



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – FAJS

BRUNO JORDANO BARROS MARINHO

**OS REFLEXOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO FUNDAMENTO
DA GARANTIA DE ORDEM PÚBLICA PARA PRISÃO PREVENTIVA**

Brasília
2014

BRUNO JORDANO BARROS MARINHO

**OS REFLEXOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO FUNDAMENTO
DA GARANTIA DE ORDEM PÚBLICA PARA PRISÃO PREVENTIVA**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Prof. Me José Carlos Veloso Filho

**Brasília
2014**

BRUNO JORDANO BARROS MARINHO

**OS REFLEXOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO FUNDAMENTO
DA GARANTIA DE ORDEM PÚBLICA PARA PRISÃO PREVENTIVA**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Prof. Me José Carlos Veloso Filho

Brasília, ___ de _____ de2014

Banca Examinadora

Orientador

Prof. Me José Carlos Veloso Filho

Examinador

Prof.

Examindor

Prof.

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus por ter guiado e abençoado todos os dias da minha vida. Agradeço a minha mãe e a minha irmã por acreditarem em mim e terem contribuído para a minha formação. Não há forma de agradecer sem me prolongar, então agradeço por tudo, eles sabem o porquê.

RESUMO

O presente trabalho busca compreender a coexistência da prisão preventiva fundamentada na garantia de ordem pública e o princípio da presunção de inocência. O trabalho estudará a delimitação do que seria garantia de ordem pública visto que o conceito amplo e indefinido é tema de grande debate no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse contexto, abordará ainda os reflexos trazidos pelo princípio da presunção de inocência na aplicação da prisão preventiva fundamentada pela garantia da ordem pública. A análise histórica do conceito e do princípio da presunção de inocência permitirá, ao longo do trabalho, demonstrar a evolução e adequação dos dois conceitos aparentemente paradoxais, trazendo uma abordagem conceitual e histórica para a verificação de possibilidade de coexistência entre estes conceitos. A justificativa empírica do estudo se dá pela importância de esclarecer a possibilidade ou não de coexistir um princípio mor que protege a liberdade de um indivíduo e a privação dessa liberdade sem a condenação transitada em julgado. Os estudos dos princípios constitucionais, bem como dos princípios do direito processual penal são suficientes para evidenciar a importância de se proteger a liberdade de cada cidadão, porém o estudo aprofundado do Código de Processo Penal com foco no poder estatal de aplicar a referida lei gera no estudante questionamentos a respeito da convivência entre ambos.

Palavras-Chave: Presunção de inocência. Ordem pública. Prisão preventiva.

ABSTRACT

This paper seeks to understand the coexistence of probation based on ensuring public order and the principle of presumption of innocence . The work will explore the delimitation of what would be guarantee public order since this wide and undefined concept is the subject of great discussion in the Brazilian legal system .In this context , will also be address the consequences brought by the principle of presumption of innocence in pre-trial detention justified by the protection of public order. The historical analysis of the concept and the principle of presumption of innocence will allow, throughout the work, the student to demonstrate the development and adaptation of these two seemingly paradoxical concepts , bringing a conceptual and historical approach to the verification of the possibility of coexistence between these concepts . the empirical justification of the study is given by the importance of clarifying whether or not there coexists a major principle that protects the freedom of an individual and the privation of that liberty without an unappealable conviction . Studies of constitutional principles and the principles of criminal procedural law are sufficient for demonstrating the importance of protecting the freedom of every citizen , but the in-depth study of the Code of Criminal Procedure with a focus on the state power to enforce that law generates to the student questions about the coexistence of both.

KEYWORDS : Presumption of innocence , public order , probation .

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 DA LIBERDADE AO DIREITO DO ESTADO DE PUNIR.....	10
1.1 O JUS PUNIENDI.....	11
1.2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	12
1.3 INSTITUTOS ACAUTELATÓRIOS E A PRIVAÇÃO DA LIBERDADE.....	16
1.4 DA PRISÃO PREVENTIVA COMO ESPÉCIE DE MEDIDA CAUTELAR.....	17
1.5 PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA	22
<i>1.5.1 Da Autoria E Materialidade (Fumus Comissi Delicti)</i>	<i>23</i>
<i>1.5.2 Fundamentos Para A Prisão Preventiva</i>	<i>24</i>
<i>1.5.3 Prisão Por Conveniência Da Instrução Criminal.....</i>	<i>26</i>
<i>1.5.4 Garantia Da Aplicação Da Lei Penal</i>	<i>27</i>
<i>1.5.5 Da Garantia De Ordem Econômica.....</i>	<i>28</i>
2 O PROBLEMA DO CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA	30
2.1 A GARANTIA DE ORDEM PÚBLICA E A NATUREZA DO CRIME	32
2.2 A CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA.....	34
2.3 CLAMOR PÚBLICO E A ORDEM PÚBLICA	35
2.4 PERICULOSIDADE DO RÉU	36
3 OS REFLEXOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, A GARANTIA DE ORDEM PÚBLICA E AS INOVAÇÕES DA LEI 12.403/2011	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	44
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

Por força da promulgação da Constituição de 1988, o paradigma do Estado Democrático de Direito reflete no Código de Processo Penal de 1941, de origem fascista, a necessidade de adequar-se a uma nova realidade. O caráter autoritário cede espaço para uma nova ordem constitucional, pautada em princípios e garantias constitucionais, dentre os quais está o princípio da presunção de inocência, art 5º, inciso LVII.

É, portanto, uma garantia constitucional. Devendo ser interpretado de modo que o indivíduo só seja penalizado caso venha a ser condenado ao final do processo. A respeito da possível adequação da prisão preventiva ao princípio da presunção de inocência, questiona-se quais seriam os casos de aplicação da prisão preventiva, uma vez que até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória o indivíduo é considerado inocente.

Indaga-se qual seria a regra de aplicação quando confrontado o princípio da presunção de inocência e a prisão preventiva. Sendo a presunção de inocência uma regra, seria isto política de tutela dos direitos fundamentais no processo? É possível coexistirem dois institutos aparentemente conflitantes? Em que hipóteses estaria a prisão preventiva fundamentada a ponto de não afetar a presunção de inocência? Quais seriam os limites para a aplicação da garantia de ordem pública como fundamento para prisão preventiva?

As respostas a essas indagações, apesar de se pautarem no paradigma do Estado democrático de Direito, reconhecem a aplicação das medidas cautelares no sistema jurídico brasileiro como exceção ao princípio da presunção de inocência.

A discussão do tema é de extrema importância para a compreensão dos limites da prisão preventiva, da delimitação do conceito de ordem pública, da abrangência do princípio da presunção de inocência, busca-se, portanto, trazer maior clareza a respeito do assunto.

O artigo 312 do Código de Processo Penal explicita fundamentos para a aplicação da prisão preventiva. Embora haja outros fundamentos, este trabalho não se estenderá no esgotamento destes, pois esgotará apenas o fundamento da garantia de ordem pública.

O tema é discutido sob diferentes perspectivas na doutrina, porém a jurisprudência aborda o tema sob uma perspectiva mais fixa no tocante à possibilidade de coexistir o princípio e o instituto da prisão, o grande problema está no fato de a ordem pública ser um

conceito aberto, em decorrência disso, há decisões que não se fundamentam substancialmente, apesar de citarem a garantia de ordem pública como fundamento.

Isto é, justifica-se a aplicação da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, e não se esclarece o motivo pelo qual o gozo da liberdade pelo indivíduo afeta a ordem pública, a ponto de essa liberdade ser tolhida.

O artigo 312 do Código de Processo Penal explicita como uma das hipóteses de aplicação da prisão preventiva a garantia de ordem pública, porém em nenhum momento a lei define o que seria “ordem pública”. Como conceituar a ordem pública diante do caso concreto?

A questão se torna mais complexa, ao observar diferentes julgados que se pautam simplesmente na colocação por parte do magistrado de que a prisão deve ser mantida para garantia da ordem pública, sem ao menos dizer o motivo pelo qual a liberdade do indivíduo afeta a ordem pública.

Nesse mesmo sentido, o argumento se torna mais questionável, quando colocado de frente ao princípio da presunção de inocência. É sabido que no ordenamento jurídico brasileiro ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Ocorre que a aplicação de uma prisão preventiva mal fundamentada, seria o mesmo que uma antecipação de pena, a aplicação do artigo 312, mais especificamente do fundamento de garantia de ordem pública seria então uma afronta à Constituição Federal em seu artigo 5º? Ou seria possível coexistirem o *jus puniendi* e a presunção de inocência? Qual seria o ponto chave de equilíbrio entre esses conceitos?

O Código Penal deve ser visto à luz da Constituição Federal de 1988. Mas além de assegurar direitos e garantias, a constituição autoriza a prisão preventiva como garantia ao direito de punir do Estado. A aplicação dessa prisão deve ser muito bem observada a fim de que não invada a esfera dos direitos fundamentais sem antes cumprir requisitos básicos de aplicação da prisão preventiva. A segurança da sociedade, bem como a garantia do processo legal são fundamentos para aplicação da prisão preventiva.

