



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais - FAJS

ALANA DE OLIVEIRA NASCIMENTO CAROLINO

**A PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM
PÚBLICA EM FACE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA**

BRASÍLIA
2011

ALANA DE OLIVEIRA NASCIMENTO CAROLINO

**A PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM
PÚBLICA EM FACE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais – FAJS, do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB.

Orientador: Professor Marcus Vinícius Reis Bastos.

**BRASÍLIA
2011**

Primeiramente a Deus por ser o responsável imediato pela concretização dessa etapa da minha vida, a Ele ofereço essa conquista, pois Dele, para Ele e por Ele são todas as coisas.

Aos meus queridos pais que se colocaram como instrumento nas mãos de Deus e me deram todas as condições de fazer o curso de direito, e com muito amor sempre me encorajaram e me deram forças para vencer os desafios da vida.

Às minhas irmãs Camila e Nathália que sempre foram minhas melhores amigas.

De forma especial, ao meu esposo André por estar sempre disposto a me motivar e apoiar, por abrir mão do que for preciso para investir em mim facilitando sempre a minha caminhada, eu te amo.

Ao meu sogro e sogra, Maurílio e Fátima, que são como pais para mim, vocês são bênção na minha vida.

Aos meus familiares e amigos, obrigado por estarem sempre presentes, se alegrando por mim nos momentos felizes e chorando comigo nos difíceis.

A vocês dedico este trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor Marcus Vinícius, exemplo de mestre, pela orientação que me deu para a realização deste trabalho, sempre com muita disposição e sabedoria. Muito obrigado pela dedicação e apoio.

Agradeço também à minha querida prima Robertha Munique por me auxiliar na revisão e correção ortográfica do texto.

Agradeço, finalmente, a todas as pessoas que, direta ou indiretamente, contribuíram para a conclusão desta pesquisa.

*“Mesmo quando tudo parece desabar,
cabe a mim decidir entre rir ou chorar, ir
ou ficar, desistir ou lutar; porque descobri,
no caminho incerto da vida, que o mais
importante é o decidir.”*

Cora Coralina

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a prisão preventiva, especificadamente quando o fundamento da sua decretação está respaldado na garantia da ordem pública, verificando sua compatibilidade com o princípio constitucional da presunção de inocência, ou não culpabilidade. Intenta, outrossim, verificar como a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios têm aplicado a prisão preventiva para garantia da ordem pública, analisando qual o conceito de ordem pública para o referido tribunal, comparando-o com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Presunção de inocência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	9
1.1 Da nomenclatura: presunção de inocência ou de não-culpabilidade?.....	9
1.2 Consequências da consagração constitucional do princípio da presunção de inocência e sua repercussão no processo penal.....	10
1.3 In dubio pro reo e ônus da prova.....	13
2 PRISÃO PREVENTIVA.....	16
2.1 Fundamento constitucional.....	16
2.2 Prisão cautelar.....	17
2.2.1 A tutela cautelar.....	17
2.2.2 Características e pressupostos das medidas cautelares.....	21
2.3 Natureza cautelar da prisão preventiva.....	24
2.4 Pressupostos legais de aplicação da prisão preventiva.....	26
2.5 Compatibilização da prisão preventiva com o princípio da presunção de inocência: o problema da decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública.....	30
2.6 Lei 12.403/2011.....	33
3 PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	40
3.1 Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.....	40
3.2 Superior Tribunal de Justiça.....	46
3.3 Supremo Tribunal Federal.....	48
3.4 Análise crítica.....	51
CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59

INTRODUÇÃO

Este trabalho versa sobre a aplicação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. A prisão preventiva é prisão processual, ela ocorre em um momento do processo em que ainda não pesa sobre o acusado uma condenação definitiva. Embora o indivíduo não tenha exercido amplamente seus direitos constitucionais de defesa ante a pretensão punitiva do Estado, a prisão exerce amplamente sobre ele seus efeitos. Os mesmos efeitos que exerce sobre o criminoso condenado definitivamente, que já exerceu seus direitos até o último grau.

O problema é que a jurisprudência, aproveitando-se da amplitude do termo ordem pública, tem aplicado a prisão preventiva como regra e não como exceção, indo de encontro com a lógica do Estado democrático de direito.

No desenvolvimento do contexto será apresentado o entendimento doutrinário acerca do tema, bem como a interpretação dada pelos tribunais à expressão “ordem pública”. Para facilitar o estudo a monografia será dividida em três capítulos.

O primeiro capítulo contém um estudo detalhado sobre o princípio da presunção de inocência, ou não culpabilidade. Aqui é imprescindível a análise do contexto histórico da época do seu nascimento, o que se passava no mundo e o que se pretendia combater com a ereção deste princípio. Veremos qual a influência do princípio sobre o sistema do direito processual penal vigente, além das transformações que ocasionou no próprio instituto da prisão preventiva. Além disso, será apresentado o entendimento doutrinário acerca da sua extensão e aplicação, e as questões relativas ao *in dubio pro reo* e ônus da prova.

A apresentação da prisão preventiva se dará no segundo capítulo. Será desenvolvida uma completa explicação sobre a tutela cautelar, sua razão de ser, características e pressupostos, para só então tratarmos sobre a prisão preventiva propriamente dita, neste ponto serão destacados detalhadamente os pressupostos legais de sua aplicação, presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal, dentre eles a garantia da ordem pública. Adiante far-se-á um breve

estudo da lei 12.403 de 4 de maio de 2011 que regulamentou a utilização de medidas cautelares no processo penal. Finalizando esse capítulo, será visto como a prisão preventiva pode viver harmonicamente com o princípio da presunção de inocência, e nesse sentido apresentaremos o problema da decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. É aqui que se encontra a questão central referente ao tema: a decretação da prisão preventiva quando visa garantir a ordem pública é compatível com a presunção de inocência?

No terceiro e último capítulo dar-se-á um enfoque jurisprudencial ao tema. A primeira análise será dirigida à jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, buscaremos seu entendimento sobre o que se pretende quando se fala em garantia da ordem pública, e em quais situações concretas o tribunal já aplicou essa medida preventiva. Em seguida será a vez de observarmos os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, e se sua interpretação do termo vai ou não ao encontro da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Por fim, serão comparados esses estudos com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema. De posse de tais dados, ponderar-se-á se a jurisprudência tem assumido postura coerente com o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade.

1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

1.1 Da nomenclatura: presunção de inocência ou de não-culpabilidade?

Uma interpretação literal do art. 5, inciso LVII da CF, induz a compreensão de que o princípio da presunção de inocência encontra-se de forma implícita no texto constitucional; pois o texto não coloca o réu, expressamente, em uma posição de inocência, mas apenas se limita a impedir que lhe seja imputado o postulado da culpa antes da sentença definitiva.

Surge na doutrina discussão em torno da nomenclatura empregada ao princípio, há os que o denomine de princípio da presunção de inocência, todavia, existem ainda aqueles que preferem chamá-lo de princípio da não culpabilidade.

Diz-se, por parte da doutrina, que, uma vez instaurada ação penal contra um determinado sujeito, já existe um mínimo probatório que pesa contra ele, não podendo desta forma presumi-lo inocente. Caso contrário, impedida estaria qualquer medida coercitiva contra o réu, inclusive a prisão cautelar. O que ocorre, em conformidade com o art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, é a não consideração prévia de sua culpabilidade, que somente lhe sobrevirá com a sentença penal condenatória transitada em julgado. De acordo com esse entendimento doutrinário, a Constituição Federal de 1988 não determina que o réu seja tido por inocente a *priori*, mas quer apenas impedir que seja tratado como culpado antes de findo o processo; não se tratando, portanto, de uma presunção propriamente dita. (CARVALHO, 2004).

Por outro lado, Girolamo Bellavista (*apud* CARVALHO, 2004) defende que o preceito quer sim estabelecer a presunção de inocência do réu. Afirma tratar-se de outra espécie de presunção, diferente da presunção judicial decorrente de uma dedução lógica feita pelo juiz, antes, trata-se de uma presunção legal de natureza política. O princípio da presunção de inocência guarda escolhas político-constitucionais maiores e irredutíveis a uma mera presunção judicial. Ou seja, o princípio quer menos estabelecer uma verdade processual, que circunscrever a própria função jurisdicional.

Baseado nos ensinamentos de Bellavista, Carvalho (2004, p. 151) conclui que:

Realmente, não se pode limitar o princípio constitucional, de natureza política, a uma noção semântica do termo técnico presunção, até porque, como assinalou Bellavista, trata-se de uma regra chave do processo penal, verdadeira diretriz que concretiza a ponderação dos bens segurança social e direito à liberdade.

Para Alexandra Vilela (2000), em conformidade com Bellavista, a presunção de inocência não é uma verdadeira presunção, pelo menos não em um sentido técnico, de forma que não se amolda às presunções legais, pois inexistente relação causal entre o fato real e o fato presumido, e nem tampouco é uma presunção judicial uma vez que tal regra se encontra estabelecida pelo legislador constitucional.

Existe ainda na doutrina quem se posiciona de forma mais neutra, preceitua-se não ser possível distinguir presunção de não culpabilidade de presunção de inocência.

Para Martinelli (2000), interpretar o preceito constitucional em termos de presunção de inocência coloca o réu em situação positiva dentro do processo; enquanto, levar tal preceito a nível apenas de não culpabilidade o deixa em posição neutra dentro do processo. Porém, conclui que apesar desse destaque teórico, na prática, ambos os princípios são iguais, de sorte que alcançam os mesmos efeitos e as mesmas consequências processuais.

1.2 Consequências da consagração constitucional do princípio da presunção de inocência e sua repercussão no processo penal

A entrada do princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro em sede constitucional confere-lhe contornos notadamente diferenciados porque recebe do Estado tratamento revestido de valor constitucional. O princípio já entrou no ordenamento jurídico brasileiro com força de norma constitucional, não meramente de um princípio geral do direito, e não apenas uma disposição infraconstitucional. Antes, o princípio se revela como uma imposição

imediatamente vinculante, inclusive com possibilidade de recurso ao Supremo Tribunal Federal caso alguma norma jurídica queira violá-lo.

Mas não apenas isso, além de ser norma constitucional, o legislador ainda inseriu o princípio dentro dos direitos fundamentais, passando ainda a se servir do regime especial conferido a eles.

Vilela (2000) ressalta algumas características pertinentes aos direitos fundamentais a fim de melhor compreender a importância da presunção de inocência: primeiramente, é importante destacar o fato de que os direitos que se inserem na categoria dos direitos fundamentais são liberdades e garantias diretamente aplicáveis, conforme determinação da Constituição Federal no art. 5º, §1º: “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Cabe ao Estado maximizar a eficácia de tais normas, promovendo as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos. Outra característica predominante dos direitos que compõem a categoria dos fundamentais é sua potencialidade em vincular tanto as entidades públicas quanto as privadas. E ainda se diferencia dos demais direitos pelo fato de sua restrição só poder dar-se, exclusivamente, quando houver previsão expressa na própria Constituição.

Disto resulta que, a presunção de inocência, na qualidade de direito fundamental, somente poderá sofrer restrições dentro dos limites necessários para por a salvo outro direito ou interesse igualmente protegido pela constituição. Nas palavras de Alexandra Vilela (2000, p. 23), “a presunção de inocência, pode, pois, encontrar-se em tensão com outros direitos fundamentais, mas da sua especial localização resulta a aplicação deste regime, cujo mérito se traduz em apartá-lo ao mínimo possível”.

Vilela (2000, p.23) conclui:

“[...] a presunção de inocência, ao ser constitucionalizada do jeito que foi, para lá de norma que encerra em si direito fundamental, que não carece da mediação do legislador ordinário para sua aplicação, vê as suas restrições apertadas ao limite, dado que se assume beneficiária do regime dos direitos, liberdades e garantias e constitui, em última análise, uma garantia constitucional substantiva tendente à proteção judicial dos direitos do acusado, assumindo-se muito para lá de um

mero princípio programático.”

No mesmo sentido de Vilela, conclui-se que com a constitucionalização do princípio da presunção de inocência, e ainda mais, como um direito de ordem fundamental, consolidou-se uma garantia ao acusado; que sua liberdade não seja cerceada antes do devido processamento do feito, e não antes de pesar-lhe a imutabilidade da decisão em virtude dos efeitos do seu trânsito em julgado. Deixando, pois, de lado, a velha concepção absolutista de que o *jus puniendi* do Estado estava sempre acima do *jus libertatis* do acusado, antes oferecendo-lhe proteção a fim de tornar mais igualitária essa tensão. Impedindo que o acusado fique puramente a mercê da discricionariedade do julgador.

A presunção de inocência funciona exatamente como um limite, um moderador das finalidades do processo penal. São metas do direito penal: realizar a justiça; descobrir a verdade material; restabelecer a paz social, que fora abalada por um crime ou pela suspeita da prática de um crime, por meio da reação criminal; porém, ao mesmo tempo, protegendo os direitos fundamentais. (VILELA, 2000).

