prisão fundamentada na garantia da ordem pública, como foi observado, são usadas motivações vagas e imprecisas, baseadas em futurologia, a pretexto de preservar a credibilidade

das instituições, em razão da intranquilidade popular, a periculosidade do agente, a destacada forma de execução do crime, dentre outras.

Dada a amplitude do conceito, fica evidente o caráter de clausula geral, dando ao juiz amplos poderes para decretar a custódia.

A doutrina, por sua vez, é unânime em apontar que existe um problema nessa plasticidade semântica, no entanto se divide quanto à constitucionalidade do dispositivo. Enquanto há aqueles que defendem a aplicabilidade da medida, de forma mais ou menos restritiva, por outro lado há quem considere a fundamentação eminentemente inconstitucional.

Através dos levantamentos, o presente estudo formou entendimento no sentido de que dados os problemas discutidos, a fundamentação da forma que está posta não se coaduna com os valores constitucionais.

Apesar da exaustiva análise não foi possível formular “solução” satisfatória para contornar o problema, isso porque, qualquer mudança na sistemática processual passa por um balanceamento de valores, assim, foram propostas adaptação a fim de aperfeiçoar o dispositivo. No entanto, a pesquisa foi satisfatória no sentido de que foi possível detectar de forma bem clara a distorção na sistemática da prisão preventiva consubstanciada no fundamento estudado.

A partir do que foi apresentado, um possível caminho para o aperfeiçoamento do presente trabalho seria o estudo, por meio de direito comparado, a fim de buscar as estratégias utilizadas em países que resolveram a problemática da prisão provisória e avaliar a aplicabilidade ao ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo os aspectos concernentes ao que poderíamos chamar de prisão preventiva não-cautelar.

REFERÊNCIAS

ABI-ACKEL, Ibrahim. **Parecer sobre Projeto de Lei nº 4.208, de 2001**. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/19607.pdf> >. Acesso em 12 de jun de 2017.

BITTENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 (Código de Processo Penal)**, de 3 de outubro de 1941.

_____. Constituição. 1988.

_____. Constituição. 1824.

_____. Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989.

_____. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011.

_____. Lei 234 de 25 de março de 1824.

_____. Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871.

_____. Superior Tribunal de Justiça - Habeas Corpus nº 206.729/MT- Rel. Min. Adilson Vieira Macabu – (Desembargador Convocado do TJ/RJ), 5.ª Turma, 02/08/2011. Disponível em < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21090063/habeas-corpus-hc-206729-mt-2011-0109670-5-stj/inteiro-teor-21090064>>. Acesso em 20 maio de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 210.697-SP, 5.ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, 06.08.2013. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24137220/habeas-corpus-hc-210697-sp-2011-0143376-3-stj/inteiro-teor-24137221>. Acesso em 01 jun 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal - Habeas Corpus nº 70486/PB, Rel. Min. Moreira Alves, 16.09.1994. Disponível em < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748260/habeas-corpus-hc-70486-pb> >. Acesso em 20 maio de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal - Habeas Corpus nº 96.212, Rel. Min. Ayres Britto, 1.ª Turma, 16.06.2010. Disponível em < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18006752/habeas-corpus-hc-106298-rj-stf>>. Acesso em 20 maio de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal - Habeas Corpus nº 119.376-MS, 1.ª Turma, rel. Luiz Fux, 05.11.2013. Disponível em < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24707074/habeas-corpus-hc-119376-ms-stf/inteiro-teor-112170291>>. Acesso em 20 maio de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal - Habeas Corpus nº 92.719/ES, rel. Min. Joaquim Barbosa, 19.09.2008. Disponível em <

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2917658/habeas-corpus-hc-92719-es> >. Acesso em 20 maio de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal - Habeas Corpus nº 93.254/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 01.08.2008. Disponível em < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2918283/habeas-corpus-hc-93254-sp> >. Acesso em 20 maio de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal - Habeas Corpus nº 94.248/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 27.06.2008. Disponível em < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720532/habeas-corpus-hc-94248-sp#!> >. Acesso em 20 maio de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça - Habeas Corpus nº 6.915/CE, 6ª Turma, rel. Min. Anselmo Santiago. 01.06.1998. Disponível em < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/510395/habeas-corpus-hc-6915-ce-1998-0006282-3> >. Acesso em 20 maio de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal – Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 117.493-SP, 1ª Turma., rel. Dias Toffoli, 25.06.2013. Disponível em < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24805999/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-117493-sp-stf/inteiro-teor-112279823> >. Acesso em 20 maio de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal - Habeas Corpus nº 84.658/PE, 2ª Turma, rel. Min. Joaquim Barbosa, 03.06.2005. Disponível em < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/766094/habeas-corpus-hc-84658-pe> >. Acesso em 20 maio de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça – Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 18377 SC. 6ª Turma, rel.: Min. Paulo Medina, 30.11.2006. 26.02.2007. Disponível em < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19248032/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-18377-sc-2005-0156892-9/inteiro-teor-19248033> >. Acesso em 20 maio de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal – Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 101.306/MS, 1ª Turma., rel. Min. Cármen Lúcia. 13.04.2010. Disponível em < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5480014/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-101306-ms-stf> >. Acesso em 20 maio de 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais> >. Acesso em 10 jun. 2017.

FARIAS, Cristina Michele. **Evolução histórica da prisão em flagrante e prisão preventiva no Brasil**. Disponível em <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3294>>. Acesso em: 10 de jun. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Direito Processual Penal**. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

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

MENDONÇA, A. B. de. **Principais alterações introduzidas pela Lei 12.403/2011 no sistema das medidas cautelares pessoais**. OMNES Revista Jurídica Digital, Brasília, V. 1. out. 2012. Disponível em <www.anpr.org.br>. Acesso em 10 de jun. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.