Outro fator a ser observado é que a operacionalização da modalidade de prisão preventiva constitui de forma expressa uma antecipação da pena, fato este que jamais deve

prosperar. A Constituição é clara ao explicitar direitos que garantem a locomoção do indivíduo até a prova em contrário advinda do devido processo legal. A prisão cautelar seria, portanto, segundo os apontamentos que serão apresentados a seguir, um caso excepcional.

1 DA LIBERDADE AO DIREITO DO ESTADO DE PUNIR

Antes de adentrar no estudo do princípio constitucional da presunção de inocência, faz-se necessário um breve apanhado dos institutos que o permeiam. É necessário, antes de mais nada, conhecer a importância da liberdade no ordenamento jurídico atual, para que assim se possa estabelecer os limites de incidência do princípio, uma vez que o princípio surge em virtude da preocupação estatal em tutelar e assegurar a liberdade.

Nesse sentido esclarece Lenza¹ que a doutrina classifica os direitos fundamentais em diferentes dimensões de direitos, de modo que haveria uma evolução desses direitos de geração para geração, tendo como marco inicial a Revolução Francesa, anunciando assim, os direitos de primeira, segunda e terceira geração. Liberdade, Igualdade e Fraternidade, respectivamente.

Segundo LENZA

“os direitos humanos da 1.^a dimensão marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito e, nesse contexto, o respeito às liberdades individuais, em uma verdadeira perspectiva de absentéismo estatal. O seu reconhecimento surge com maior evidência nas primeiras constituições escritas, e podem ser caracterizados como frutos do pensamento liberal -burguês do século XVIII. Mencionados direitos dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzir o valor liberdade”²

O trânsito de pessoas em todo território brasileiro é livre, salvo em situações excepcionais previstas em lei. Sendo assim, ninguém será preso, senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, conforme art. 5.º, LXI, ou em situações excepcionais de transgressão militar, crime militar, definidos legalmente. Cabe ainda restrição ao direito fundamental de liberdade na vigência de estado de sítio, estado de guerra ou estado de defesa, quando medidas restritivas poderão ser tomadas pelo Estado³.

Infere-se, portanto, que qualquer privação da liberdade humana se trata de exceção dentro do ordenamento jurídico atual, principalmente quando vista à luz da constituição de 1988, mais especificamente à luz do princípio da presunção de inocência. Ainda assim, há hipóteses em que a liberdade se confronta com o Direito do Estado de punir, “*jus puniendi*”.

¹ LENZA, PEDRO. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 959.

² LENZA, PEDRO. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 959.

³ LENZA, PEDRO. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 959.

1.1 O JUS PUNIENDI

O direito do Estado de punir se legitima por um contrato social pactuado entre a sociedade e o Estado. Thomas Hobbes⁴ afirma que na antiguidade a liberdade humana era quase que absoluta, limitando-se somente pela força física do particular, uma vez que o mais forte assegurava a sua vontade pelo uso ilimitado da força em detrimento do mais fraco.⁵

O homem vivia no estado de natureza, não se responsabilizava pelos próprios atos. Em virtude disso, tal liberdade gerou na sociedade total insegurança e desequilíbrio. A passagem deste estado natural para um estado civilizado ocorreu com o contrato social, que em seu aspecto associativo o indivíduo se reúne com a coletividade a fim de construir a vida em sociedade, e em um segundo aspecto que se refere à subordinação do indivíduo ao Estado.

Sendo assim, o interesse exteriorizado do Estado na sua pretensão punitiva nada mais é do que o interesse da coletividade, o que legitima a privação da liberdade individual por parte do Estado.⁶

Cesare Beccaria, é claro em sua obra "Dos Delitos e das Penas" ao esclarecer que o cidadão sacrifica parte de sua liberdade no intuito de estabelecer a harmonia social provida pelo Estado. Sendo este o responsável pela promoção da segurança coletiva, dessa forma, o Estado age na legalidade e pela vontade comum do povo.⁷

A partir de um pacto social denominado pela doutrina como contrato social, o Estado detém para si o monopólio da força legítima, o "ius puniendi". É o que ensina Alessandro Baratta:

“A base da autoridade estatal está no estabelecimento do contrato social. E é este contrato social, portanto, que admite o Estado punir o indivíduo para proteger a sociedade, o interesse público.”⁸

Ainda que o Estado seja o único detentor da violência física legítima, este poder não se dá de maneira indiscriminada. Pois, o interesse público é um fator limitador deste poder,

⁴ HOBBS, Thomas apud FERNANDES, Stanley Botti. *Da Fundamentação Racional do Ius Puniendi*, 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8070>>. Acesso em: 10 abr.2014.

⁵ FERNANDES, Stanley Botti. *Da Fundamentação Racional do Ius Puniendi*, 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8070>>. Acesso em: 10 abr.2014.

⁶ FERNANDES, Stanley Botti. *Da Fundamentação Racional do Ius Puniendi*, 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8070>>. Acesso em: 10 abr.2014.

⁷ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 19.

⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 33.

assim como o princípio da reserva legal (*nullum crimen, nullapoenasine lege*), conforme artigo 5, XXXIX da Constituição Federal⁹. As limitações impostas ao poder estatal ensejam em garantias individuais que somente permitem a punição de um indivíduo com base na lei.

Nesse sentido, é importante salientar que qualquer pena antes de ser imposta deve suceder a um processo, no qual seja confrontada a pretensão punitiva do Estado e o direito do acusado. Somente após a apuração de culpa é que o Estado estaria autorizado a determinar e fazer cumprir a pena.

O Estado a fim de alcançar a sua pretensão punitiva se vale do *iuspersequendi* ou *iuspersecutionis*, que é o direito de perseguir o acusado até a decisão final da lide penal. Nas palavras de Segundo Lauria Tucci o *iuspersequendi* é:

“O poder-dever de perseguir e acompanhar a situação da vida do acusado (suposto autor da infração criminosa) até que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”¹⁰

1.2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O art. 5º, inciso LIV da CF assegura que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"¹¹. Sendo assim, toda medida que visa tolir a liberdade individual de um cidadão deve se submeter ao devido processo legal. Há ainda, nesse mesmo sentido uma presunção de inocência garantida ao indivíduo. Tal princípio serve de base para a compreensão do embate entre *oius puniendi* e *iuslibertatis*.

Ora, na sequência do texto constitucional, o constituinte se acautelou de assegurar no artigo 5º, inciso LVII da CF, que "ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória"¹², estabeleceu-se assim um limite para o gozo do poder dever de punir do Estado.

O nascimento do princípio da presunção de inocência se deu na Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão de 1791, o qual expandiu-se para todo mundo, sendo

⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da Republica Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 abr. 2014

¹⁰ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria Geral do Direito Processual Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.166.

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da Republica Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 abr. 2014

¹² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da Republica Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 abr. 2014

contemplado novamente na Declaração dos Direitos Humanos de 1948 que afirma no artigo 11 que:

"toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa"¹³

Tourinho Filho retrata momentos históricos a respeito das ocasiões que culminaram na evolução da presunção de inocência:

“O princípio remonta o art. 9º. da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamada em Paris em 26-8-1789 e que, por sua vez, deita raízes no movimento filosófico- humanitário chamado “Iluminismo”, ou Século das Luzes, que teve à frente, dentre outros, o Marques de Beccaria, Voltaire e Montesquieu, Rousseau. Foi um movimento de ruptura com a mentalidade da época, em que, além das acusações secretas e torturas, o acusado era tido com objeto do processo e não tinha nenhuma garantia”.¹⁴

Dizia Bercariaque “a perda da liberdade sendo já uma pena, esta só deve preceder a condenação na estrita medida que a necessidade o exige”¹⁵

Apesar de esta regra ter sido contemplada em diversos países, somente em 1988 com o advento da Constituição Federal é que o princípio da presunção de inocência foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro. Porém, desde muito tempo grande parte dos juristas já faziam uso do princípio é o que se extrai da explicação de Ruy Barbosa¹⁶ com relação ao princípio:

“Não se deve seguir àqueles que preliminarmente enxergam nas acusações que pesam sobre um acusado como verdadeiras, não se deve distanciar da presunção de inocência, comum a todos os acusados, enquanto não comprovada a culpa e transitada a sentença em julgado.”¹⁷

Há divergências no tocante à abrangência do princípio, inclusive quanto à sua terminologia, parte da doutrina entende que o correto seria dizer princípio da não-culpabilidade. Giuseppe Betiol disserta a respeito de tais divergências:

“A presunção de inocência advém da noção geral de que o processo, como um instrumento, não estaria a favor da tirania, mas sim como um instrumento permeado

¹³FONSECA, Adriano Almeida. *O princípio da presunção de inocência e sua repercussão infraconstitucional*, 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=162>>. Acesso em : 10 abr. 2014.

¹⁴TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.5.

¹⁵BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das penas*. São Pauo: Martin Claret, 2005. p.106.

¹⁶BARBOSA, Ruy apud FONSECA, Adriano Almeida. *O princípio da presunção de inocência e sua repercussão infraconstitucional*, 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=162>>. Acesso em : 10 abr. 2014.