O que quer dizer que, o processo penal, no cumprimento de suas finalidades, deve pautar-se pela dignidade da pessoa humana, garantindo seus direitos fundamentais; o que, aliás, é próprio e inerente a um Estado de Direito.

Nesse sentido, a presunção de inocência assume um importante papel; o de impedir que o desejo pela descoberta da verdade e o interesse em restabelecer a paz passem por cima dos direitos do acusado, oferecendo-lhe um status de presumível inocente, que se torna ainda mais relevante quando da aplicação de uma medida de coerção. A presunção de inocência impõe que qualquer limitação que se faça a liberdade do acusado, antes de condenação com trânsito em julgado, deve dar-se exclusivamente nos casos de extrema necessidade, e com aplicação de medida suportável ao acusado. (VILELA, 2000).

É relevante ainda que o processo penal, na persecução de seus objetivos, considere sempre a hipótese de o acusado ser realmente pessoa isenta das acusações que lhe pesam.

Conforme Vilela (2000, p. 27):

“Em uma palavra só, definindo como objetivos a verdade material e a consequente paz jurídica, o direito penal não pode perder de vista, por um momento que seja, a possibilidade de o arguido ser inocente e o facto é que a dualidade inocente/culpado dão àquele ramo do direito (o direito processual penal) uma permanente relação de tensão que advém do facto de se estar a proceder contra alguém que, em última análise, pode vir a ser declarado inocente, em sede de julgamento.”

Sendo assim, o mais correto é que trate aos acusados em geral como se inocentes fossem, sob pena de correr o risco de colocar um inocente em posição de extrema injustiça.

1.3 In dubio pro reo e ônus da prova

A consagração desse princípio trouxe consequências para o campo probatório. O *in dubio pro reo* e as mudanças no que se refere ao ônus da prova são as mais relevantes delas.

No momento da valoração da prova, por força da presunção de inocência, tem-se que acatar ao princípio do *in dubio pro reo*. Se as provas produzidas durante a instrução processual não forem suficientes para incriminar o réu, ele deverá ser declarado inocente pelo magistrado, na dúvida deve-se absolver o réu. Isso porque, pelo que já fora dito antes, o estado de inocência é um direito fundamental de aplicação imediata, o Estado tem a obrigação de maximizar a eficácia de tais normas, promovendo as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos. Ou seja, não havendo provas que permitam que se conclua pela condenação do réu, deve o estado sanar qualquer dúvida que pese quanto a sua inocência, deve declará-lo inocente. (CARVALHO, 2004).

Outra importante consequência é no que diz respeito ao ônus da prova. Não ocorre mais como no sistema do processo penal inquisitório, existia sobre o acusado uma presunção de culpabilidade e por isso ele é quem tinha que provar sua inocência. Hoje, ao contrário disso, partindo do pressuposto de inocência, cabe ao acusador o ônus de provar, de demonstrar os fatos imputados na denúncia

ou queixa. Não é mais o réu que deve mostrar sua inocência, mas quem acusa que deve provar sua culpa. (CARVALHO, 2004).

O Superior Tribunal de Justiça (HC 27684/AM. 6ª Turma. Relator Paulo Medina, julgado em 15/03/2007. DJ, 09/04/2007, p.267. Unanimidade) entende que:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SISTEMA ACUSATÓRIO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE.

O órgão acusador tem a obrigação jurídica de provar o alegado e não o réu demonstrar sua inocência. É característica inafastável do sistema processual penal acusatório o ônus da prova da acusação, sendo vedado, nessa linha de raciocínio, a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. Carece de fundamentação idônea a decisão condenatória que impõe ao acusado a prova de sua inocência, bem como ignora documento apresentado pela Defesa a teor dos artigos 231 e 400 do Código de Processo Penal. (BRASIL, 2007).

Com relação a essas consequências probatórias, e no que diz respeito à extensão do princípio da presunção de inocência, há duas noções, uma mais restrita e uma mais ampla. Aquela dirá que, como o réu mantém a condição de não culpabilidade até a decisão final, não é ele o responsável por provar sua inocência, pois essa já é a posição que ocupa nesse momento; mas ao contrário, impõe-se ao Ministério Público ou ao querelante, conforme seja a ação pública ou privada, o ônus de provar sua culpa. Já a interpretação mais ampla, e é esta que nos interessa, traduz outra consequência ao princípio, vai além da questão relativa à prova; assim, como o indivíduo não pode ser considerado culpado antes da decisão penal condenatória definitiva, qualquer prisão a qual ele for submetido antes dessa decisão definitiva não pode ter caráter punitivo; ou seja, a prisão preventiva não pode ser jamais aplicada quando tiver natureza de antecipação de pena, mas apenas quando sua finalidade for cautelar. (FERNANDES, 2007).

Conforme as palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, aceitar essa noção restrita do princípio ao ônus da prova “consistiria em reduzir a uma quase inócua explicação do *in dubio pro reo* na distribuição do ônus da prova”. (HC 80717-8/SP. Plenário. Relator Sepúlveda Pertence. Acórdão de: 13/06/2001. DJU 05.03.2004, p.15. Votos vencidos: Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão, Celso de

Mello e Marco Aurélio).

É certo, pois, que o princípio ultrapassa a esfera do ônus da prova atingindo efeitos também sobre as garantias da defesa e do tratamento devido ao acusado no correr do procedimento.

Corroborando esse raciocínio jurídico, Villela (2000) ensina que mesmo sendo evidentes as consequências da presunção de inocência no campo probatório, esse não é, de forma alguma, o único campo em que ela se manifesta; antes de tudo, o princípio traz em si maior peso de importância justamente na forma como impõe que seja tratado o acusado no curso do devido processo legal: para todos os efeitos, como um inocente.

2 PRISÃO PREVENTIVA

2.1 Fundamento Constitucional

O Estado Brasileiro, como Estado Democrático de Direito, assume diferentes papéis, por vezes, de difícil conciliação. A Constituição Federal de 1988 deixa claro em vários momentos seu compromisso em romper com as medidas autoritárias utilizadas no passado, que punham o acusado e sua liberdade em posição de desvantagem frente ao poder punitivo do Estado. Mas, por outro lado, a Constituição mantém no Estado a função de restabelecer a paz social sempre que esta se encontrar ameaçada diante do cometimento de um delito; mantendo seu direito de punir, a bem da defesa da sociedade.

Nos moldes do princípio da presunção de inocência, a liberdade do indivíduo não deveria ser tolhida antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Com esse preceito, a constituição proibiu que o acusado fosse tido por culpado antes da sentença definitiva. Dessa forma protege o bem mais precioso do ser humano, a sua liberdade.

Entretanto, na ânsia de proporcionar a paz, “previu e manteve as medidas cautelares de prisão, como o flagrante e a prisão preventiva, como não poderia deixar de fazer, porque são instrumentos indispensáveis à legítima defesa da sociedade.” (CARVALHO, 2004, p.152).

Direito à liberdade e defesa da sociedade, ambos preceitos estão instituídos na Constituição Federal. É preciso fazer uma interpretação sistemática dos princípios adotados pela Constituição, que claramente se preocupa com os direitos fundamentais do cidadão. A liberdade do indivíduo não pode mais ser repudiada arbitrariamente como se fazia no passado. Tendo em vista que a Constituição autoriza apenas dois fundamentos para a prisão: a pena, depois do trânsito em julgado; e a cautelaridade, antes que o tenha transcorrido; não será constitucionalmente admitida a prisão preventiva, se ela não resultar, no caso concreto, em uma medida cautelar que reúne todos os caracteres e fundamentos que lhe são próprios. (CARVALHO, 2004).

2.2 Prisão Cautelar

2.2.1 A tutela cautelar

Primeiramente, cumpre analisar as espécies de processos que servem a atividade jurisdicional. A saber, o processo de conhecimento, de execução, e cautelar. No processo de conhecimento, o Estado desenvolve atividade cognitiva, ele se inclina a descobrir a verdade real, a fim de descobrir a imputação jurídica que deve ser aplicada ao caso concreto. Já no processo de execução, o Estado-Juiz toma providências executivas para efetivar a sanção prevista no comando da sentença, atuando de maneira forçada e concreta.

Pode haver casos em que o processo de conhecimento e o de execução se encontrem em situação de urgência, pois padecem do *periculum in mora*, e, por isso, necessitam de uma atuação mais célere do Estado sob pena de não serem eficazes. Essa atuação mais rápida é obtida por meio de um processo cautelar, que servirá como um instrumento de tutela dos seus meios e fins, ou seja, a medida garante que os objetivos e resultados pretendidos naquele processo não se percam em virtude da demora na sua conclusão. (JARDIM, 2003).

Afrânio Silva Jardim (2003, p. 224) acrescenta:

Enquanto através do processo de conhecimento e de execução o Estado presta tutela imediata e satisfativa, no processo cautelar procura-se preservar situações, a fim de assegurar a eficácia das providências, quer cognitivas, quer executivas. Sua função é meramente instrumental em relação ao processo de conhecimento, ou de execução. [...] Vale dizer, visa tutelar os meios e os fins das outras espécies de processo.

Dentro dessa sistemática, o processo cautelar se coloca como um processo acessório, de modo que atende aos interesses do processo principal, e o único motivo para sua existência é proporcionar a efetividade daquele. O acessório permite que o principal se concretize sem que a demora da prestação jurisdicional se encarregue de prejudicá-lo. (MOREIRA, 1996).

Para José Frederico Marques (2003, p. 11), as providências

cautelares destinam-se a “[...] impedir que o desenrolar demorado do processo, com os trâmites do *iter* procedimental que a lei traça previamente, possa tornar inócua a prestação jurisdicional que as partes procuram conseguir.”

Conforme a necessidade da demanda, o processo cautelar pode surgir de forma preparatória, antes do processo principal, ou ainda incidentalmente, depois de ajuizada a ação principal e durante o desenvolvimento desta; em ambos os casos aparece como um processo autônomo. (THEODORO JÚNIOR, 2009).

Porém, a tomada de uma providência de natureza cautelar pode ocorrer ainda fora de sua sede própria, fora de um processo cautelar autônomo, antes, como simples incidente, dentro de um processo de conhecimento ou de execução. Ressalta-se nesse ponto, que o requerimento de prisão preventiva, não cria uma relação processual autônoma, mas se caracteriza por ser, de forma incidental, uma pretensão puramente cautelar. (JARDIM, 2003).

Nesse sentido, David Alves Moreira (1996, p. 59) lembra que:

Em matéria processual penal é freqüente a ocorrência de situações em que se faz necessária a utilização de medidas urgentes, quando, por exemplo, há o interesse de se garantir uma investigação adequada de um determinado fato ou mesmo de se garantir a execução de uma certa sanção penal, o que acaba por justificar a aplicação oportuna daquela medida de natureza cautelar.

E ainda, não é apenas diante de uma pretensão de natureza cautelar que está autorizado o Juiz a exercer essa atividade, ele pode recorrer a esse instrumento mesmo sem provocação das partes, utilizando-se do poder geral de cautela, que impõe ao juiz que pratique os atos necessários à proteção aos interesses da causa. (THEODORO JÚNIOR, 2009).

Contudo, a medida cautelar, seja em um processo autônomo, seja como uma medida incidental dentro de outro processo, somente será necessária quando as circunstâncias revelarem que o transcorrer de tempo representa perigo real para a concretização dos fins de um processo de conhecimento ou de execução. (THEODORO JÚNIOR, 2009).

No âmbito do direito processual penal também há que se falar em cautelaridade para garantia da efetividade de um processo principal. Fundamentando-se nas próprias normas de processo penal e ainda nas normas de ordem constitucional, obedecendo sempre aos pressupostos das medidas cautelares em geral. O *fumus boni juris* e o *periculum in mora* recebem forma especial, são denominados de *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*. (MACHADO, 2005).

No processo penal, em particular, essas medidas devem ser sempre revestidas de cuidado especial, e tomadas de forma ainda mais excepcional, isso porque o objeto da medida se refere à privação da liberdade do indivíduo, direito fundamental da pessoa humana, garantido constitucionalmente. (MOREIRA, 1996).

Em matéria penal, as medidas cautelares incidirão sobre a pessoa do acusado e seu patrimônio, mas principalmente, como já dissemos, sobre a liberdade do indivíduo, ou seja, sobre sua pessoa; e é exatamente por recair primordialmente sobre pessoas e não sobre coisas, como acontece frequentemente no campo cível, é que merece aqui maior atenção e cuidado, principalmente porque essas medidas que afetam a liberdade da pessoa humana se materializam através das denominadas prisões cautelares, ou prisões processuais. (MOREIRA, 1996).

Diz-se cautelar e processual porque essa prisão ocorre quando ainda não é findo o processo, não se fundamenta em decisão condenatória irrecorrível.