¹⁷FONSECA, Adriano Almeida. *O princípio da presunção de inocência e sua repercussão infraconstitucional*, 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=162>>. Acesso em : 10 abr. 2014.

de garantias de plena defesa ao acusado. Estabeleceu-se, portanto, que haveria uma presunção de inocência de todo aquele que fosse absolvido pela falta de provas no decurso do processo.”¹⁸

O que enfatiza a diferença entre a não-culpabilidade e a presunção de inocência. Pois, a declaração de que um indivíduo não é culpado pelo fato de não ter sido condenado em um processo difere da afirmação de que o acusado se presume inocente até a condenação.

O Brasil recepcionou em seu ordenamento jurídico em 1992 o Pacto de São José da Costa Rica que estabelece em seu artigo 8º, inciso I que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

Para Fonseca: O princípio da presunção de inocência reflete diretamente no processo penal, principalmente quando o Estado pretende cautelarmente declarar a prisão de um indivíduo antes de sentença condenatória transitada em julgado. A prisão cautelar exige do Estado um dever de cuidado, pois o que está em xeque é a liberdade individual do cidadão, sob pena de haver antecipação de pena.¹⁹

D’Urso entende que a manutenção do instituto da presunção de inocência preserva o equilíbrio que deve nortear a relação entre o Estado-juiz e o cidadão em uma relação processual, porque a culpabilidade ou a inocência do acusado será verificada por meio de provas durante a instrução processual.”²⁰

Nabuco Filho demonstra que :

“o princípio da presunção de inocência, consagrado na Constituição Federal, de modo simplificado, exige que alguém somente seja considerado culpado pela prática de uma infração penal após um processo onde tenha ocorrido um debate dialético. Donde a acusação demonstra a culpa do acusado e a defesa demonstra a fragilidades dos argumentos da acusação.”²¹

Ainda que aparentemente a prisão cautelar invada o âmbito de incidência do princípio da presunção de inocência, Alexandre de Moraes explica a convivência entre os dois institutos:

¹⁸ FONSECA, Adriano Almeida. *O princípio da presunção de inocência e sua repercussão infraconstitucional*, 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=162>>. Acesso em : 10 abr. 2014

¹⁹ FONSECA, Adriano Almeida. *O princípio da presunção de inocência e sua repercussão infraconstitucional*, 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=162>>. Acesso em : 10 abr. 2014.

²⁰ D’URSO, Luiz Flávio Borges. PEC dos recursos e presunção de inocência. *Revista Jurídica Visão Jurídica*, São Paulo, n.64, p. 25, set. 2011.

²¹ NABUCO FILHO, José. Importância da presunção de inocência. *Revista Jurídica Visão Jurídica*, São Paulo, v.1, n.54, p. 94-95, out. 2010.

“A concretização do princípio da presunção da inocência, não implica na inconstitucionalidade das espécies de prisões provisórias, sejam essas em flagrante, preventiva ou até mesmo temporária, é o que estabelece a jurisprudência, por levar em consideração a legitimidade da prisão cautelar, que pode conviver harmonicamente com a presunção de inocência. Sendo assim, consideram-se legais as prisões em flagrante, preventiva, por pronúncia, temporárias inclusive por sentenças condenatórias não transitadas em julgado.”²²

Para Guilherme de Souza Nuccio princípio da presunção de inocência objetiva garantir :

“[...] primordialmente que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado- acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado- juiz, a culpa do réu.”²³

A conclusão que se chega é que no exercício do Poder-dever Estatal (*ius puniendi*), está vinculado e limitado pelo princípio da presunção de inocência, assim como pelo princípio da legalidade. Além disso, as garantias aos direitos individuais, à ampla defesa e ao contraditório devem ser muito bem observadas, visto à importância dada à liberdade por parte do legislador.

O conjunto de limites impostos ao poder de punir do Estado, conectados com as garantias constitucionais refletem no Código de Processo Penal o garantismo Constitucional em respeito inclusive à dignidade humana do indivíduo.

A proteção à liberdade individual do acusado é dada pelo próprio processo penal, porém em um outro diapasão, o Código de Processo Penal que garante a liberdade do indivíduo também deve garantir o interesse público.

O Código de Processo Penal de 1941 em sua exposição de motivos, no tópico "O espírito do Código" demonstra a busca pelo equilíbrio entre a pretensão punitiva do estado e a liberdade individual do cidadão:

“XVII – Do que vem de ser ressaltado e de vários outros critérios adotados pelo projeto, se evidencia que este se norteou no sentido de obter o equilíbrio entre o interesse social e o da defesa individual, entre o direito do Estado à punição dos criminosos e o direito do indivíduo às garantias e seguranças de sua liberdade.”²⁴

²²MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 13.

²³NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 85.

²⁴ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em : 10 abr. 2014.

Do próprio espírito do Código de Processo Penal se extrai o equilíbrio que deve ser observado entre o direito à liberdade e o direito de punir do Estado.

As garantias constitucionais, bem como os princípios expressos e implícitos da Constituição possuem aplicação direta nas normas processuais penais. Inclusive, quando impostas sanções a um acusado no curso do processo, anterior à condenação.

Nesse sentido, explica Coelho:

“As funções do Direito Penal, assim, podem ser sintetizadas como, por um lado, o controle social, através de mecanismos simbólicos de prevenção. Por outro lado, paralela e paradoxalmente, a garantia do indivíduo frente ao Estado e suas pretensões de intervir sobre a liberdade individual. É no contraponto entre essas duas faces da esfera penal que se pode destacar que o Direito Penal contemporâneo caminha para ser uma esfera jurídica centrada no enaltecimento do ser humano como referência e razão principal das relações sociais.”²⁵

1.3 INSTITUTOS ACAUTELATÓRIOS E A PRIVAÇÃO DA LIBERDADE

Como explicitado no tópico anterior, o processo penal é regado de princípios constitucionais que refletem sobre este o espírito garantidor de direitos a todo cidadão, ainda que acusado da prática de um crime. No entanto, fora visto que o Estado possui legitimidade para aplicar sua força punitiva quando necessário, observado o devido processo legal e as demais garantias.

Fora visto que o princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, inciso LVII da CF, extraindo-se, portanto, a ideia de que nenhum réu poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Decorrente deste princípio, extrai-se que a restrição da liberdade do réu, quando ocorrida antes da sentença definitiva, somente deve ser admitida quando estiver comprovado o seu cabimento, a conveniência, e a real necessidade.

Cabendo, ainda ao Estado o dever de provar a culpa do acusado e somente consubstanciando-se a culpa é que o juiz poderá proceder com a condenação. Uma vez que a dúvida a respeito da culpa é suficiente para fundamentar a absolvição, conforme explica Mirabete.²⁶

²⁵COELHO, Edihermes Marques. As funções do Direito Penal. Boletim Jurídico.

Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=835>. Acesso em: 17 abr. 2014.

²⁶MIRABETE, JulioFabrini. Código de Processo Penal interpretado. 10.ed.São Paulo: Atlas, 2002. p. 43.

É nesse contexto que surge a necessidade de entender a legitimidade e possibilidade de um instituto acautelatório dentro do processo penal que tem por objetivo privar a liberdade de um acusado antes da culpa comprovada e do término do devido processo legal.

Pontes De Miranda, definindo o processo cautelar, explica que: "As medidas cautelares, ou medidas preventivas, são todas as que atendem à pretensão de segurança do direito, da pretensão, ou da prova, ou da ação."²⁷

Segundo David Alves Moreira há frequência na ocorrência em que o Estado se utiliza de medidas cautelares, exemplo disso é quando o Estado na pretensão de garantir uma investigação adequada de um fato, justifica a aplicação de uma prisão. Nas palavras do autor:

“Essas medidas são utilizadas somente em casos de extrema necessidade, principalmente quando se pretende resguardar certas situações que possam sofrer alterações no decorrer do processo, devendo se atentar, porém, para que haja um mínimo de probabilidade de o resultado final ser compatível ao da pretensão, pois essa probabilidade está diretamente ligada ao exame dos fundamentos da própria acusação.”²⁸

Muitas vezes com o intuito de que a prestação jurisdicional se concretize nos mesmos moldes iniciais da demanda, o magistrado se utiliza da prisão cautelar para assegurar o status quo da situação. Segundo David Alves Moreira:

“essas medidas cautelares no âmbito do processo penal estão apoiadas de regras gerais e carecem de cuidados quando da sua utilização, uma vez que o objeto será a privação da liberdade individual do cidadão acusado.”²⁹

1.4 DA PRISÃO PREVENTIVA COMO ESPÉCIE DE MEDIDA CAUTELAR

Faz-se necessário trazer o conceito de prisão, antes do tratamento desta como medida cautelar. Conceituando prisão, Guilherme de Souza Nucci explicita que prisão é: “A privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere.”³⁰

²⁷PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. t.12. p.03.)

²⁸MOREIRA, Alves David. *Prisão provisória*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p.59.

²⁹MOREIRA, Alves David. *Prisão provisória*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 62.

³⁰NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 575.

Na antiguidade, conforme explica Souza³¹ o princípio que vigia no Direito Romano era o de que o réu, cidadão romano, permaneceria em liberdade até que fosse julgado, desde que apresentasse no juízo, fiadores idôneos, com caução do comparecimento em juízo, trata-se da fiança fidejussória, ou seja, um terceiro garantidor. Ressalta-se que tal situação não é admitida no Direito Processual Penal atual.

Nem sempre o ordenamento jurídico admitiu o instituto da prisão preventiva como uma medida cautelar, assecuratória e excepcional. Conforme explica Oliveira:

“O sistema prisional do Código de Processo Penal de 1941, em sua primitiva redação, foi elaborado e construído a partir de um juízo de antecipação de culpabilidade (aqui referida no sentido lato, de responsabilidade penal), na medida em que a fundamentação da custódia (ou prisão) referia-se apenas à lei, e não a uma razão cautelar específica. Todavia, desde a Constituição da República, em 1988, e, mais recentemente, desde a Lei 11.719, de 2008, que promoveu profundas alterações na matéria, ninguém pode negar a atual realidade do Direito Processual Penal brasileiro: toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado da condenação, deverá se fundar em ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, nos exatos termos em que se acha disposto no art. 5º, LXI, ressalvados apenas os casos de transgressão militar ou de crime militar definido em lei, que não serão objeto de nossas considerações. Veja-se, então, a dupla e definitiva determinação constitucional acerca das prisões:

Art. 5º: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

... LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; [...]³²

Há de se observar a diferença existente entre a prisão como espécie de pena, e a prisão na modalidade cautelar, conceituando a prisão como espécie de pena, Fernando CAPEZ determina que prisão pena "é aquela imposta em virtude de sentença penal condenatória transitada em julgado"³³

Com o advento da Constituição de 1988, o Princípio da presunção de inocência passou a integrar o ordenamento jurídico em todas as fases processuais penais. A fase processual e investigatória passam, após a Revolução Francesa a se submeter aos efeitos da presunção de inocência.

Dessa forma, conforme afirma Oliveira, a constituição passou a garantir:

³¹ SOUZA, Marcelo Agamenon Góes de. *Cautelaridade da prisão preventiva*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2004. p. 25.

³² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Processo e Hermenêutica na tutela penal de Direitos Fundamentais*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p.8.

³³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.228.

“a) a instituição de um princípio afirmativo da situação de inocência de todo aquele que estiver submetido à persecução penal; b) a garantia de que toda prisão anterior à condenação definitiva seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente.”³⁴

Observa-se que efeitos deste mesmo princípio são ainda mais claros quando diante de situações em que o Estado de forma cautelar, fazendo uso do seu direito legítimo de punir, aplica prisões antes mesmo do trânsito em julgado de sentenças penais condenatórias. É o caso da prisão preventiva, quando presentes os requisitos e pressupostos.

Nesse mesmo sentido entende Capez "a privação da liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade judicial ou em caso de flagrante delito."³⁵

No tocante à prisão cautelar, este explica que “[...]trata-se de prisão de natureza puramente processual, imposta com finalidade cautelar, destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da execução da pena”³⁶

Ainda sobre o assunto, em momento posterior Fernando Capez entende que prisão preventiva é:

“[...] prisão cautelar de natureza processual decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou processo criminal. Sendo realizada esta prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. E sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores.”³⁷

Nesse mesmo diapasão, prisão preventiva é modalidade de prisão cautelar a ser decretada pela competente, de ofício ou a requerimento das partes, representação do Ministério Público a qualquer momento. Conforme lei 12.403/11 o inquérito é dispensável para a decretação da prisão preventiva, sendo suficiente o embasamento para a decretação de acordo com os requisitos e pressupostos estabelecidos em lei.³⁸

Nesse mesmo sentido explica Rangel "é uma espécie de medida cautelar, ou seja, é aquela que recai sobre o indivíduo, privando-o de sua liberdade de locomoção mesmo sem sentença definitiva”³⁹.

³⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Processo e Hermenêutica na tutela penal de Direitos Fundamentais*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p.8.

³⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.228

³⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.228

³⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

³⁸ SILVA, Amaury; SANTOS, Felipe Miranda dos. *Liberdade Provisória e outras medidas cautelares*. Leme: J. H. Mizuno, 2011.

³⁹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.p. 583)

Segundo Mirabete a prisão preventiva nada mais é do que uma “medida cautelar, constituída da privação de liberdade do indigitado autor do crime e decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal em face da existência de pressupostos legais, para resguardar os interesses sociais da segurança”.⁴⁰

Em seu Código de processo penal comentado este mesmo renomado autor Mirabete⁴¹ explica que:

A prisão preventiva seria dentro do ordenamento jurídico um “mal necessário, pois suprime a liberdade do acusado antes mesmo de uma sentença condenatória transitada em julgado, mas tem por objetivo a garantia da ordem pública, a preservação da instrução criminal e a fiel execução da pena”. Só se justifica em casos especiais em que a custódia provisória seja indispensável.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci⁴² a prisão preventiva é medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei

A prisão cautelar como sendo um gênero, se subdivide em diferentes espécies, todas com previsão legal no Código de Processo Penal, porém o presente trabalho se delimitará somente ao estudo da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública.⁴³

São espécies de prisão cautelar ainda a prisão em flagrante tipificada nos artigos 301 ao 310 (arts. 301 a 310 do CPP), a prisão decorrente da pronúncia elencada no artigo 408, §1º do CPP. A prisão em virtude de sentença condenatória recorrível artigos 393, I e 594 do CPP e por último a prisão temporária prevista na Lei nº 7.960/89).⁴⁴

A aplicação da prisão preventiva, embora tenha previsão expressa no Código de Processo Penal, deve ser muito bem fundamentada a fim de que não ultrapasse os limites legais e não invada arbitrariamente o direito à liberdade, nem tampouco se esbarre no Princípio constitucional da presunção de inocência. A Constituição Federal de 1988, ainda

⁴⁰ MIRABETE, JulioFabrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 10.ed.São Paulo: Atlas, 2002. p. 416.

⁴¹ MIRABETE, JulioFabrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 10.ed.São Paulo: Atlas, 2002. p. 790.

⁴²NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 605.

⁴³ BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em : 10 abr. 2014.

⁴⁴ BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em : 10 abr. 2014.

que tenha garantido a presunção de inocência explicitamente, foi clara ao excepcionar o princípio, neste mesmo artigo.

“ Art. 5º, inciso LXI – ninguém será preso, senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”⁴⁵

Leonir Batisti⁴⁶ exprime que em termos penais em diversos momentos viu-se a manipulação do direito penal como forma de perseguir, com prisões fundamentadas em boatos, condenações infundadas e baseadas em oportunismo de quem detém o poder. Ocorrendo tais fatos a par de um sistema de penas à margem do princípio da dignidade da pessoa

Tal situação expressa não somente uma agressão ao princípio da dignidade da pessoa humana, mas também, uma ofensa ao princípio da presunção de inocência. Visto que a fundamentação em fatos inverídicos, ou condenações infundadas e baseadas no oportunismo dos poderosos, afetam sem dúvida a liberdade, protegida constitucionalmente.

O que existe, portanto, não é um confronto entre as duas regras constitucionais, uma vez que na aplicação dos princípios deve-se observar a proporcionalidade, deve-se existir uma ponderação entre as normas. A jurisprudência e a doutrina admitem a prisão, excepcionalmente, portanto, mesmo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ainda que exista previsão legal para a aplicação da prisão preventiva, há requisitos expressos na própria lei, que limitam a aplicabilidade da prisão. Há princípios aos quais o juiz está vinculado no curso do Processo penal, e também há pressupostos e fundamentos aos quais deve observância, sempre que diante de um caso concreto, no qual vise aplicar a prisão preventiva como medida cautelar.

Do artigo 313 do Código de Processo Penal extrai-se as hipóteses de cabimento da prisão preventiva, o enunciado determina que a prisão preventiva é cabível para crimes dolosos, punidos com pena máxima superior a 4 anos, ou reincidentes. Além disso outra

⁴⁵ BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em : 10 abr. 2014.

⁴⁶BATISTI, Leonir. *Presunção de Inocência*. Apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009.

hipótese de cabimento para a prisão preventiva seria o caso de descumprimento de medida protetiva estabelecida em favor de cidadão em situação de violência familiar ou doméstica.

Ainda, para fins de identificação, quando a prisão perdurar até a obtenção dos dados do indivíduo. Em todas as hipóteses mencionadas, é imprescindível que estejam presentes os fundamentos elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal.

O exame para a aplicação da prisão preventiva é sensível, e carece de cominação abstrata de pena privativa de liberdade, de modo que se a pena imposta não tiver natureza constrictiva, não há que se falar em prisão preventiva, é o que determina o artigo 283§ 1º.