Antônio Alberto Machado (2005, p. 55) acrescenta:

As prisões provisórias são providências que se enquadram no gênero das medidas acautelatórias e, portanto, devem ser entendidas e sistematizadas no quadro teórico da ação, do processo e dos provimentos cautelares, tal como delineados pela teoria geral do processo, qual verdadeiros instrumentos de efetividade do processo principal. É bem por isso, por causa dessa incidentalidade das custódias provisórias e relação ao processo principal, que elas são também conhecidas como prisões processuais

A Constituição preceitua no se art. 5º, inciso LIV, “ninguém será

privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; e ainda, no inciso LVII, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Levando-se em conta a regra da liberdade do indivíduo, ninguém deveria ser preso sem a existência de sentença penal transitada em julgado; mas, em nome da tutela dos fins do processo, e conseqüentemente, da defesa da sociedade, a Constituição autorizou as prisões cautelares, obviamente que autorizou exclusivamente para fins cautelares, e esse é o ponto chave da discussão.

Ou seja, de uma interpretação constitucional do tema, resulta que essa modalidade excepcional de prisão jamais deve ser aplicada como pena; caso contrário, estaríamos diante de flagrante desobediência ao devido processo legal, uma vez que, no pé em que se encontra o processo, o Estado ainda não adquiriu o direito de exercer sua pretensão punitiva sobre o indivíduo.

Tendo em vista a especial peculiaridade que distingue as medidas cautelares de natureza cível daquelas utilizadas no processo penal, e considerando que a prisão cautelar é uma prisão sem pena, Tourinho filho (*apud* MOREIRA, 1996, p.63) acentua que essa modalidade de prisão “[...] nada mais é do que uma execução cautelar de natureza pessoal (em oposição à coerção processual de natureza real – como as buscas e apreensões, seqüestro, arresto, etc.) e que se justifica como medida imprescindível para assegurar o império da lei penal”.

Dentre as modalidades de prisão cautelar estão a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão resultante de pronúncia, a prisão temporária e a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível. Nosso objetivo não é entrar na esfera e particularidades de cada uma dessas medidas que materializam a prisão cautelar, antes, quer-se com esse estudo compreender a tutela cautelar em geral, para entender a natureza da prisão preventiva especialmente. (MOREIRA, 1996).

2.2.2 Características e pressupostos das medidas cautelares

Dentre as características que marcam e identificam as medidas cautelares, válidas também no processo penal, destacam-se a acessoriedade, a preventividade, a instrumentalidade e a provisoriedade. Vejamos.

a) Acessoriedade – as medidas cautelares, quer sejam materializadas em um processo autônomo, ou levadas a efeito dentro de outro processo de forma meramente incidental, estão sempre vinculadas ao resultado do processo principal. (MOREIRA, 1996).

b) Preventividade – como dito anteriormente, a efetividade do processo pode ser prejudicada em virtude da sua demora, nesse sentido, as medidas cautelares desempenham função de prevenção, quer dizer, evitam possíveis danos enquanto o processo não chega ao fim. (MOREIRA, 1996).

c) Instrumentalidade – essas medidas nada mais são que instrumentos que viabilizam a providência jurisdicional definitiva. A doutrina fala em instrumentalidade hipotética e qualificada. (MOREIRA, 1996).

Calamandrei (*apud*, MARQUES, 2003, p. 13) fala em “[...] instrumentalidade hipotética; e isso porque a concessão de medida cautelar sempre depende de ser provável a hipótese de dever conceder-se a providência definitiva que tal medida antecipadora procura assegurar.” Isso significa que a tutela cautelar incide independentemente de o seu beneficiário receber, ao final do processo principal, o provimento judicial do direito pretendido. (JARDIM, 2003).

Por outro lado, a medida cautelar pode revestir-se de instrumentalidade qualificada, ou de segundo grau; nesse caso, trata-se de tutela da própria norma jurídica.

Nas palavras de Marques (2003, p. 13):

Se a função jurisdicional tem por objetivo a aplicação dos mandamentos e normas da ordem jurídica, a medida cautelar, que

instrumentalmente a tutela, constitui meio predisposto e adequado para a melhor consecução da providência definitiva, sendo que esta, por seu turno, constitui também meio e modo para realização do Direito.

d) Provisoriedade – está relacionado à possibilidade de as medidas cautelares serem revogadas a qualquer tempo, e isso porque elas estão ligadas, de maneira instrumental, ao processo cuja eficácia visam garantir. Assim, quando emanada a providência jurisdicional protegida cautelarmente, cessados estarão os efeitos da cautela, não incidindo mais a medida; seja porque a decisão judicial proveu a pretensão tutelada, tornando definitiva a medida provisória, ou, porque a decisão foi de improcedência, revogando-a. (MARQUES, 2003).

Com relação à provisoriedade Antônio Alberto Machado (2005, p. 115) diz o seguinte:

Está absolutamente claro que essa prisão não é definitiva: eis então sua provisoriedade. Trata-se de prisão que deve perdurar somente durante a tramitação do processo principal, ou seja, até a sua solução final. A partir daí, se eventualmente condenado à pena de prisão, o réu estará sujeito ao encarceramento a novo título – agora por força da decisão condenatória definitiva e não mais em razão da prisão cautelar que era mesmo provisória.

Ainda no que diz respeito ao efeito provisório das medidas cautelares, destaca-se o entendimento de Moreira (1996, p. 61) com relação a coisa julgada material:

Essa característica está diretamente ligada ao fato de as medidas serem provisórias e não definitivas no processo cautelar, de forma que não podemos afirmar que a decisão nesses processos fazem coisa julgada material, já que poderão ser revogadas ou sofrer alterações.

Além dessas características, surgem também outros dois pressupostos fundamentais da medida cautelar. A doutrina diverge quanto a sua natureza jurídica: se condições específicas da ação cautelar, se pressupostos dessa ação ou ainda se mérito das medidas cautelares em geral.

Entretanto, como nos ensina Machado, seja qual for a natureza dos provimentos cautelares, eles sempre “[...] se destinam ao acautelamento de certas

situações jurídicas amparadas pelo direito (*fumus*) e que possam estar ameaçadas (*periculum*) pela demora do processo principal”.

Passemos a verificação do *periculum in mora* e do *fumus boni jures*:

a) o *periculum in mora* - esse pressuposto empresta caráter de urgência ao processo principal, nota-se que esse caráter é extremamente necessário para falar-se em cautelaridade. (MOREIRA, 1996).

O *periculum in mora* se refere à duração do processo, ou seja, ao perigo que sofre o processo na possibilidade de alteração da situação inicial decorrente da demora na prestação jurisdicional. Em outras palavras, somente será admissível a medida se houver uma ameaça concreta de dano em razão da inevitável demora na conclusão do processo. (MOREIRA, 1996).

Marques (2003, p. 13) afirma claramente:

Se a providência acauteladora não se torna imprescindível, porquanto os efeitos dilatórios do processo não colocam em perigo a proteção ao bem jurídico que nele se procura assegurar, não há o *periculum in mora* e a medida cautelar não deve ser concedida.

Desse modo, a concreta ameaça ou a possibilidade de perecimento do direito pretendido pelas partes, em razão da demora do processo principal, justifica a provisão cautelar, na medida em que essa demora cause ao direito material pretendido ameaça de dano irreparável. Esse perigo de dano, por ser uma circunstância fática, deve ser demonstrado, quando não de forma completa e perfeita, ao menos por indícios suficientes para a comprovação de sua ocorrência, prováveis consequências e danos decorrentes. (MACHADO, 2005).

b) o *fumus boni juris* – a pretensão tutelada pela medida de cautela deve ter grandes chances de ser acolhida em juízo no momento da conclusão do processo. Esse pressuposto diz respeito ao mérito da causa, é preciso que, conforme o estado do processo haja tal plausibilidade nas alegações que seja possível a realização de um juízo de probabilidade de ganho da causa. (MOREIRA, 1996).

Antônio Alberto Machado (2005, p.62) diz ainda que “esse requisito representa a existência plausível de um direito material em risco”. O direito material pretendido pelas partes no processo principal está ainda sendo questionado e discutido, por isso mesmo não é necessário que seja comprovado de forma cabal e definitiva para fins de concessão da tutela cautelar, antes, o que se impõe é que haja plausibilidade do direito alegado. Nas palavras de Machado (2005, p.62), o *fumus boni juris* é “[...] uma espécie de fundada expectativa sobre a procedência do direito material invocado no processo principal”.

2.3 Natureza cautelar da prisão preventiva

O sistema processual penal brasileiro adota em seu ordenamento o instituto da prisão preventiva como meio de acautelar o processo, garantindo sua efetividade.

A prisão preventiva se difere da prisão pena por ser uma prisão processual. A prisão processual serve apenas para assegurar a tramitação do processo para que posteriormente se aplique a pena definitiva. Não tem a intenção punitiva da prisão propriamente dita; aquela que decorre de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, e oriunda de um processo legal devidamente desenvolvido dentro de procedimentos pré-estabelecidos.

Conforme dito anteriormente, a prisão preventiva é uma das espécies de prisão cautelar, ou seja, trata-se de medida excepcional, pois a regra é que o indivíduo só seja preso após sentença penal irrecorrível. Na lição de Gomes Filho (1991, p.58):

As providências cautelares constituem os instrumentos através dos quais se obtém a antecipação dos efeitos de um futuro provimento definitivo, exatamente com o objetivo de assegurar os meios para que esse mesmo provimento definitivo possa vir a ser conseguido e, principalmente, possa ser eficaz.

E para ter natureza cautelar precisa estar fundamentada nos dois requisitos básicos para a concessão de qualquer medida cautelar: o *fumus boni iuris*, que é a fumaça do bom direito, e o *periculum in mora*, o perigo na demora. No direito

processual penal esses requisitos ganham novo nome: *fumus comissi delicti*, a fumaça do bom direito se concretiza no processo penal pela verificação da presença de elementos que indicam a existência do crime e indícios suficientes de autoria; e *periculum libertatis*, presente nas hipóteses legais para sua decretação, é o risco de que, em virtude da demora no julgamento, possa o acusado, solto, impedir a correta solução da causa ou a aplicação da sanção punitiva. (FERNANDES, 2007).

A prisão preventiva carrega todos os caracteres das medidas acautelatórias: a instrumentalidade, ou seja, a custódia preventiva do réu ou do indiciado serve como instrumento do processo principal, visando sua efetividade; a provisoriedade, não é prisão definitiva, deve perdurar apenas durante a tramitação do processo principal; a revogabilidade a qualquer tempo, desde que desaparecidos os motivos que ensejaram sua decretação; e ainda a facultatividade, pois será sempre uma possibilidade facultativa conferida ao juiz, que só poderá decretá-la se presentes as hipóteses previstas em lei, nunca uma medida compulsória. É por reunir esses caracteres que a prisão preventiva se qualifica como medida cautelar típica: preparatória e incidental. (MACHADO, 2005).

Com relação à natureza cautelar da prisão preventiva, Antônio Alberto Machado (2005, p. 117) diz ainda:

De tudo, pode-se observar que a prisão preventiva reúne mesmo os caracteres da instrumentalidade, da facultatividade, da provisoriedade e da revogabilidade, o que a qualifica como medida cautelar típica, ou a mais típica das nossas providências cautelares em matéria de prisão processual. Talvez a única prisão provisória que realmente exhibe os traços de medida cautelar preparatória e incidental.

O processualista, no exercício da sua atividade técnica, se depara com situações que lhe demandam fazer opções quanto ao seu modo de atuação e aos objetivos dessa atuação. Isso porque seu campo de trabalho é, sem dúvida, carregado de valores de sentido político. Ou seja, o processualista não está livre e imune das questões políticas e axiológicas existentes na técnica processual. É por isso que ele deve conhecer os aspectos históricos, políticos e dogmáticos que envolvem um instituto jurídico. Isso se aplica ao instituto da prisão preventiva, o processualista precisa conhecer sua forma de funcionamento, sua razão de ser,

para aplicar corretamente o instituto, dando-lhe interpretação conforme o valor político levado a efeito no momento do seu nascimento. A natureza da prisão preventiva é eminentemente cautelar. (MACHADO, 2005).

2.4 Pressupostos legais de aplicação da prisão preventiva

Por ser cabível apenas em casos de extrema necessidade, deve ser segregada a liberdade do indivíduo cautelarmente apenas nos casos permitidos legalmente. Existem, no sistema brasileiro, quatro hipóteses autorizadoras da prisão preventiva, enumeradas no artigo 312 do Código de Processo Penal (CPP), quais sejam: a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal, e a segurança da aplicação da lei penal. Sendo que a ausência de um desses pressupostos constitui impedimento para a decretação da prisão preventiva

Nos termos do art. 312 do CPP: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

Da leitura do artigo, nota-se que ao lado dos pressupostos fica estabelecido como requisito para decretação da prisão preventiva que haja concomitantemente, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. De modo que, mesmo se apurando, no caso concreto, a ocorrência de uma das quatro hipóteses autorizadoras, mas não havendo justa causa para a medida, seja porque não há prova da materialidade do crime, ou por não existirem indícios que demonstrem a autoria, proibida estará sua decretação.