Além disso as excludentes de ilicitude afastam a aplicação desta modalidade de prisão. Trata-se de vedação expressa do artigo 314 do Código de Processo Penal. Além disso em decorrência do princípio da subsidiariedade da prisão, há de se observar que se outras medidas cautelares forem suficientes, não se deve aplicar a prisão preventiva. Outra possível hipótese de prisão preventiva é a situação de réu citado por edital. Neste caso, a prisão se dá com base no artigo 366 do CPP, para garantir a continuidade do processo

1.5 PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA

A observância ao texto constitucional trouxe para o direito processual penal maior responsabilidade para a aplicação da prisão preventiva, visto se tratar de uma prisão ocorrida antes do trânsito em julgado. Para Aury Lopes:

“[...] os pressupostos para a prisão cautelar encontram-se descritos no *fumus commissi delicti*, e os fundamentos, no *periculum libertatis*. Acertadamente, defende que o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do alegado direito de acusação, mas a presença de um fato aparentemente punível (*fumus commissi delicti*). Por sua vez, o risco de não se conceder a medida cautelar não decorre do tempo, mas da situação de liberdade do acusado (*periculum libertatis*).”⁴⁷

Sobre a colidência entre a presunção de inocência e a prisão cautelar e esclarecendo os pressupostos de aplicação da prisão preventiva entende-se que o princípio da presunção de inocência não entra, portanto, em rota de colisão com a prisão cautelar desde que esta tenha o caráter de excepcionalidade e não perca sua qualidade instrumental.

⁴⁷Lopes Jr., Aury. *Direito Processual penal e sua conformidade constitucional*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 30.

A verificação dessas duas características básicas importa no reconhecimento de que a privação de liberdade não pode decorrer de um automatismo legal (prisão cautelar obrigatória), uma vez que o exercício do poder cautelar deverá estar sempre subordinado à comprovação, real, efetiva, concreta do *periculum libertatis*, nem pode ter desvirtuado o seu feito instrumental que tem alicerces fundados numa palavra-chave: a necessidade. O exercício do poder cautelar, no processo penal, para preservar o princípio constitucional da presunção de inocência, não poderá ser, em resumo, nem automático, nem desnecessário.

1.5.1 Da Autoria e Materialidade (*fumus comissi delicti*)

O artigo 312 do Código de Processo Penal em seu caput determina que “ 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.”

Tem-se, portanto, no caput do artigo os pressupostos necessários para a decretação desta modalidade de prisão cautelar. O conjunto destes dois requisitos indicam para o processo penal uma probabilidade de condenação, traduzem então o “ *fumus comissi delicti*”, isso indica a presença de razoável material probatório (RANGEL 2005, p. 587)

Para Capez:

“O Juiz somente poderá decretar a prisão preventiva se estiver demonstrada a probabilidade de que o réu tenha sido autor de fato típico e ilícito.” São pressupostos para a decretação:

- a) prova da existência do crime (prova da materialidade delitiva);
- b) indícios suficientes de autoria.”⁴⁸

De acordo com Mirabete⁴⁹ a materialidade do crime é pressuposto fundamental para a decretação da prisão preventiva, assim como os indícios suficientes da autoria do crime. Ou seja, o fato criminoso deve estar devidamente comprovado por meio de provas concretas da existência do crime.

Não se admite, portanto, para a decretação da prisão preventiva que haja mera suspeita da existência de um crime. Com relação ao segundo, mas não menos importante requisito, a

⁴⁸CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

⁴⁹MIRABETE, JulioFabrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 10.ed.São Paulo: Atlas, 2002. p.799.

certeza da autoria não precisa estar devidamente concretizada, porém deve haver os indícios suficientes desta autoria a ser verificada pelo juiz no caso concreto.

Em se tratando de uma exceção ao sistema de liberdades individuais é necessário que haja cautela na decretação desta prisão. É imprescindível a presença do *fumus comissi delicti*, expressão análoga ao *fumus boni iuris*.

Não há o que se falar em infringência ao princípio da presunção de inocência, sob o argumento de que a superficialidade com que é tratada a cognição deste primeiro pressuposto ensejaria no arbítrio para a privação da liberdade individual, uma vez que além do pressuposto inicial (*fumus comissi delicti*) a prisão preventiva carece de fundamentação a respeito das circunstâncias que indicam a necessidade da medida cautelar.

Ou seja, a necessidade da medida cautelar, o objetivo e circunstâncias devem estar devidamente comprovadas.⁵⁰

A respeito do tema, no tocante à exigência de prova da materialidade e indícios de autoria o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que:

“Prisão Preventiva. Prova Bastante da existência do crime e suficientes indícios de autoria, para efeito de tal prisão. Não se pode exigir, para esta, a mesma certeza que se exige para a condenação. Princípio da confiança nos juízes próximos das provas em causa, dos fatos e das provas, assim, como meios de convicção mais seguros de que os juízes distantes. O *in dubio pro reo* vale ao ter o juiz que absolver ou condenar, não, porém, ao decidir se decreta, ou não, a custódia preventiva”⁵¹

Conclui-se, assim, que a prisão preventiva tem por pressuposto indícios suficientes de autoria e prova da materialidade.

1.5.2 Fundamentos para a Prisão Preventiva

A medida cautelar deve ser utilizada, como visto anteriormente, em caráter excepcional em observância à necessidade de sua aplicação que é dada pela primeira parte do Caputo do artigo 312 do Código de Processo Penal: garantia de ordem pública, garantia da

⁵⁰FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. P. 357.

⁵¹BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Habeas Corpus. HC 4302603 PR. Quarta Câmara Criminal. Impetrante: Bel. Marcio Zanin Giroto. Impetrado: Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Ribeirão do Pinhal. Relator: Miguel Pessoa, Data de Julgamento: 30/08/2007, disponível em: <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6267613/habeas-corpus-crime-hc-4302603-pr-0430260-3/inteiro-teor-12393751> acesso em 12 abr. 2014

ordem econômica, conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, além disso é cabível para substituir medida cautelar imposta e descumprida pelo réu.

Dessa forma, a medida cautelar deve ser aplicada somente se a continuidade do indivíduo acusado representar comprovadamente um risco a sociedade, sob a alegação de qualquer um desses fundamentos. (*periculum libertatis*)

Caberá ao magistrado no caso concreto verificar a existência de pelo menos um dos fundamentos elencados no artigo 312 do CPP. Neste momento, não basta a mera presunção de que a liberdade do acusado afetaria um dos requisitos do artigo, há de se fundamentar, por força do princípio da presunção de inocência” As provas devem ser contundentes de modo que demonstrem para o juiz que caso o réu permaneça em liberdade afetaria ou a ordem pública, ou a ordem econômica, ou a aplicação da lei, ou até mesmo a conveniência da instrução criminal, é o que ensina⁵²

A prisão preventiva, como instituto cautelar excepcional deve ser aplicada parcimoniosamente, quando demonstrada a necessidade. Não é suficiente a comoção social, ou modo de execução do crime, ou insuficientes condições e circunstâncias pessoais. Há de existir fato gerador de necessidade para sua aplicação.

O que demonstra claramente a excepcionalidade da prisão preventiva. A necessidade de perigo advindo da liberdade do acusado é o centro da questão, portanto, a falta de fundamento por parte do juiz, ou até mesmo a fundamentação baseada em fatores que não demonstram de fato um risco aos fundamentos descritos no artigo 312, são ilegítimos.

A alegação descompromissada de que há clamor social pela prisão do acusado, bem como os argumentos baseados no modo de execução e circunstâncias pessoais não devem prosperar. Pois a fundamentação do juiz deve necessariamente ser extraída de um fato concreto que leve o juiz a crer que há *periculum libertatis*.

A jurisprudência corrobora o entendimento de que existe necessidade de motivação para a aplicação dos fundamentos da prisão preventiva, ou seja, não basta o juiz dizer que a liberdade do réu afeta o processo ou mesmo representa risco à ordem pública, posto que a liberdade é um direito fundamental. O STJ sabiamente decidiu que:

⁵²TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.576)

“A liberdade é a regra no Estado de Direito Democrático; a restrição à liberdade é a exceção, que deve ser excepcionalíssima, aliás. Ninguém é culpado de nada enquanto não transitar em julgado a sentença penal condenatória; ou seja, ainda que condenado por sentença judicial, o acusado continuará presumidamente inocente até que se encerrem todas as possibilidades para o exercício do seu direito à ampla defesa. Assim, sem o trânsito em julgado, qualquer restrição à liberdade terá finalidade meramente cautelar. A lei define as hipóteses para essa exceção e a Constituição Federal nega validade ao que o Juiz decidir sem fundamentação. O pressuposto de toda decisão é a motivação; logo não pode haver fundamentação sem motivação. Ambas só poderão servir gerando na decisão a eficácia pretendida pelo juiz se amalgamadas com suficientes razões.”⁵³

Adiante será explicado o conceito dos quatro fundamentos que traduzem o *Periculum libertatis*, ou seja, o perigo trazido pela liberdade do acusado, com ênfase na garantia de ordem pública que é o objeto do segundo capítulo deste trabalho o qual se destina à observância dos problemas que permeiam tal fundamento.

1.5.3 Prisão por Conveniência da Instrução Criminal

A Conveniência da instrução criminal se traduz pela necessidade de se acautelar o processo, o argumento está inserto no inciso III do art. 312 do Código de Processo Penal. Para Mirabete, a prisão por conveniência da instrução criminal pode ser decretada para assegurar a prova processual contra a ação do criminoso, que pode fazer desaparecer provas do crime, apagando vestígios, subornando, aliciando ou ameaçando testemunhas etc.

Infere-se, portanto, que a conduta do réu que vise a frustração da instrução criminal enseja na necessidade do magistrado de acautelar-se de possíveis condutas futuras que no caso frustrariam a perfeita instrução criminal. Como exemplo: O réu que nas proximidades de ser julgado tentar aliciar os jurados do tribunal do júri. Ou mesmo o Réu que muda de endereço sem comunicar o juízo e jamais foi encontrado no endereço fornecido.

Conforme se extrai da ideia de Fernando Capez⁵⁴:

“A iminente fuga do acusado do distrito da culpa que frustre a execução penal, a falta de residência fixa, falta de ocupação lícita ou outro fator que o vincule ao distrito da culpa indica possibilidade de evasão.”

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC:1995-10-02;3871-101864*. Quinta Turma. Impetrante: Jose Renato Bopp Meister. Impetrado: Terceira Camara Criminal do Tribunal do Estado do Rio grande do Sul. Relator: Ministro Edson Vidigal. Brasília, 2 de outubro de 1995. Disponível em: <file:///C:/Users/User/AppData/Local/Temp/HC+38710+95+RELATOR+MIN+EDSON+VIDIGAL.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2014.

⁵⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 244.

Não basta o magistrado afirmar que o a prisão se fundamenta na conveniência da instrução criminal, pois ao dizer que o réu em liberdade representa um perigo à conveniência da instrução criminal, o juiz estaria obrigado a motivar o porquê de tal afirmação, e a alegação deveria estar fundamentada em fatos que comprovem o risco, o perigo da liberdade.

Marcelo Agamenon Góes de Souza, ratifica o entendimento de que a fundamentação é imprescindível para a decretação da prisão preventiva:

“O juiz ao decretar a prisão preventiva, deve, necessariamente, fundamentar o seu despacho, isto é, fazer um apanhado de plano do constante nos autos e deixar, de maneira mais clara possível demonstradas as razões que, no seu entender, geraram fundadas suspeitas da culpabilidade do indiciado, além de, obrigatoriamente, deixar evidenciadas, afora a existência dos requisitos já mencionados, as causas da necessidade da medida. A fundamentação da prisão preventiva é, hoje, mais sério. Senão, o mais difícil aspecto da matéria e que vem ensejando as mais divergentes opiniões também com reflexos os mais negativos dentro da sociedade, chegando, face ao incalculável número de habeas corpus concedidos, sob essa alegação, isto é, de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva, a se construir também em grande estímulo à criminalidade.”⁵⁵

1.5.4 Garantia da Aplicação da Lei Penal

A Medida cautelar, prisão preventiva, quando pautada na garantia da aplicação da lei penal segue os mesmos ditamos do fundamento explicado no tópico anterior, (conveniência da instrução criminal), sendo assim, também deve obediência ao princípio da presunção de inocência, devendo a decisão sempre que pautada neste fundamento ser fundamentada claramente.

A prisão preventiva fundamentada pela garantia da aplicação da lei penal se dá normalmente em situações em que anteriormente o réu já havia apresentado um comportamento que frustrasse a aplicação da lei penal, ou seja: empreendeu fuga ou esteve na iminência de empreender. A suspeita ou presunção não é fundamento válido para consubstanciar a prisão pautada na garantia da aplicação da lei penal, é o que ensina Marcelo Agamenon Góes de Souza.⁵⁶

Já Mirabete entende que:

“O acusado que não tem profissão definida, não possui endereço conhecido, não reside no distrito da culpa, não tem laços familiares etc. pode perfeitamente evitar a

⁵⁵ SOUZA, Marcelo Agamenon Góes de. *Cautelaridade da prisão preventiva*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2004. p. 117.

⁵⁶ SOUZA, Marcelo Agamenon Góes de. *Cautelaridade da prisão preventiva*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2004. p. 126.

aplicação da lei penal, sem maiores prejuízos para si, desaparecendo da comarca, inclusive dirigindo-se a outro Estado onde sua localização se torna mais difícil. A fuga ou escusa em atender ao chamamento judicial, dificultando o andamento do processo, retarda ou torna incerta a aplicação da lei penal, justificando a custódia provisória.”⁵⁷

Para o Supremo Tribunal Federal (STF) “a simples fuga do acusado do distrito da culpa, tão logo descoberto o crime praticado, já justifica o decreto de prisão preventiva”. (RT 497/403)

O entendimento do Supremo Tribunal Federal é diferente de mera presunção, pois exige um fato do acusado para a decretação da prisão, qual seja: a fuga do distrito da culpa.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende que a mudança de endereço do acusado sem aviso ao distrito da culpa enseja em razão suficiente para a decretação da prisão preventiva.

“Penal- Processual- Réu que muda de endereço e deixa de notificar o juízo- Prisão Preventiva- Conveniência da instrução criminal- Aplicação da Lei penal- Habeas Corpus. 1. É dever do réu informar ao Juízo eventual mudança de endereço. Prisão preventiva corretamente decretada, com fundamento na conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal. 2. Habeas corpus conhecido; pedido indeferido.”⁵⁸

Não é suficiente a simples decisão do juiz de aplicar a prisão preventiva com base na conveniência da instrução criminal ou na aplicação da lei penal, há de se observar a incidência de uma situação que respalde o entendimento do juiz.

1.5.5 Da Garantia de Ordem Econômica

Segundo Mirabete⁵⁹“o fundamento foi inserido no Código de Processo Penal pelo artigo 86 da lei nº 8.884. A lei prevê que há infringência na ordem econômica quando as condutas do acusado forem capazes de “limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a concorrência ou livre iniciativa, dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros, e exercer de forma abusiva posição dominante.” O fundamento da

⁵⁷ MIRABETE, JulioFabrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 10.ed.São Paulo: Atlas, 2002. p. 812)

⁵⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Habeas Corpus. HC 11889 GO 2000/0002823-1, Quinta Turma. Impetrante: Raimundo Lisboa Pereira e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Goiás. Data de Publicação: DJ 02/05/2000 p. 154 RMP vol. 14 p. 338 RSTJ vol. 132 p. 486), acesso em: 10 abr. 2014, Disponível em: http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/HC_11889_GO_1268904927490.pdf?Signature=XSNnPSAXOORAxDtynfKRFA7MfUA%3D&Expires=1412876644&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=eff533447be705437932d05847d8c7d

⁵⁹ MIRABETE, JulioFabrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 10.ed.São Paulo: Atlas, 2002. p. 810)

garantia de ordem econômica e da garantia de ordem pública estão elencados no artigo 312, I e II do Código de Processo Penal. A doutrina aproxima os dois conceitos visto ao conceito vazio que ambos os fundamentos possuem.

Conforme explica De Plácido e Silva⁶⁰, a ordem pública seria "a situação e o estado de legalidade normal em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto".

Nesse sentido, garantir a ordem pública significa garantir a paz social. Porém, trata-se de um conceito totalmente abstrato e que requer do juiz atenção especial antes de sua utilização. É sabido que o crime é uma conduta dotada de reprovabilidade por parte da sociedade, sendo assim, caso fosse considerada a ordem pública como a sensação genérica de paz existente na sociedade no momento anterior ao crime.

Certamente a prisão preventiva se tornaria medida obrigatória e perderia o seu caráter excepcional. Esse e outros problemas que permeiam tais conceitos serão tratados de maneira profunda neste segundo capítulo que se inicia no aprofundamento do argumento de garantia de ordem pública.

⁶⁰ De Plácido e Silva apud TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 577.

2 O PROBLEMA DO CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA

O capítulo primeiro deste trabalho tratou da legitimidade do Estado para a aplicação de medidas cautelares que visam privar a liberdade individual do cidadão. Abordou, ainda, a incidência e a possível convivência do princípio da presunção de inocência com a prisão preventiva, explicando para tanto os fundamentos e pressupostos necessários para a decretação desta modalidade de prisão.

Ocorre que ao adentrar na análise dos fundamentos necessários para a aplicação legal da prisão preventiva, o tema se torna mais complexo, merecendo assim, um capítulo que se destine a esclarecer as questões controversas, polêmicas no tocante ao assunto. É com esse intuito que o presente trabalho abordará o fundamento de garantia de ordem pública para decretação da prisão preventiva.

Embora haja divergências de opiniões tanto a jurisprudência quanto a doutrina majoritária têm entendido a possibilidade de convivência entre a prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência, porém, a aplicação desta prisão pelos magistrados muitas vezes não se fundamenta de maneira adequada, visto que muitas vezes, se pauta no conceito amplo de ordem pública, o qual não é dado pela lei. E dessa forma não se consubstancia o motivo para que a prisão não perca o seu caráter excepcional.