Pela prova da existência do crime Basileu Garcia (*apud* MACHADO, 2005, p. 129) entende que: “pode-se não saber, com inteira segurança, se o indiciado é o autor, mas a demonstração de que existe um fato delituoso, perfeitamente enquadrável à lei penal, é indeclinável”. Ou seja, quanto à autoria basta que existam indícios, todavia, quanto à materialidade do crime, esta precisa estar cabalmente demonstrada.

Logo, para prender um indivíduo preventivamente é condição *sine qua non* que a ocorrência do crime esteja perfeitamente comprovada, bem como sua tipicidade; por outro lado, com relação à autoria basta que seja demonstrada probabilidade, mas não é suficiente a mera possibilidade fundada na simples suspeita baseada em meras presunções. (MACHADO, 2005).

Provada a existência do crime e no mínimo os indícios suficientes de autoria resta, para a decretação da prisão preventiva, que seja feito devido enquadramento em uma das hipóteses descritas no art. 312 do CPP:

a) Conveniência da instrução criminal – é a hipótese que melhor denota a natureza instrumental da prisão preventiva, está relacionada com a atividade probatória do processo, sua finalidade é dar efetividade ao devido processo legal. Como se sabe, o que orienta o processo penal é a busca pela verdade real, desta forma, se solto o réu colocar em risco o desenvolvimento da instrução criminal, criando abalos à busca da verdade; nesse caso, com vista à proteção do processo, admite-se a prisão cautelar do indivíduo até o momento do término da colheita de provas, garantindo a efetividade da instrução probatória. (NUCCI, 2008).

Ora, se o objetivo da restrição da liberdade é garantir a instrução probatória, é certo que, uma vez passado tal momento processual, cessada estará a autorização para manutenção da prisão do réu, devendo ele ser posto imediatamente em liberdade. Além disso, uma vez finda a instrução, somente será permitida a decretação da medida cautelar por outro motivo que não pela conveniência da instrução probatória, pois neste ponto do processo ela já está perfeitamente preservada. (MACHADO, 2005).

São exemplos de situações que o réu põe em risco a busca pela verdade real, e, portanto, autorizam a prisão preventiva para a conveniência da instrução criminal: “a destruição intencional de vestígios, ocultação de objetos e produtos do crime, ameaças e outras formas de pressão sobre o ânimo das testemunhas do fato, vítimas etc.”. (MACHADO, 2005, p. 149).

Há ainda necessidade de garantir a instrução pelo fato de o acusado ser utilizado como prova no processo por meio do seu interrogatório. Contudo, mesmo que intimado o réu, a simples recusa a comparecer em juízo, ou a mudança de domicílio sem dar ciência ao juízo não permitem por si só a decretação da prisão preventiva. Hélio Tornaghi afirma que “o simples comodismo presente na facilidade de ter o acusado sempre a mão não justifica a custódia cautelar”. (*apud*, MACHADO, 2005, p. 150).

Em todo caso, a conveniência da instrução só será motivo para prisão cautelar se a prova a ser colhida for de extrema importância, e não puder ser obtida por outro meio que não demande a prisão do acusado. Além disso, a demora dos procedimentos decorrentes da ausência de celeridade por parte dos órgãos estatais não é motivo idôneo a justificar a medida; antes, é a liberdade do indivíduo que tem que oferecer ameaça concreta à busca pela verdade real. (MACHADO, 2005).

b) Garantia de aplicação da lei penal – segundo Basileu Garcia “se, por um lado, a conveniência da instrução criminal é o motivo que melhor denota a natureza instrumental da prisão preventiva; por outro, o interesse em assegurar a efetiva aplicação da lei penal é o mais relevante de todos”. (*apud* MACHADO, 2005, p. 152).

A finalidade útil do processo penal é possibilitar que o Estado exerça direito de punir o condenado por um dado crime, restabelecendo o equilíbrio social abalado pela prática delituosa. Se o réu mostra intenção de se furtar da aplicação da lei penal, impedindo o exercício do direito de punir, necessária será a intervenção cautelar para garantir que sobrevindo decisão condenatória, esta seja efetivada pela devida punição que merece aquele considerado autor de infração penal. (NUCCI, 2008).

Importante destacar que a prisão para essa finalidade só será plausível se houver probabilidade de o resultado da ação penal ser condenatório, além disso, a pena a ser imposta no caso concreto, caso sobrevenha a provável condenação, há de ser a pena privativa de liberdade. (MACHADO, 2005).

c) Garantia da ordem econômica – essa hipótese foi acrescentada ao art. 312 do Código de Processo Penal pela Lei nº 8.884, de 11 de julho de 1994 (Lei Antitruste), na tentativa de combater os crimes econômicos e financeiros, os chamados “crimes de colarinho branco”. Diferentemente dos crimes contra o patrimônio como o furto e o roubo praticado por pessoas pobres pertencentes às classes mais baixas da sociedade, tais crimes ultrapassam a esfera privada da vítima, antes lesam o interesse público, atingindo um número indeterminado de pessoas. (MACHADO, 2005).

Esses crimes são praticados por meio de mecanismos complexos e sofisticados que torna imperceptível a ação criminoso. Além disso, existe outro fator determinante na manutenção do sigilo e, conseqüentemente, da impunidade nos crimes de colarinho branco; seus agentes são pessoas além de qualquer suspeita, respeitadas e reconhecidas socialmente, alguns são até mesmo autoridades que ocupam importantes cargos públicos. Devido a sua posição social, os agentes dificilmente são submetidos à investigação criminal. O poder e a posição que ocupam proporcionam ainda a utilização do suborno e da corrupção para consumação do crime. E mais do que isso, eles “dispõem de meios e recursos materiais para embaraçar a colheita de prova, para ameaçar testemunhas, peritos e funcionários; para se evadirem do distrito de culpa e até mesmo para deixar impunemente o país etc.”, prejudicando a instrução criminal e frustrando a aplicação da lei penal. (MACHADO, 2005, p. 156 e 157).

Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 607) considera a necessidade de acabar ou reduzir a impunidade existente nos crimes financeiros e econômicos para justificar a prisão preventiva para a garantia da ordem econômica, mantendo incólume a credibilidade da Justiça, vejamos:

A garantia da ordem econômica é uma espécie do gênero anterior (garantia da ordem pública). Nesse caso, visa-se, com a decretação da prisão preventiva, impedir que o agente, causador de seriíssimo abalo à situação econômico-financeira de uma instituição financeira ou mesmo de órgão do Estado, permaneçam em liberdade, demonstrando à sociedade a impunidade reinante nessa área. [...] Não é possível permitir a liberdade de quem retirou e desviou enorme quantia dos cofres públicos, para a satisfação de suas necessidades pessoais, em detrimento de muitos, pois o abalo à credibilidade da Justiça é evidente.

Por outro lado existe na doutrina autores que não aceitam a ameaça a ordem econômica como hipótese idônea a decretação da prisão preventiva. Por exemplo; Vicente Greco Filho entende que essa hipótese já está compreendida dentro do conceito de garantia da ordem pública, Fernando da Costa Tourinho Filho, por sua vez, diz que a custódia cautelar não é o meio correto para combater os abusos financeiros, o melhor seria adotar medidas de segurança. (*apud* MACHADO, 2005).

Em todo caso, prefere-se a posição de Antônio Alberto Machado (2005): o importante é entender que a prisão preventiva tanto para a garantia da ordem econômica, como para as demais hipóteses, como medida cautelar que é, tem caráter instrumental e acessório. Ou seja, só pode ser utilizado como meio de se garantir a efetividade do processo principal, e não para servir de instrumento de punição exemplar ou em atendimento ao clamor social.

d) Garantia da ordem pública – dedicaremos o tópico seguinte para abordagem dessa hipótese com especial atenção.

2.5 Compatibilização da prisão preventiva com o princípio da presunção de inocência: o problema da decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública

Existem dois direitos em tensão. De um lado o direito do acusado de não ser considerado culpado antes de prolatada, em seu desfavor, sentença penal condenatória transitada em julgado; e do outro, o direito da sociedade de ver restabelecida a paz social através de um processo cujo fim possa ser resguardado quando ameaçado pelas circunstâncias do tempo.

Ora, o princípio da presunção de inocência trata-se de uma diretriz do processo penal que concretiza a ponderação dos bens jurídicos segurança social e direito à liberdade.

Ante o exposto, resta que a prisão preventiva somente será admitida constitucionalmente quando aplicada da forma pensada pela constituição, qual seja,

como uma medida cautelar, sem qualquer intenção antecipatória de pena; e respaldada sempre nas hipóteses autorizadoras do art. 312 e 313 do CPP.

Nesse sentido, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (HC 79750/RJ. 2ª Turma. Relator Marco Aurélio. Acórdão de: 14/12/1999. DJ 12/04/2002, p. 53. Unanimidade):

[...] PRISÃO PREVENTIVA - EXCEPCIONALIDADE. A prisão preventiva, porque conflita com a garantia constitucional da não-culpabilidade, exsurge como exceção, somente podendo ser implementada em situações extremas, atentando-se para os requisitos legais próprios - artigos 5º, inciso LVII, da Constituição Federal e 312 e 313 do Código de Processo Penal. PRISÃO PREVENTIVA - FORMALIZAÇÃO DO ATO. A prisão preventiva decorre de ato com inegável conteúdo decisório, devendo, por isso mesmo, e ante a excepcionalidade da qual é revestida, vir ao mundo jurídico devidamente fundamentada - artigos 5º, inciso LVII, e 93, inciso IX, da Constituição Federal e artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal. (BRASIL, 1999).

Ocorre que a hipótese de decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública, prevista no art. 312 do CPP, tem causado tumulto na ordem constitucional, pois ao aplicá-la no caso concreto, os tribunais, passando por cima da presunção de inocência, maculam a liberdade do indivíduo sem nenhuma pretensão cautelar.

Pode-se dizer que a origem do problema reside no fato de o Código de Processo Penal não ter dado um conceito para o que seja afinal a ordem pública, dando margem para as mais diversas interpretações, não havendo consenso doutrinário ou jurisprudencial sobre o conceito e tampouco sobre sua natureza cautelar.

Argumenta-se que a garantia na ordem pública tem amplitude maior que simplesmente acautelar o processo, pois ela teria a finalidade de proteger também a normalidade da vida social, o respeito às instituições e às leis, sendo a conveniência da medida regulada pela sensibilidade do magistrado no caso concreto.

Apesar de admitir a insegurança do termo vago, Nucci (2008, p. 605)

entende pela relevância da prisão para garantia da ordem pública para atendimento de outro fim que não o inerente às medidas cautelares:

A garantia da ordem pública é a hipótese de interpretação mais ampla e insegura na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática 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.

Todavia, Maria Lúcia Karam (1993) afirma que a prisão preventiva é prisão processual e esta se destina apenas à tutelar os meios e fins do processo penal de conhecimento, pois que, ocorrendo normalmente a instrução probatória, eficaz será a decisão que será prolatada ao fim. Como medida cautelar que é, deve estar sempre fundamentada no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*; a prisão preventiva deve estar sempre associada à palavra "necessidade", mas necessidade essa vinculada ao processo somente.

E ainda Antônio Magalhães Gomes Filho (1991) acentua a inexistência da cautelaridade da prisão para garantia da ordem pública, uma vez aplicada como "medida de defesa social". E esse fundamento caracteriza a prisão processual como antecipadora da punição, atribuindo ao processo a função de apenas formalizar uma decisão que já foi tomada *a priori*.

No mesmo sentido é a posição de Antônio Alberto Machado (2005, p. 141): "o objetivo da prisão preventiva não é realizar a prevenção geral ou especial da violência ou criminalidade. Este último objetivo, na verdade, é uma das finalidades do processo principal".

Sendo assim, verifica-se que a garantia da ordem pública só pode conviver com a norma do art. 5º, LVII da Constituição Federal estiver livre de intenção punitiva. Para a ordem pública ser compatível com a Constituição ela tem que ser interpretada conforme o molde do art. 312 do Código de Processo Penal, precisa estar bem ajustada na premissa de cautelaridade do processo.

2.6 Lei 12.403/2011

A lei 12.403 de 4 de maio de 2011 regulamentou a utilização de medidas cautelares no processo penal, alterando dispositivos do Código de Processo Penal relativos a tais medidas. Aqui nos interessa apenas tecer breves comentários no que diz respeito às alterações gerais sobre as medidas cautelares como um todo, e mais especificadamente, sobre as prisões preventivas.

Esta Lei trouxe resposta a um grave problema da justiça criminal brasileira. Hoje, faz parte da cultura da política criminal brasileira a aplicação de penas alternativas à prisão; todavia, o mesmo não ocorre com as medidas que antecedem a condenação, gerando aí uma distorção, já que parte considerável dos presos provisórios recebem, ao cabo do processo, uma pena alternativa. Por exemplo, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional em dezembro de 2010 havia cerca de 31.934 pessoas presas preventivamente no Brasil pelo cometimento de furto simples. Ora, não há lógica para tais prisões, pois a pena máxima para o furto simples é de 4 anos, o que possibilita a substituição da pena de prisão por uma restritiva de direitos. (Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2011).