O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do HC 102065 foi claro ao definir no que consiste ordem pública:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME HEDIONDO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA E CLAMOR PÚBLICO. TENTATIVAS CONCRETAS DE INFLUENCIAR NA COLETA DA PROVA TESTEMUNHAL. ORDEM DENEGADA. 1. O conceito jurídico de ordem pública não se confunde com incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 da CF/88). Sem embargo, ordem pública se constitui em bem jurídico que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de tráfico de entorpecentes e drogas afins). Daí sua categorização jurídico-positiva, não como descrição do delito nem cominação de pena, porém como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação ou de insegurança que já se localizam na gravidade incomum da execução de certos crimes. Não da incomum gravidade abstrata desse ou daquele crime, mas da incomum gravidade na perpetração em si do crime, levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito ou, de qualquer forma, representará agravo incomum a uma objetiva noção de segurança pública. Donde o vínculo operacional entre necessidade de preservação da ordem pública e acautelamento do meio social. Logo, conceito de ordem pública que se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio (assim como da violação à saúde pública), mas que se enlaça

umbilicalmente à noção de acautelamento do meio social. 2. É certo que, para condenar penalmente alguém, o órgão julgador tem de olhar para trás e ver em que medida os fatos delituosos e suas coordenadas dão conta da culpabilidade do acusado. Já no tocante à decretação da prisão preventiva, se também é certo que o juiz valora esses mesmos fatos e vetores, ele o faz na perspectiva da aferição da periculosidade do agente. Não propriamente da culpabilidade. Pelo que o quantum da pena está para a culpabilidade do agente assim como o decreto de prisão preventiva está para a periculosidade, pois é tal periculosidade que pode colocar em risco o meio social alusivo à possibilidade de reiteração delitiva (cuidando-se, claro, de prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública). 3. Não se acha devidamente motivado o decreto de prisão que, quanto à ordem pública, sustenta risco à credibilidade da justiça e faz do clamor público fundamento da custódia preventiva. É que tais fundamentos não se amoldam ao balizamento constitucional da matéria. 4. Na concreta situação dos autos, esse ponto de fragilidade não se estende, porém, ao segundo fundamento do decreto de prisão preventiva. É falar: a segregação cautelar para o resguardo da instrução criminal não é de ser afastada pela carência de fundamentação idônea. Isso porque, no ponto, o decreto de prisão preventiva está assentado em manobras operadas pelo paciente para tentar alterar depoimentos de testemunhas. O que é suficiente para preencher a finalidade do art. 312 do Código de Processo Penal, no ponto em que autoriza a prisão preventiva para a preservação da instrução criminal, mormente nos casos de crimes dolosos contra a vida. Crimes cujo julgamento é timbrado pela previsão de atos instrutórios também em Plenário do Júri (arts. 473 a 475 do CPP). 5. Ordem denegada.”⁶¹

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) reitera a necessidade de fundamentação para a aplicação da prisão preventiva:

“RECURSO ORDINÁRIO. HABEAS CORPUS. DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 311 DO CPP. VIA INADEQUADA. COMPETÊNCIA DO STF. PRECEDENTES. REITERAÇÃO DELITIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ILEGALIDADE INEXISTENTE. 1. O habeas corpus não é o meio adequado para a arguição de inconstitucionalidade de dispositivo legal, devendo tal questão ser dirimida pela via processual própria e perante o Tribunal competente, qual seja, o Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102 da Constituição Federal. Precedentes. 2. A prisão preventiva constitui medida excepcional ao princípio da não culpabilidade, cabível, mediante decisão devidamente fundamentada, quando evidenciada a existência de circunstâncias concretas que demonstrem a necessidade da medida extrema. 3. Prisão preventiva decretada e mantida no intuito de evitar a reiteração criminosa. Ilegalidade inexistente. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que a reiteração delitiva constitui fundamento idôneo para amparar a decretação da custódia cautelar para garantia da ordem pública. 4. Recurso ordinário em habeas corpus improvido.”⁶²

Ainda sobre a fundamentação da prisão preventiva entendeu no HC nº 76223/RN, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Laurita Vaz que:

⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC 102065 PE*. Segunda Turma. Impetrante: José Apolônio de Oliveira; José Augusto Branco e Outro(A/S). Impetrado: José Moreira De Andrade; Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 23 de novembro de 1995. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19736149/habeas-corpus-hc-102065-pe>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus. *RHC 38402 MG 2013/0184686-9*. Sexta Turma. Recorrente: Cássio Luís Soares(Preso). Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 08 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24348947/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-38402-mg-2013-0184686-9-stj>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PREVENTIVA. FUNDAMENTOS. GRAVIDADE DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIA SUBSUMIDA NO TIPO. VÍTIMA QUE SE ENCONTRAVA CUMPRINDO PENA EM REGIME ABERTO. ABALO À CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA. MOTIVAÇÕES INIDÔNEAS. 1. A prisão preventiva deve ser decretada se expressamente for justificada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal. 2. Deve o decreto prisional ser necessariamente fundamentado de forma efetiva, não bastando meras referências quanto à gravidade genérica do delito, sem demonstração com base em dados concretos extraídos dos autos, da necessidade da custódia dos acusados, dada sua natureza cautelar. 3. A circunstância de estar a vítima, à época dos fatos, cumprindo pena, por si só, não justifica a decretação da prisão preventiva dos Pacientes para assegurar a credibilidade da justiça. Precedentes. 4. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva dos Pacientes, se por outro motivo não estiverem presos.”⁶³

O grande problema da prisão preventiva pautada na garantia da ordem pública está na flexibilização deste conceito, isto é, o juiz ao decretar a prisão preventiva valendo-se da ordem pública, muitas vezes, estende este conceito, o que prejudica a legalidade da prisão.

Sérgio Marcos de Moraes Pitombo (2000, p. 127), explica que a garantia da ordem pública costuma ser "posta para absorver qualquer situação, alargando-lhe, sem medida, a interpretação, a qual, por sua natureza, precisa emergir estrita". O que jamais merece prosperar. Nesse sentido, diversos conceitos já foram dados para tentar erroneamente definir a ordem pública.

Basileu Garcia ao abordar o tema prescreve que:

“O magistrado ao decretar a prisão preventiva com base na garantia de ordem pública, evitará que o delinquente volte a delinquir, ou procurará motivos que demonstrem que o acusado é acentuadamente propenso à prática de crimes, e se posto em liberdade, este praticaria novamente o delito já praticado. Trata-se de indivíduos cuja vida social já é abarrotada de ofensas às leis penais, e o que objetiva, portanto é evitar novas violações.”⁶⁴

2.1 A GARANTIA DE ORDEM PÚBLICA E A NATUREZA DO CRIME

A ordem pública, como visto, está ligada à periculosidade do agente para com a sociedade, tem a ver com a paz social e saúde pública, porém, há hipóteses em que a fundamentação inidônea preconiza que a natureza do crime pressupõe que a ordem pública estaria afetada. O que não é correto, pois entender a natureza do crime como um fator

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus :HC 76223 RN 2007/0021225-5. Quinta Turma. Impetrante: Aldeci Roberto Kelis e Outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 16 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19200466/habeas-corpus-hc-76223-rn-2007-0021225-5>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

⁶⁴ GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1945. v. 3. p. 475-476.

suficiente para deduzir que o acusado representa um perigo à ordem pública, seria admitir a antecipação da culpa e da pena ao acusado, o que afronta o princípio da presunção de inocência.

O Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 08/05/2007 assevera que a prisão preventiva não deve ser imputada como maneira de antecipar a pena a um acusado e que a natureza grave não serve como resposta na busca de um conceito definidor de “ordem pública”:

“Não constituem fundamentos idôneos à prisão preventiva a invocação da gravidade abstrata ou concreta do delito imputado, definido ou não como hediondo - muitas vezes, inconsciente antecipação da punição penal. Precedentes. 2. Ademais, ainda que se admitissem, em tese, os apelos à ordem pública, que estaria comprometida pela repercussão social do fato -, ou mesmo pelo denominado "temor social", essa motivação, no caso, se teria esvaído por completo pelo decurso de quase 6 anos da prisão dos Pacientes. V. Liberdade provisória deferida”.⁶⁵

Da mesma maneira entendeu Relator Maurício Corrêa n HC n° 82446/MG, explicitando que: "O caráter hediondo do crime não consubstancia motivo suficiente à adoção da prisão preventiva automática, de muito abolida do sistema processual penal brasileiro”⁶⁶

Observa-se, então, que a prisão preventiva para garantir ordem pública não deve ter como fundamento a gravidade de um crime, pois o delito praticado necessariamente já é o tipo penal do crime e por sua natureza possui reprovabilidade. Aceitar o argumento de que a reprovabilidade do crime por si seria suficiente para garantir a ordem pública, desrespeita diretamente o princípio da presunção de inocência, pois tal arbitrariedade representa antecipação de pena de alguém que sequer foi condenado em um processo legal.

Porém, a questão é controversa, visto que há entendimentos em que a gravidade dos delitos e das circunstâncias em que foram praticados servem como fundamento para atribuir sentido ao fundamento de garantia de ordem pública.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 90064 SP*. Primeira Turma. Impetrante: Alexandre da Silva Almeida e outros. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 08 de maio de 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14728794/habeas-corpus-hc-90064-sp>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 82446 MG*. Segunda Turma. Impetrante: Ricardo Athayde Vasconcelos, Sérgio Carvalho. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 23 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14745746/habeas-corpus-hc-82446-mg>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

2.2 A CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA

A medida cautelar deve sempre atingir sua finalidade dentro do processo, não sendo aceita a sua utilização como forma de promover um objetivo fim à parte do processo. Garantir o resultado útil do processo é o objetivo primário da medida, portanto, a sua utilização como meio de demonstrar credibilidade da justiça se afasta da finalidade para a qual foi criada. O que não é correto. Portanto, a credibilidade da justiça não serve como fundamento para conceituar a ordem pública.