A nova lei corrige essa distorção, ela traz um rol de medidas cautelares alternativas à prisão, regulamentando-as de forma detalhada. Além disso, impõe no § 6º do art. 282 que a prisão preventiva seja sempre a última opção cautelar a ser adotada, reconhecendo seu caráter subsidiário. Assim sendo, o juiz só poderá recorrer à prisão preventiva caso nenhuma outra medida seja adequada e suficiente para garantir a eficácia do processo, ou ainda no caso de o acusado não cumprir as medidas cautelares impostas. Outra providência da lei é a permissão de prisão preventiva apenas para os crimes cuja pena máxima cominada seja superior a 4 anos, reconhecendo-se, definitivamente, que os casos em que o legislador optou por afastar a pena de prisão não devem receber prisão como medida cautelar, sob pena de produzir justamente os efeitos negativos que se quer evitar. (Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2011).

Assim, a regra é procurar em primeiro lugar a medida que menos interfira nos direitos fundamentais do indivíduo, após essa tentativa, se restar demonstrada a necessidade da imposição de medida mais grave, o juiz poderá fazê-lo. Tem ainda liberdade para substituí-las ou revogá-las quando verificar a falta de motivo para que subsistam, ou ainda aplicá-las novamente, isolada ou cumulativamente, se sobrevier razão que às justifiquem (art. 282, §§ 1º e 5º). Diante disso conclui-se que a nova lei trouxe para a noção de medidas cautelares a cláusula *rebus sic stantibus*, pois estão sob condição das circunstâncias que foram impostas, é o que Sannini Neto chama de “fungibilidade das medidas cautelares”. (SANNINI NETO, 2011).

A essas medidas cautelares diferentes da prisão a nova lei, mais especificadamente em seu Capítulo V, dá o nome de “outras medidas cautelares”, e estão previstas no art. 319, quais sejam:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX - monitoração eletrônica.

Em todo caso, seja uma medida cautelar alternativa à prisão, ou mesmo uma prisão cautelar, o § 1º do art. 283 proíbe a aplicação de qualquer

medida cautelar à infração a que não seja isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

À luz da lei 12.403/2011, e conforme a interpretação de Francisco Sannini Neto (2011) a prisão preventiva poderá ser decretada em três casos:

a) de forma autônoma e independente, em qualquer fase da instrução criminal, conforme o disposto no art. 311 da lei, desde que observadas as regras do art. 311, 312 e 313 do CPP;

b) de maneira subsidiária, prevista no art. 282 § 4º, em substituição das medidas cautelares anteriormente impostas e descumpridas, desde que presente um dos fundamentos do art. 312 do CPP;

c) e ainda como conversão do flagrante quando o juiz entender insuficiente ou inadequada a adoção de outras medidas cautelares, com fulcro no artigo 310, II do CPP. E nesse ponto destaca-se outra importante inovação, o flagrante passa a ser colocado como medida pré-cautelares, preparatória da prisão preventiva, não há mais pois a possibilidade de “prender por si só”.

Outra mudança significativa quanto à prisão preventiva foi no art. 313 do CPP que passou a ter a seguinte redação:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (revogado).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Dessa forma, pode-se concluir que em regra não haverá mais a possibilidade de decretação de prisão preventiva para crimes culposos e contravenções. E ainda no caso de crimes dolosos cuja pena máxima cominada for igual ou inferior a 4 anos, só será possível a adoção da medida se o acusado for reincidente em crime doloso e se presente uma das hipóteses do art. 312 do CPP. E agora a prisão preventiva poderá ser decretada para os crimes que envolvem violência doméstica não só contra a mulher, mas também contra a criança, o adolescente, o idoso, o enfermo e os deficientes. Por fim, outra novidade é que o civilmente não identificado também poderá ser preso preventivamente até sua identificação, desde que se trate de crime doloso. (SANNINI NETO, 2011).

Com relação às medidas cautelares em geral, a Lei 12.403/2011 dispõe ainda que quaisquer dessas medidas devam se orientar pelos critérios da necessidade e da adequação, trazendo de forma expressa o princípio da proporcionalidade para as medidas cautelares do processo penal. (MAYA, 2011).

O art. 282 diz que as medidas cautelares deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; e ainda, II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Por necessidade entende-se que a finalidade da aplicação da medida cautelar tem que ser uma dessas concebidas no art. 282, inciso I. As duas primeiras finalidades já eram ordinariamente conhecidas, por serem hipóteses que autorizam a decretação da prisão preventiva. Contudo a aplicação de medida provisória, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais é novidade. (MAYA, 2011).

Quanto a essa inovação, é importante considerarmos a exposição de André Machado Maya (2011):

A prisão para evitar a reiteração delituosa, na prática, vinha sendo decretada sob o argumento da garantia da ordem pública, sem nunca ser admitida explicitamente. O detalhe, importantíssimo, que não

pode passar despercebido, é que essa finalidade é apenas legítima **“nos casos expressamente previstos”**. Mas, que casos são esses? Estão no artigo 319, que dispõe sobre as “outras medidas cautelares”, mais precisamente nos incisos II, III, VI e VII. Havendo risco de reiteração delituosa e consideradas as circunstâncias do fato, pode o juiz proibir o acesso do suspeito/réu a determinados lugares, o contato dele com pessoa determinada, pode determinar a suspensão de atividades ou de função pública, e, ainda, a internação provisória, quando inimputável ou semi-imputável. Em todos esses casos, a necessidade e a adequação da medida alternativa à prisão deve ser verificada de acordo com as circunstâncias do caso concreto, e não decorrer do exercício da futurologia, tão apreciado por alguns juízes. Ah, claro, todas essas medidas são alternativas à prisão e, porque no artigo 312 não há hipótese de prisão para evitar a reiteração delituosa, a conclusão lógica é de que **segue não sendo possível decretar a prisão preventiva com essa finalidade**.

O outro requisito imposto pela nova lei é a adequação, ou seja, a medida cautelar atribuída no caso concreto deve ser adequada à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado. Tais indicativos já eram comumente utilizados pelos tribunais para legitimar a prisão preventiva para garantia da ordem pública, o que já gerava um grande impasse, pois esbarra no postulado da presunção de inocência e na finalidade instrumental da medida cautelar. Agora a lei expande esse exame, realizado ordinariamente pela jurisprudência para fundamentar a necessidade de garantir a ordem pública, para todas as medidas cautelares. (MAYA, 2011).

Enfim, a crítica que se faz a esses novos critérios de aplicação das medidas cautelares é que são categorias de fácil manipulação autoritária. Por meio da análise da necessidade insere-se a suposição de reiteração criminosa como critério para a decretação da prisão, o que abre brecha para o exercício de uma “futuresologia perigosista”. Já a adequação fez constar as condições pessoais do indiciado ou acusado, reforçando um direito penal do autor, seletivo e estigmatizante. (PRADO; MECHIOR, 2011).

Para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2011) a Lei 12.403 representa mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro. Contudo, sua posição é de que a pretensão da lei “tende a não vingar”, não por ser ela ruim em si mesma, antes, por causa da coexistência de uma mentalidade que insiste em se apegar ao sistema inquisitório. Em nome desse senso comum teórico, juízes,

revestidos de justiceiros, têm usado, sem nenhum pudor, a prisão processual como uma verdadeira forma de antecipação de pena. A mudança efetiva, segundo Jacinto, não virá com reformas parciais, mas apenas com uma reforma global do Código de Processo Penal, totalmente estruturado no sistema acusatório, formando, de uma vez por todas, uma cultura democrática do processo penal. É o que Aury Lopes Junior (2011) chama de rompimento da cultura inquisitorial-encarcerizadora dominante.

No que diz respeito a essa tendência da lei a não vingar, afirma Aury Lopes Junior (2011, p.6):

Se não houver uma mudança na mentalidade dos atores judiciários, não haverá qualquer evolução democrática, e mudaremos tudo para que a situação continue como sempre esteve. Ou fique ainda pior. Vislumbramos, desde já, um novo risco: a degeneração e a banalização das medidas cautelares diversas. Pensamos nessas medidas como alternativas à prisão, mas elas podem ser banalizadas e representar uma imensa expansão do controle penal.

É preciso chamar atenção ao delicado momento legislativo em que se encontra o processo penal brasileiro. Está em tramitação na Câmara dos Deputados o PLS 156/09 que cria um novo Código de Processo Penal, elaborado pós-Constituição de 1988 e com raiz definitivamente acusatória. Entretanto, ao invés de concluir sua votação, preferiu-se realizar mais uma reforma parcial por meio da Lei 12.403 (PL 4208/01). Essa interrupção não tem cunho jurídico, mas político, pois muitos são os pontos de tensão no PLS 156/09, uma vez que há intensa disputa por mais espaços de poder por parte daqueles que desejam efetivar seu “(nada democrático) discurso punitivista”. (LOPES JUNIOR, 2011).

Uma das críticas apontadas por Aury Lopes Junior (2011) à forma como foi aprovada a lei, é exatamente o fato de tal reforma sequer ter aproveitado o trabalho desenvolvido no PLS 156/09, antes optou por levar a efeito o texto de 2001 elaborado pela PL 4208. Pior ainda é que esse texto foi modificado, mantendo, por exemplo, a prisão preventiva para a garantia da ordem pública e da ordem econômica, que não estava no texto originário da PL 4208/01.

O problema das reformas pontuais ao Código de Processo Penal é que elas o transformam em uma “colcha de retalhos”, perdendo sua consistência e coerência sistêmica. (LOPES JUNIOR, 2011).

3 PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Conforme já explanado acima, não existe um conceito do que seja a ordem pública, pois, o legislador, ao prever tal hipótese de decretação de prisão preventiva, não deixou claro o que se pretendia garantir.

Logo, fica a cargo dos aplicadores da lei fazer a interpretação da norma diante do caso concreto. E nesse sentido, observa-se que efetivamente surge na jurisprudência dos tribunais diversos conceitos e entendimentos do que seja, afinal, a ordem pública.

Tais conceitos têm sido aplicados rotineiramente na prática dos tribunais, contudo, é preciso ponderá-los à luz do princípio constitucional da presunção de inocência e diante das premissas de medida cautelar para que sejam legítimos à fundamentação de decretação da prisão preventiva.

Nosso objetivo é mostrar o que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios tem entendido por garantia da ordem pública, além de verificar como se posiciona o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal com relação a esse tema.

3.1 Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Nos precedentes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios existe uma vasta jurisprudência que aplica a prisão preventiva para a garantia da ordem pública sob vários argumentos. A grande massa das decisões é obtida por unanimidade, tanto na primeira quanto na segunda Turma.

Na análise dos precedentes do TJDF/DT percebe-se a aplicação da prisão preventiva com finalidade diversa da cautela processual, argumenta-se a necessidade da segregação cautelar também para acautelar o meio social diante da gravidade do crime praticado, não se limitando a prevenir a reprodução dos fatos criminosos. Assim, demonstrados os indícios de autoria e provada a materialidade

do crime não há óbice a prisão, nem afronta a presunção de inocência quando o crime for grave. (HC 62742. Relator Luciano Moreira Vasconcellos. 2ª Turma Criminal, julgado em 05/05/2011. DJ 13/05/2011, p.181).

Há no tribunal solidificada corrente que entende pela aplicabilidade da prisão para garantia da ordem pública quando existirem ações penais em curso e inquéritos policiais contra o réu. “Tais circunstâncias revelam que o acusado se encontra em uma verdadeira escalada criminosa, além de evidenciar desdém e despreço com ação da justiça e com os limites legais a que está obrigado a observar”. Essa interpretação pretende coibir a reiteração criminosa, afinal, deixá-lo em liberdade significa por ainda mais em risco a ordem pública, pondo a salvo a tranquilidade social e a paz pública. (HC 89184. Relator César Loyola. 1ª Turma Criminal, julgado em 02/06/2011. DJ 14/06/2011, p.127).

Ocorre que, se mesmo após sofrer várias reprimendas por parte do Estado, o sujeito continua a cometer crimes, fica demonstrada sua inclinação para o crime. Portanto, a multi-reincidência (reincidência por duas ou mais vezes) e em especial a multi-reincidência específica no mesmo crime, é elemento concreto e suficiente para a presunção de que voltará a delinquir caso posto em liberdade, abalando a ordem pública. (HC 51908. Relator João Timóteo de Oliveira. 2ª Turma Criminal, julgado em 14/04/2011. DJ 25/04/2011, p.117).

Nesse sentido se posicionou de forma unânime o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios no julgamento do HC 89184 (Relator César Loyola. 1ª Turma Criminal, julgado em 02/06/2011. DJ 14/06/2011, p.127):

AÇÃO PENAL EM CURSO E INQUÉRITO. PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.

A presunção de inocência não impede que se considere a existência de ações penais e inquéritos em curso para fins de se avaliar a necessidade da prisão cautelar para garantia da ordem pública.

No caso concreto, a existência de duas ações penais e um inquérito policial, por fatos cometidos no período de um ano, aliado à circunstância de que um dos crimes foi perpetrado logo após o paciente obter liberdade provisória num dos processos, em relação ao qual, inclusive, tornou-se revel, autoriza a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública, interrompendo, assim, a escalada criminosa em que se encontra o paciente. (BRASIL, 2011).

Dessa forma, para o tribunal, a prisão cautelar é imprescindível para garantia da ordem pública, porquanto evita que esta venha a ser ameaçada pela prática de novos delitos pelo agente.

Tanto a gravidade do crime quanto a reiteração criminosa conduzem a jurisprudência a fazer análise da dita periculosidade do agente a fim de, sob esse argumento, decretar a prisão com vistas à necessidade de resguardar a ordem pública, que se encontra à mercê de um sujeito perigoso.

Exemplo dessa hipótese é o HC 89609 (2ª Turma Criminal. Relatora Leila Arlanch, julgado em 02/06/2011. DJ 10/06/2011, p.242). No caso em tela, o paciente e mais três comparsas invadiram uma loja comercial e ameaçaram funcionários e clientes do estabelecimento, com arma de fogo, tomando-os como reféns quando a polícia chegou ao local. O *modus operandi* em que o crime foi praticado revela para a corte, a ousadia, o despojamento de valores básicos sociais e morais e a periculosidade do paciente, razão pela qual entende ser medida imperativa a manutenção da prisão cautelar, objetivando-se assegurar a ordem pública.

Ainda, no julgamento do HC 19968 (2ª Turma Criminal. Relator João Timóteo de Oliveira, julgado em 24/02/2011. DJ 11/03/2011, p.159), o voto do relator é no sentido de que a constrição cautelar é medida excepcional, e somente pode ser mantida se demonstrado algum dos requisitos do artigo 312 e 313 do CPP, mediante motivação elaborada com elementos do caso concreto. Ele ainda afirma que “a necessidade das prisões cautelares justifica-se pela gravidade do crime e pelas circunstâncias relacionadas com a conduta delituosa, aliadas às condições pessoais de quem a praticou”.

E mais uma vez, o tribunal consolida seu entendimento através do HC 77085 (1ª Turma Criminal. Relatora Sandra de Santis, julgado em 02/06/2011. DJ 09/06/2011, p.260). Resta pacificado que, a segregação pela necessidade de assegurar a ordem pública “não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão”. Aqui, além dos elementos

anteriormente expostos, acrescenta-se a hipótese de prisão preventiva a bem da credibilidade da justiça.

Na mesma direção dessa decisão encontra-se o acórdão do HC 45889 (2ª Turma Criminal. Relator Luciano Moreira Vasconcellos, julgado em 14/04/2011. DJ 25/04/2011, p.115). Este caso específico diz respeito a paciente, primário e com residência fixa, investigado pela prática de tráfico de drogas, conduta descrita no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06. O *periculum libertatis* restou configurado no entendimento da turma criminal, pois o “decreto de prisão preventiva se torna necessário diante da exigência de uma resposta estatal e eficaz para o combate de um crime que tem trazido consequências danosas à sociedade”.

Dessa forma, a prisão preventiva se veste de uma utilidade repressiva, na medida em que visa combater o crime, e protetiva, pois quer impedir que a sociedade seja novamente vítima do dano causado pelo crime. Em outras palavras, se é preciso impedir a criminalidade, a prisão cautelar é a medida certa e eficaz para fazê-lo.

É importante ressaltar que o fato de o acusado ou investigado ser primário e ter residência fixa não tem sido óbice para a aplicação da medida pelo TJDF (HC 21007. 1ª Turma Criminal. Relatora Sandra de Santis, publicado em 17/03/2011. DJ 23/03/2011, p.160), vejamos:

HABEAS CORPUS – PRISÃO PREVENTIVA – PERICULOSIDADE DO AGENTE – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – DENEGAÇÃO.
[...] A primariedade, os bons antecedentes e a residência fixa não são obstáculos para a manutenção da constrição, quando as circunstâncias em que o ilícito foi cometido e a periculosidade do agente deixam clara a necessidade de segregação social. (BRASIL, 2011).

Como deixa claro o julgado acima, o tribunal não limita a prisão preventiva aos liames da segregação cautelar, antes, defende veementemente a segregação social em nome da ordem pública; afinal, a liberdade individual do cidadão não pode se sobrepor à paz social.

Decisão mais recente da corte, e em especial porque proferida

depois de já estar em vigor a Lei 12.403/11, aplica a prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública (HC 145322. 1ª Turma Criminal. Relator Mário Machado, julgado em 25/08/2011. DJ 02/09/2011, p.170):

PERICULOSIDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.
DENEGAÇÃO DA ORDEM.

Trata-se de porte de arma de fogo de uso permitido e porte de arma de fogo com a numeração raspada, crimes de perigo, cometidos sem violência ou grave ameaça. Contudo, o paciente mostrou completo desprezo pelas leis e pela Justiça, pois, apesar de ostentar uma condenação por porte de arma, um registro por tentativa de homicídio e outro por furto qualificado, cometeu a conduta em pauta, demonstrando sua periculosidade.

A reiteração da prática delitativa evidência a necessidade de se resguardar a ordem pública.

Construção fundada nos arts. 312 e 313 do CPP. Inadequação de qualquer das medidas cautelares diversas da prisão, previstas do artigo 319 do Código de Processo Penal. (BRASIL, 2011).

Essa decisão chama a atenção porque retrata exatamente a situação prevista por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2011) e Aury Lopes Junior (2011): a pretensão na nova lei é boa, mas tende a falhar, pois enquanto prevalecer o sensu comum teórico enraizado nos ditames de um direito processual penal inquisitorial, não haverá a mudança efetiva que se espera (*vide* tópico: 2.5. Lei 12.403/2011, capítulo 2).

Ora, aliando-se à tese da reiteração criminosa, a turma entendeu por bem manter o paciente segregado do convívio social, uma vez que em liberdade, poderia causar danos e intranquilidade à ordem pública. É importante lembrar que com o implemento da Lei 12.403 a prisão preventiva se tornou medida subsidiária. Todavia, o acórdão não fundamenta a não aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão previstas pela reforma, antes apenas afirma categoricamente: “não se revela adequada qualquer das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal”.

Outra decisão recente do TJDF, posterior a Lei 12.403, aplicou a prisão preventiva mesmo sendo o crime apenado com pena privativa de liberdade máxima não superior a 4 anos. Em nome da reiteração criminosa a decisão negou vigência ao artigo 113, I, do CPP, alterado pela Lei 12.403. Vejamos o HC 143495

(2ª Turma Criminal. Relator Roberval Casemiro Belinati, julgado em 18/08/2011. DJ 30/08/2011, p.225):

HABEAS CORPUS. CRIME DE RECEPÇÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA. REITERAÇÃO CRIMINOSA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.

[...]Deve ser mantida a decisão que converteu a prisão em flagrante do paciente em prisão preventiva, diante do cabimento da prisão, pois, embora a pena máxima abstrata cominada ao crime de receptação não seja superior a quatro anos, o paciente é reincidente em crime doloso. Ademais, estão presentes indícios de autoria e prova da materialidade do crime de receptação, bem como requisito de garantia da ordem pública, diante da reiteração do paciente na prática de crimes contra o patrimônio, que ostenta duas condenações transitadas em julgado pelos crimes de furto e de furto qualificado, além de uma condenação não definitiva pelo crime de receptação. (BRASIL, 2011).

Por fim, o HC 135033 (2ª Turma Criminal. Relator Roberval Casemiro Belinati, julgado em 18/08/2011. DJ 30/08/2011, p.222) ilustra bem o entendimento do tribunal no que diz respeito à necessidade de decretação de prisão para a garantia da ordem pública *versus* a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, segue trecho do acórdão:

[...] O paciente responde a uma ação penal no Estado da Bahia pela prática, em tese, de crime de furto (fls. 31/32), evidenciando, assim, sua tendência ao cometimento de crimes patrimoniais e a reiteração criminosa, a também justificar a necessidade e a adequação da medida constritiva excepcional.

[...] Assim, não constato o flagrante constrangimento ilegal a que estaria submetido o paciente, devendo ser mantida a prisão cautelar do paciente, em razão da configuração do requisito de garantia da ordem pública, pressuposto este que não se satisfaz com as medidas cautelares diversas da prisão introduzidas pela Lei nº 12.403/2011, porquanto somente cabíveis para assegurar a aplicação da lei penal e conveniência da investigação ou instrução criminal, a teor do artigo 282, inciso I, do Código de Processo Penal. (BRASIL, 2011).

O art 282, I, do CPP diz que as medidas cautelares deverão ser aplicadas observando-se a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais. Assim, com fundamento no critério da necessidade, infere-se do julgado acima que o tribunal se posiciona no sentido de que sendo hipótese de garantia da ordem pública, deve-se desde logo afastar a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão.

Como dito anteriormente (*vide* tópico: 2.5. Lei 12.403/2011, capítulo 2), a necessidade é um critério de fácil manipulação autoritária, de forma que, por meio da análise da necessidade insere-se a suposição de reiteração criminosa como critério para a decretação da prisão, o que abre brecha para o exercício de uma “futurologia perigosista”. (PRADO; MECHIOR, 2011).

3.2 Superior Tribunal de Justiça

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça traz um critério específico quanto à aplicação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. Na verdade, o tribunal passa na peneira quaisquer fundamentos que queiram decretar ou manter a segregação cautelar em nome da ordem pública. Entende-se que o juízo sobre a gravidade genérica do crime, a existência de prova da materialidade do crime e de indícios da autoria, a periculosidade do agente, dentre outros juízos de valor, só são motivações idôneas a autorizar a prisão preventiva se vinculados a fatores concretos.

Conforme julgado da 5ª Turma, a prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, caso contrário, funcionará como mecanismo de antecipação da pena. Dessa forma, o julgador deve interpretar restritivamente os pressupostos do art. 312 do CPP, demonstrando a configuração empírica dos requisitos. Logo, não basta a apresentação de conclusões vagas e abstratas, pois não fazem vínculo com a situação fática existente. (HC 174.829/MG. 5ª Turma. Relator Ministro Gilson Dipp, julgado em 17/02/2011. DJe 09/03/2011).

Destaca-se que, a simples existência de prova da materialidade do crime e de indícios de autoria não é, por si só, fundamentação idônea a autorizar a medida, esses requisitos devem sempre estar vinculados a algum dos pressupostos da custódia cautelar, quais sejam, a conveniência da instrução cautelar, a garantia da aplicação da lei penal, a garantia da ordem pública ou da ordem econômica. (HC 174.829/MG. 5ª Turma. Relator Ministro Gilson Dipp, julgado em 17/02/2011. DJe 09/03/2011).

Ademais, o juízo valorativo a respeito da gravidade do crime não pode compreender os aspectos já subsumidos no próprio tipo penal, além de que a possibilidade de abalo a ordem pública também não pode ser sustentada por circunstâncias inerentes à prática criminosa que por natureza já intranquiliza a sociedade. Entende-se ainda que a mera probabilidade e suposições a respeito do que o acusado poderá vir a fazer, caso permaneça solto, não podem respaldar a medida constritiva. (HC 174.829/MG. 5ª Turma. Relator Ministro Gilson Dipp, julgado em 17/02/2011. DJe 09/03/2011).

A 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça também adota esse posicionamento, como se verifica, por exemplo, no HC 163524/DF (6ª Turma. Relator Ministro OG Fernandes, julgado em 18/05/2010. DJe 09/08/2010):

HABEAS CORPUS. GRAVIDADE GENÉRICA DA INFRAÇÃO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP.

1. A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta ou mantida apenas quando atendidas, mediante decisão judicial fundamentada (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal), as exigências do art. 312 do Código de Processo Penal.
2. Isso porque a liberdade, antes de sentença penal condenatória definitiva, é a regra, e o enclausuramento provisório, a exceção, como têm insistido esta Corte e o Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados, por força do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade.
3. No caso, o magistrado de primeiro grau ateu-se à gravidade genérica do crime, não afirmando, concretamente, de que forma a liberdade do paciente colocaria em risco a ordem pública, a conveniência da instrução criminal ou a aplicação da lei penal.
4. É bem verdade que a decisão que indeferiu a liberdade provisória invocou o modus operandi da infração como elemento denotador da exigência de garantia da ordem pública. Ocorre que a análise dos autos revela que as circunstâncias em que cometido o crime em questão não extrapolaram a órbita comum do tipo. (BRASIL, 2010).

Todavia, apesar de todas essas restrições à aplicação da garantia da ordem pública, o STJ tem inúmeros precedentes que entendem pela idoneidade da medida. Vejamos.

No julgamento do HC 182.633/PE (5ª Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 08/02/2011. DJe 28/02/2011), o tribunal decidiu de forma unânime pela manutenção da prisão. Este caso trata-se de paciente denunciado

como incurso no art.121, §2º, incisos II e IV, do CP. Diz-se que o crime foi praticado de modo premeditado, sem chances de defesa para a vítima, na residência dela, e de modo a assegurar que a vítima seria realmente morta. O STJ entendeu que “o *modus operandi* empregado pelo paciente traduz frieza e brutalidade, evidenciando a periculosidade *in concreto* do agente”, o que justifica a prisão, posto que tais circunstâncias demonstram risco à ordem pública.

E ainda, no HC 64.941/PE (5ª Turma. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 21/02/2008. DJe 19/05/2008), o STJ manteve a prisão preventiva do paciente por entender que “a reiteração de condutas criminosas, evidenciando personalidade perigosa, voltada para a prática delitiva, comprovada por sentenças condenatórias transitadas em julgado, autoriza a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública”.

3.3 Supremo Tribunal Federal

Na suprema corte a prisão preventiva para garantia da ordem pública permanece entre o rol dos temas controvertidos. Aliás, é importante destacar que os ousados defensores da incompatibilidade da garantia da ordem pública com o princípio da presunção de inocência em regra saem vencidos dos debates.

Um desses votos vencidos está presente no HC 80.717-8/SP (Plenário. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 13/06/2001. DJ 05/03/2004, p.15), onde o ministro Sepúlveda Pertence, ora relator, expõe com propriedade seu entendimento sobre o assunto.

Primeiramente, ele destaca que o fato da Constituição de 1988 erigir em seu texto o princípio da presunção de inocência não elimina a admissibilidade das prisões processuais, mesmo porque a própria constituição admite as prisões cautelares (art. 5º, LXI). Entretanto, o ministro se coloca entre a minoria que, aliada à melhor doutrina, considera banida pela presunção constitucional toda e qualquer modalidade de prisão processual que “substantive formas de execução provisória de condenações não definitivas”.

Interpretar a constituição de forma a reduzir a consagração da presunção de não culpabilidade a uma mera explicação do *in dúbio pro reo* na distribuição do ônus da prova significa render-se ao misoneísmo constitucional da “interpretação retrospectiva”. Tal postura é adotada pelo intérprete que, por ter aversão a tudo que é novo, analisa a constituição procurando manter o mesmo espírito e valores da constituição anterior.

Ao contrário do que diz a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Pertence afirma que as discrepâncias giram em torno da própria legitimidade da prisão por força de decisão condenatória ainda recorrível, independentemente da existência de motivação cautelar fundada em fatores concretos. Com efeito, a presunção de inocência ou não culpabilidade ultrapassa a esfera do ônus da prova, projetando seus efeitos, também, sobre “a esfera das garantias da defesa e do tratamento devido ao acusado no correr do procedimento”.

As finalidades tradicionalmente atribuídas à prisão preventiva (como medida de defesa social frente à periculosidade do agente, gravidade do delito, reiteração criminosa etc) têm função de prevenção geral ou especial. Ora, tais funções são inerentes à própria pena de prisão, porém têm sido invocadas antecipadamente em nome da garantia da ordem pública.

O fato é que os apelos à garantia da ordem pública desvelam frequentemente, a tendência de antecipar a pena do réu, pois “fundados em motivos alheios aos imperativos cautelares que a podem legitimar”. Nesse ponto Pertence cita Pisapia: antecipar a sanção significa restituir “o caráter medieval imediatamente aflitivo”, que “reaparece sob o impulso de um sentimento de todo instintivo e irracional, pelo qual se exige que o acusado de culpas graves seja posto de logo em situação de mortificação física e espiritual”. A prisão para garantia da ordem pública só é admissível se atender aos requisitos e à finalidade da tutela cautelar, qual seja, tutelar os meios e os fins do processo de conhecimento com vistas à eficácia da decisão a ser prolatada e à regularidade da instrução. Caso contrário, estaríamos renunciando os valores do estado democrático de direito, afirma o ministro Sepúlveda Pertence.

Já no julgamento do HC 95009-4/SP (Plenário. Ministro Eros Grau, julgado em 06/11/2008. DJ 09/12/2008, p.640) a suprema corte trouxe como imperativo para a aplicação da garantia da ordem pública a necessidade de apuração concreta dos fatores justificantes:

HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DA PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO CAUTELAR COMO ANTECIPAÇÃO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE. PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE (ARTIGO 5º, LVII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). [...]GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, COM ESTEIO EM SUPOSIÇÕES. Mera suposição --- vocábulo abundantemente utilizado no decreto prisional --- de que o paciente obstruirá as investigações ou continuará delinqüindo não autorizam a medida excepcional de constrição prematura da liberdade de locomoção. Indispensável, também aí, a indicação de elementos concretos que demonstrassem, cabalmente, a necessidade da prisão. (BRASIL, 2008).

Em julgado mais recente, HC 83.868-5/AM (Plenário. Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 05/03/2009. DJ 17/04/2009, p.334), o Supremo Tribunal Federal, por maioria, decidiu pela regularidade da prisão cautelar, pois devidamente fundamentada na garantia da ordem pública. Entendeu-se pela justa causa do decreto que ordenou a medida em virtude da gravidade dos crimes praticados, e ainda, da personalidade do agente voltada para o crime.

Quanto à reiteração criminosa, afirma a ministra Ellen Gracie, nesse mesmo julgado, que quando o agente se revela propenso à prática delituosa, demonstrando menosprezo pelas normas penais, a não decretação da prisão pode representar indesejável sensação de impunidade, que incentiva o cometimento de crimes e abala a credibilidade do Poder Judiciário.

A ministra menciona em seu voto que a maioria dos países europeus admite a prisão cautelar para evitar a reiteração criminosa. Afirma que a Alemanha prevê como um de seus fundamentos o risco da reiteração da conduta. E, Portugal admite a prisão preventiva no caso de perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do agente, da perturbação da tranquilidade pública ou de continuação da atividade criminosa.

3.4 Análise Crítica

Não há como não notar que a aplicação da prisão preventiva para garantia da ordem pública, como querem o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, o Superior Tribunal de Justiça e mesmo o Supremo Tribunal Federal, com exceção de alguns ministros, fere o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, pois tais interpretações visam a proteção da sociedade e não do processo em si, o que é incompatível com a razão de ser de uma medida cautelar.

No que diz respeito à prisão cautelar fundamentada nos termos das jurisprudências estudadas neste capítulo, destaca-se a lição de Roberto Delmanto Junior (2001, p. 183):

É de se esclarecer, porém, ser indisfarçável que, nesses termos, a prisão preventiva se distancia de seu caráter instrumental – de tutela do bom andamento do processo e da eficácia de seu resultado – insito a toda e qualquer medida cautelar, servindo de inaceitável instrumento de justiça sumária. Não há como não negar, com, efeito, que ao se aceitar a prisão provisória de alguém, para que a sociedade não se sinta perturbada, amedrontada, desprotegida etc., estar-se-á presumindo a culpabilidade do acusado.

A gravidade delito, a periculosidade do agente, a credibilidade na justiça, a reiteração criminosa etc., quer apurados abstratamente, quer baseados em fatores concretos, por todos os motivos já destacados até aqui, não são de maneira nenhuma legítimos para justificar uma prisão cautelar. Essa ilegitimidade se dá principalmente pelo fato de tais hipóteses serem objeto da própria pena, é justamente no exercício do jus puniendi que o Estado satisfaz seu fim último dentro do processo penal, o restabelecimento da paz e equilíbrio social abalados pelo crime, além de exercer sobre o corpo do condenado a punição devidamente medida na proporção da gravidade do crime e da periculosidade do agente, aliás, o próprio legislador se encarregou de realizar tal tarefa de proporcionalidade e adequação quando previu tempos e regimes diferentes para cada tipo de crime, além de agravantes, atenuantes, causas de aumento e diminuição e qualificadoras.

As teorias legitimadoras da pena demonstram claramente que esses papéis que os juízes insistem em emprestar às prisões cautelares são na verdade

preceitos que justificam e legitimam a própria pena de prisão, e, portanto, qualquer cautelar decretada com base nesses critérios estará fazendo às vezes de punição e assim atropelando o princípio constitucional da presunção de inocência.

Concentrando-se por um instante na particular hipótese que identifica a garantia da ordem pública com impedimento à reiteração criminosa, é preciso tecer ainda alguns comentários.

Se a hipótese for de efetiva reiteração criminosa, ou seja, quando o a gente livre, após cometer crime, reitera sua conduta contra vítima diversa ou contra a mesma vítima visando a consumação do crime tentado, resta para tal a prisão em flagrante quando do cometimento do novo crime ou da tentativa de consumação do crime anterior. (DELMANTO JUNIOR, 2001).

Por outro lado, se o caso é de existência “de fatos concretos que apontam veementemente para o perigo real que a sua liberdade representa para o regular andamento do processo criminal”, ou seja, afastadas meras conjecturas, existe alta probabilidade do acusado vir a perturbar a tranquilidade das testemunhas, vítimas ou jurados, ameaçando os fins do processo principal, nesta hipótese estão configurados motivos suficientes à decretação da prisão cautelar, pois o acusado reiterará na sua prática criminosa, contudo essa reiteração é especialmente dirigida para tumultuar o bom andamento da persecução penal. (DELMANTO JUNIOR, 2001, p.180).

Todavia, se o que se pretende com a prisão preventiva é encarcerar o indivíduo para que ele não cometa novos crimes de modo a apenas evitar que a sociedade se sinta perturbada, amedrontada, desprotegida, sem finalidade alguma para a eficácia do processo, estar-se-á presumindo a culpabilidade do acusado. Os juristas têm exercido papel de futurologistas. Mesmo que diante de fatos concretos seja muito provável que o agente volte a praticar crimes se permanecer livre, nunca será possível se fazer um juízo de certeza sobre as coisas que ainda estão para acontecer. (DELMANTO JUNIOR, 2001).

Na sistemática acusatória do processo penal, punir uma pessoa por algo que ela já fez, mas que ainda não está tecnicamente comprovado (o que só ocorre com o trânsito em julgado da sentença) significa afronta aos direitos individuais da pessoa humana. Imaginemos então a hipótese em que um indivíduo seja preso por um crime que ele não cometeu, sob o argumento de que ele com certeza o cometerá no futuro. Essa situação é completamente incompatível com as premissas do Estado Democrático de Direito e gera insegurança jurídica. Quem não pode o menos também não pode o mais. É exatamente isso que pretende a prisão preventiva para impedir a reiteração criminosa.

A função da pena privativa de liberdade é essencialmente a punição. Essa pena cria um estigma que justifica e aflora a desigualdade social, mudando o foco do crime para o sujeito do crime. Diante disso, resta que a prisão não é o meio mais adequado para prevenção da criminalidade. O sistema penal é meramente repressivo, se queremos defender a sociedade do crime precisamos buscar esferas menos estigmatizantes, capazes de dar uma resposta que não esteja pautada na violência institucional. A prática tem nos mostrado que ao tentarmos reprimir o crime com violência, só temos colhido mais violência. Talvez a resposta esteja mesmo na necessidade políticas públicas que priorizem educação, saúde e dignidade. Não existe fórmula mágica, o resultado que queremos só virá com os frutos de um trabalho realizado a longo prazo. (SARKIS, 2008).

Passada essa especial análise da hipótese de prisão preventiva para evitar a reiteração criminosa, o que nos inquieta agora é tentar compreender o porquê dessa discrepância jurisprudencial, por que os tribunais têm aplicado a garantia da ordem pública fora dos ditames das medidas cautelares e da Constituição? Talvez, essa situação se explique através de Castanheira Neves e sua explanação sobre o problema atual da autonomia do direito.

Castanheira Neves (2002) se preocupa com a questão da subsistência do direito, ou seja, sua existência própria. Vivemos em um tempo em que, superado o normativismo, abre-se espaço para o funcionalismo jurídico. O homem moderno é um ser dinâmico e evolutivo, logo, a sua compreensão das coisas adquire sentido funcional, submetendo-se à razão instrumental. Ocorre que,

tanto o normativismo quanto o funcionalismo prejudicam a autonomia do direito. O normativismo porquanto substitui a materialidade do direito pela sua forma, operando uma redução dogmática e conceitual do jurídico a fórmulas mágicas que dão existência ao direito independentemente da sua realização concreta. Já o funcionalismo, prejudica a autonomia do direito porque este deixa de existir por seu próprio sentido e razão na medida em que passa a ser apenas um instrumento para determinado fim. (NEVES, 2002).

Nas palavras de Castanheira Neves (2002, p.31):

[...] a própria autonomia o direito deliberadamente se sacrificaria. Pois na linha do funcionalismo o direito deixa de ser um auto-subsistente de sentido e de normatividade para passar a ser um instrumento – um finalístico instrumento e um meio ao serviço de teologias que de fora o convocam e condicionadamente o submetem.

Possuído por essa racionalidade finalística, o comportamento humano tem seu fundamento no benefício *versus* prejuízo, e não em princípios e normas como acontece na racionalidade axiológica. “As categorias da ação e do comportamento em geral (pessoal ou institucional) deixaram de ser as do bem, do justo, da validade (axiológica material), para serem as do útil e da funcionalidade, da eficiência, da *performance*”. Ou seja, nesse processo de mutação da racionalidade humana a fundamentação cede à instrumentalidade, a validade cede à eficácia ou eficiência, os fins substituem aos valores e os efeitos aos fundamentos. Em suma, o funcionalismo jurídico se caracteriza pela seguinte pergunta: “o direito para que serve?”. Contudo, ele não se preocupa em saber o que é o direito, qual seu conceito e princípio. (NEVES, 2002, p.39-40).

As teses que viabilizam a prisão preventiva para a garantia da ordem pública ignoram o pressuposto básico da medida cautelar, qual seja, a proteção do processo principal em face do *periculum in mora*. Abandonando totalmente o sentido da medida cautelar, e deixando para trás seu conceito e princípios, nossos juízes entenderam por bem utilizar desse artifício a bem da sociedade, diz-se que a prisão preventiva serve também à cautela do meio social, e isso se justifica por ser adequado, conveniente e necessário.

Posto isso, fica claro que a nossa justiça é instrumental, seu modelo é estratégico, na medida em que “é tida como justa a solução mais adequada ao objetivo proposto pelo planejador social, sendo neste caso secundária a consideração de valores materiais ou de regras formais”; o que prejudica a autonomia do direito, pois aplica seus institutos, nesse caso a prisão preventiva, não pelo que ela é, mas pelo que pode oferecer: uma resposta rápida para a criminalidade. (NEVES, 2002, p.44).

Finalmente, é imprescindível concluir tal análise destacando que em suma, o grande problema do funcionalismo é que ele enxerga o homem não como sujeito de direitos, antes o coloca em posição de simples objeto de benefícios. Benefícios esses que a princípio parecem ser um “imediato a favor”, mas acaba sendo “radicalmente contra os homens beneficiados”. E isso esclarece de uma vez por todas o que acontece com esses sujeitos que são encarcerados para garantia da ordem pública, a esses homens não tem sido garantido o direito a presunção de inocência, ou não culpabilidade. (NEVES, 2002, p.50).

CONCLUSÃO

A prisão preventiva aplicada com fundamento na garantia da ordem pública foi o tema apresentado no presente trabalho. Durante o desenvolvimento do tema foram feitas considerações acerca do princípio constitucional da presunção de inocência. Para aprofundamento do tema coube analisar os fundamentos e pressupostos das medidas cautelares, e especificadamente da prisão preventiva. Por fim, foram destacados os aspectos centrais da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal federal, referentes à garantia da ordem pública.

Da decomposição histórica do princípio da presunção de inocência foi possível deduzir a importância da reforma, operada a partir da Revolução Francesa, que rompeu com o processo inquisitório de base romano-canônica. A sociedade aderiu a valores humanistas, não aceitando mais as barbáries praticadas no sistema inquisitório. O sistema acusatório vem para dar garantias ao acusado, entre elas a garantia de não ver-se considerado culpado antes que se prove o contrário.

A consagração desse princípio no ordenamento brasileiro trouxe consequências para o campo probatório, nesse aspecto falamos sobre o *in dubio pro reo*, se as provas produzidas não forem suficientes para incriminar o réu, ele deverá ser declarado inocente, e sobre o ônus da prova, que agora cabe ao acusador demonstrar os fatos narrados na denúncia. Todavia, a extensão do princípio não deve se limitar a tais consequências probatórias, antes, adotando a noção mais ampla do princípio, entendemos que pela presunção de inocência, além da questão relativa a prova, qualquer prisão a qual for submetido o acusado antes da decisão definitiva não pode ter caráter punitivo, mas apenas poderá ser preso nessas circunstâncias quando a prisão tiver natureza cautelar.

Para saber identificar quando a prisão preventiva tem essa finalidade cautelar, estudamos, no capítulo dois, qual é a essência das medidas cautelares. A tutela cautelar entra em ação nos casos em que o processo principal, de conhecimento ou de execução, padece do *periculum in mora*. Neste caso o processo

cautelar se coloca como um processo acessório proporcionando a efetividade daquele, e esse é o único motivo para sua existência. Vimos que conforme a necessidade da demanda o processo cautelar pode aparecer de forma preparatória ou incidental, e ainda que a providência cautelar pode ser tomada fora da sua sede própria, mas dentro de um processo de conhecimento ou de execução. Nesse contexto verificamos que no âmbito do processo penal também há que se falar em cautelaridade para garantia de um processo principal, é o que acontece por exemplo com as prisões preventivas, elas são medidas cautelares que são providenciadas fora de um processo cautelar autônomo.

Como medida cautelar que é, a prisão preventiva deve revestir-se das características inerentes às medidas cautelares em geral: acessoriedade, preventividade, instrumentalidade e provisoriedade. E também dos pressupostos: o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*. Estes últimos ganham contorno especial no âmbito do processo penal, ganham o nome de *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*. Além desses contornos gerais, a prisão preventiva também assume pressupostos específicos, e somente com fundamento em um deles tal prisão poderá ser decretada, eles estão delineados no artigo 312 do CPP e são: a conveniência da instrução criminal, a garantia da aplicação da lei penal, a garantia da ordem econômica e a garantia da ordem pública.

Percebemos que o legislador não deixou uma definição clara do que seja a garantia da ordem pública. Diante da obscuridade do termo argumenta-se que a garantia da ordem pública tem amplitude maior que simplesmente acautelar o processo, diz-se que ela teria como fim a defesa social. Todavia, concluímos que esse fundamento caracteriza a prisão preventiva como medida antecipadora da pena, indo de encontro com a ordem constitucional vigente.

Nessa perspectiva passamos à análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Constatamos que segundo seu entendimento, a segregação cautelar também serve para acautelar o meio social diante da gravidade do crime praticado, de forma que, uma vez demonstrados os indícios de autoria e provada a materialidade do crime não há afronta a presunção de inocência. O tribunal ainda tem aplicado o instituto quando há ações penais em

curso e inquéritos policiais contra o réu, porquanto a prisão evita que a sociedade venha a ser ameaçada pela prática de novos delitos pelo agente. Ainda com vistas à necessidade de resguardar a ordem pública, o tribunal faz análise da periculosidade do agente a fim de proteger a sociedade que se encontra à mercê de um sujeito perigoso. No que diz respeito a lei 12.403, nova lei que alterou o CPP, verificamos que há decisão no tribunal que lhe faz vistas grossas, o que confirma a previsão de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2011) e Aury Lopes Junior (2011), apesar lei ter boas intenções ela tende a falhar pois o que se precisa renovar em primeiro lugar são as mentes dos nossos juristas. O HC 143495 ilustra bem essa situação, aqui o tribunal aplicou a prisão preventiva mesmo sendo o crime apenado com pena privativa de liberdade máxima não superior a 4 anos, em nome da reiteração criminosa a decisão negou vigência ao artigo 113, I, do CPP, alterado pela Lei 12.403.

Já o Tribunal Superior de Justiça traz um critério específico à aplicação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. Em seus julgamos foi possível perceber que o tribunal passa na peneira quaisquer fundamentos que queiram decretar ou manter a segregação cautelar em nome da ordem pública. Assim, quaisquer critérios e juízos de valor que visem autorizar a prisão preventiva só serão idôneos para tal se estiverem vinculados a fatores concretos.

Finalmente, no Supremo Tribunal Federal, verificamos que não há ainda um entendimento pacificado do assunto. Existem os que pugnam pela inconstitucionalidade da garantia da ordem pública, como por exemplo, o Ministro Sepúlveda Pertence. Todavia, ainda prevalece a corrente que sustenta a constitucionalidade da garantia da ordem pública por ser instrumento útil para a defesa da sociedade.

De posse desses dados, conclui-se que a aplicação da prisão preventiva para garantia da ordem pública como querem os tribunais pesquisados afrontam o princípio da presunção de inocência, ou não culpabilidade, pois foge da natureza, da essência das medidas cautelares, porquanto serve de medida de antecipação da pena. O fato é que o processo penal atual padece do problema demonstrado por Castanheira Neves: o funcionalismo.

REFERÊNCIAS

- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 1999.
- CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004.
- CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **O direito hoje e com que sentido?** O problema atual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Lei 12.403/2011**: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro. Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 19, nº 223, julho/2011.
- DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: RT, 2007.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 6 ed. Rio de Janeiro: forense, 1997.
- KARAN, Maria Lúcia. **Prisão e liberdade processuais**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, nº 02, abril/junho, 1993.
- LOPES JUNIOR, Aury. **A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais**. Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 19, nº. 223, julho/2011.
- MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Vol. IV. 2. ed. Campinas/SP: Millennium, 2003.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Presunção de inocência e direito à ampla defesa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 44, 1 ago. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/163>>. Acesso em: 18 abr. 2011.
- MAYA, André Machado. **Lei 12.403/2011 – Medidas Cautelares**. Publicado em 07 maio 2011. Disponível em: <<http://devidoprocessopenal.com.br/2011/05/07/lei-12-4032011-medidas-cautelares/>>. Acesso em: 03 jun. 2011.

MOREIRA, David Alves. **Prisão provisória**: as medidas cautelares de natureza pessoal no processo penal: de sua indevida aplicação, consequências e fundamentos à sua reparação. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Breve análise crítica da Lei 12.403, de 2011, que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro**. Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 19, nº. 223, julho/2011.

SANNINI NETO, Francisco. **Reforma processual (Lei nº 12.403/2011) e o delegado de Polícia**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2884, 25 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19181>>. Acesso em: 3 jun. 2011.

SARKIS, Carolina. **Anotação das aulas da disciplina de direito penal 2**: teoria da pena. Brasília: UniCEUB/curso de direito: 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência. Vol. II. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência**. Editora Coimbra, 2000.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL, decreto-lei n. 3.689, de 03/10/1943. **Código de Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 807178/SP. Relator Sepúlveda Pertence. Acórdão de: 13/06/2001. DJU 05.03.2004. Votos vencidos: Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão, Celso de Mello e Marco Aurélio.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 79750/RJ. Relator Marco Aurélio. Acórdão de: 14/12/1999. DJ 12/04/2002, p. 53. Unanimidade.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. HC 62742. Relator Luciano Moreira Vasconcellos. 2ª Turma Criminal, julgado em 05/05/2011. DJ 13/05/2011, p.181. Unanimidade

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. HC 89184. Relator César Loyola. 1ª Turma Criminal, julgado em 02/06/2011. DJ 14/06/2011, p.127. Unanimidade.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. HC 51908. Relator João Timóteo de Oliveira. 2ª Turma Criminal, julgado em 14/04/2011. DJ 25/04/2011, p.117. Unanimidade.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. HC 89609. 2ª Turma Criminal. Relatora Leila Arlanch, julgado em 02/06/2011. DJ 10/06/2011, p.242. Unanimidade.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. HC 19968. 2ª Turma Criminal. Relator João Timóteo de Oliveira, julgado em 24/02/2011. DJ 11/03/2011, p.159. Unanimidade.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. HC 77085. 1ª Turma Criminal. Relatora Sandra de Santis, julgado em 02/06/2011. DJ 09/06/2011, p.260. Unanimidade.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. HC 45889. 2ª Turma Criminal. Relator Luciano Moreira Vasconcellos, julgado em 14/04/2011. DJ 25/04/2011, p.115. Unanimidade

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. HC 21007. 1ª Turma Criminal. Relatora Sandra de Santis, publicado em 17/03/2011. DJ 23/03/2011, p.160. Unanimidade

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. HC 145322. 1ª Turma Criminal. Relator Mário Machado, julgado em 25/08/2011. DJ 02/09/2011, p.170. Unanimidade.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. HC 143495. 2ª Turma Criminal. Relator Roberval Casemiro Belinati, julgado em 18/08/2011. DJ 30/08/2011, p.225. Unanimidade.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. HC 135033. 2ª Turma Criminal. Relator Roberval Casemiro Belinati, julgado em 18/08/2011. DJ 30/08/2011, p.222. Unanimidade.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 27684/AM. 6ª Turma. Relator Paulo Medina, julgado em 15/03/2007. DJ, 09/04/2007, p.267. Unanimidade.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 174.829/MG. 5ª Turma. Relator Ministro Gilson Dipp, julgado em 17/02/2011. DJe 09/03/2011. Unanimidade.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 163524/DF. 6ª Turma. Relator Ministro OG Fernandes, julgado em 18/05/2010. DJe 09/08/2010. Unanimidade.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 182.633/PE. 5ª Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 08/02/2011. DJe 28/02/2011. Unanimidade.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 64.941/PE. 5ª Turma. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 21/02/2008. DJe 19/05/2008. Unanimidade.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 807178/SP. Plenário. Relator Sepúlveda Pertence. Acórdão de: 13/06/2001. DJU 05.03.2004, p.15. Votos vencidos: Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão, Celso de Mello e Marco Aurélio.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 79750/RJ. 2ª Turma. Relator Marco Aurélio. Acórdão de: 14/12/1999. DJ 12/04/2002, p. 53. Unanimidade.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 95009-4/SP. Plenário. Ministro Eros Grau, julgado em 06/11/2008. DJ 09/12/2008, p.640. Voto vencido: Marco Aurélio.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 83.868-5/AM. Plenário. Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 05/03/2009. DJ 17/04/2009, p.334. Votos vencidos: Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Cezar Peluso.