O Ministro Celso de Mello entendeu pela não aplicação da credibilidade da justiça como justificativa para a privação cautelar da liberdade do indivíduo, pois tal fato retiraria a cautelaridade da prisão preventiva.

"Não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação do ato excepcional de privação cautelar da liberdade individual, a alegação de que o réu, por dispor de privilegiada condição econômico-financeira, deveria ser mantido na prisão, em nome da credibilidade das instituições e da preservação da ordem pública"⁶⁷

No mesmo sentido foi decidido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), o Ministro Eros Grau:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. NECESSIDADE. 1. Prisão preventiva para garantia da ordem pública. O Supremo Tribunal Federal vem decidindo no sentido de que esse fundamento é inidôneo quando vinculado à invocação da credibilidade da justiça e da gravidade do crime.”⁶⁸

A busca por um conceito estrito para o termo ordem pública é objeto de grande discussão na doutrina, porém não há positivado no ordenamento jurídico um conceito que permita ao intérprete se ater ao princípio da legalidade, agindo estritamente de acordo com o que está previsto em lei. Fica a cargo do juiz no caso concreto enquadrar ou não a prisão preventiva com base na ordem pública, visto que o conceito é dado pelo juiz ao julgar o caso.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 80719 SP*. Segunda Turma. Turma. Impetrante: Antônio Marcos Pimenta Neves; Antônio Cláudio Mariz de Oliveira e Outros. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 26 de junho de 2001. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2998699/habeas-corpus-hc-80719-sp>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 86158 SP*. Segunda Turma. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 19 de setembro de 1995. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2014.

Daí, decorre a necessidade de se aplicar o princípio da presunção de inocência, a fim de cessar arbítrios, de restringir a incidência do conceito, de modo que a prisão preventiva permaneça com seu caráter excepcional e não se torne a regra. Deve haver sempre uma ponderação na análise de cada caso, entre o direito à liberdade e o jus puniendi.

2.3 CLAMOR PÚBLICO E A ORDEM PÚBLICA

Muitas vezes devido a repercussão social de um crime, antes mesmo da culpa comprovada em processo, a sociedade exige do Estado uma resposta para o fato criminoso. Porém, a resposta ao fato criminoso somente deverá ser dada após a apuração do fato em um processo legal. A prisão preventiva não serve como instrumento para antecipar pena ou mesma para responder ao clamor público. Nesse sentido, foi o voto do relator Ministro Celso de Melo no HC 80719-4/SP:

“O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público – precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) – não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação análoga do que se contém no art. 323, V do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal”⁶⁹

Sobre a repercussão do crime como sinônimo de ordem pública:

“A simples repercussão do fato, porém, sem outras consequências, não se constitui em motivo suficiente para a decretação da custódia, mas está essa justificada se o acusado é dotado de periculosidade, na perseverança na prática delituosa, ou quando denuncia na prática do crime perseveram, malvadez, cupidez e insensibilidade moral.”⁷⁰

Já para Capez “a prisão cautelar com base na garantia de ordem pública é decretada com a finalidade de impedir que o agente solto, continue a delinquir, ou de acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça, em crimes que provoquem grande clamor popular.”⁷¹

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 80719 SP*. Segunda Turma.. Impetrante: Antônio Marcos Pimenta Neves; Antônio Cláudio Mariz de Oliveira e Outros. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 26 de junho de 2001. Disponível em:

<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2998699/habeas-corpus-hc-80719-sp>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

⁷⁰ MIRABETE, JulioFabrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 10.ed.São Paulo: Atlas, 2002. p.803)

⁷¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.239.

Os motivos relevantes para a prejudicialidade à ordem pública estão voltados para a periculosidade do agente para com a sociedade, o que está em discussão não seria o *modus operandi* do crime já praticado, nem tampouco a repercussão do caso aos olhos da sociedade.

2.4 PERICULOSIDADE DO RÉU

A ordem pública como anteriormente explicitado refere-se à saúde pública, ao sentimento de paz social dentro da sociedade, dessa forma, a comprovação de que um indivíduo representa para aquela sociedade um perigo, é suficiente para fundamentar a ordem pública. A decretação da prisão preventiva com base na periculosidade do agente é constitucional, legítima e está de acordo com o princípio da presunção de inocência.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci, “devemos conferir à garantia da ordem pública um significado realmente concreto, distante de ilações ou presunções de gravidade abstrata de qualquer infração penal.”⁷²

Sendo assim, entende-se que não adianta a busca de uma interpretação aberta a um conceito que na verdade deveria ser fechado. Diversas foram as interpretações já atribuídas ao conceito, porém, apesar de a situação ainda ser controversa, o conceito vem se solidificando, no sentido de que não pode servir como antecipação de pena, nem tampouco agredir o princípio da presunção de inocência quando se busca um conceito exato à ordem pública.

Os julgados em um momento ou outro reconheciam, equivocadamente, como fundamento, justificativas diferentes. É o que se observa no julgado da 2ª Turma do STF no RHC 65.043:

"No conceito de ordem pública, não se visa apenas prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser revelada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa."⁷³

Outro exemplo foi o julgado do RHC 2775-4 do STJ:

"A prisão preventiva pode ter como fundamento a garantia da ordem pública. A constrição ao exercício do direito de liberdade é justificada cautelarmente, a fim de

⁷²NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.

⁷³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus. 2ª Turma – RHC 65.043 – rel. Min. Carlos Madeira). Acesso em: 12 ago. 2014. Disponível em> www.stj.jus.br

evitar repetição de conduta delituosa ou reagir a vilania do comportamento delituoso, que, por suas características, gera vigorosa reação social”⁷⁴

É importante por fim, adentrar no estudo das contribuições advindas da Lei nº 12.403, de 04/05/2011 que trouxe para o artigo 312 do Código de Processo Penal um parágrafo único, a fim de que se possa verificar as possíveis inovações trazidas, e em que contribuiu para a interpretação do conceito de ordem pública. É o que será tratado no terceiro capítulo deste trabalho.

⁷⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 2775-4, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julgado em 13/09/93)Acesso em: 12 ago. 2014. Disponível em> www.stj.jus.br

3 OS REFLEXOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, A GARANTIA DE ORDEM PÚBLICA E AS INOVAÇÕES DA LEI 12.403/2011

A Lei 12.403/2011 trouxe para o processo penal medidas cautelares diversas da prisão, além disso, alterou o instituto da prisão preventiva, bem como da prisão em flagrante. Além disso, a nova lei previu um cadastro de mandados de prisão no CNJ. Trouxe a obrigatoriedade de comunicação instantânea da prisão ao Ministério Público e ainda a remessa da cópia do APF (auto de prisão em flagrante) à Defensoria Pública, sempre que não houver defesa constituída.

Por fim, aboliu-se do sistema, a prisão administrativa do artigo 319. Segundo o Professor David Medina da Silva⁷⁵

“A Lei 12.403/2011 sofreu influência do Código de Processo Penal de Portugal, ao tratar do princípio da proporcionalidade nas medidas cautelares. Dessa forma, tem-se que a aplicação de toda medida cautelar deve observância ao binômio estabelecido pelo princípio necessidade x adequação”⁷⁶

Deve-se observância ainda à natureza instrumental da medida cautelar, visto que esta existe em razão do processo principal, de modo que esta, somente serve para a regular tramitação do processo principal e ao interesse social. O Professor David Medina da Silva aponta a prisão preventiva como medida subsidiária, visto que a própria lei assim o faz:

“Como decorrência do princípio da proporcionalidade, a lei consagra, expressamente, a subsidiariedade da prisão, o que implica que a prisão será utilizada como ultima ratio. Com efeito, estabelece o §4 que o juiz pode, em último caso, decretar a prisão preventiva, e o §6 determina que “ a prisão preventiva será decretada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”. Isso Não significa porém, que o juiz deva primeiramente aplicar outras medidas, e apenas diante da ineficácia concreta destas, decretar a prisão. O que se exige é um juízo de insuficiência hipotética de outra medida melhor”⁷⁷

É de suma importância ressaltar que a medida cautelar não se confunde com a antecipação de tutela, visto que a primeira serve como instrumento para garantia da pretensão punitiva, enquanto a segunda, sendo que a segunda é instituto de direito civil.

⁷⁵ E Promotor de Justiça Coordenador do Centro de apoio operacional criminal do MPRS, Professor da Fundação escola superior do MP

⁷⁶ SILVA, David ,Medina da. *Prisão e liberdade na lei nº 12.403/2011*. Disponível em: http://www.mpba.mp.br/atuacao/criminal/material/PRISAO_E_LIBERDADE_NA_LEI_N_12_403_2011_Da_vid_Medina_da_Silva_.pdf. Acesso: 10 set. 2014).

⁷⁷ SILVA, David ,Medina da. *Prisão e liberdade na lei nº 12.403/2011*. Disponível em: http://www.mpba.mp.br/atuacao/criminal/material/PRISAO_E_LIBERDADE_NA_LEI_N_12_403_2011_Da_vid_Medina_da_Silva_.pdf. Acesso: 10 set. 2014

O artigo 283 do CPP determina as hipóteses de prisões cautelares, dentre as quais está a prisão preventiva:

“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).”⁷⁸

Conforme já abordado, os fundamentos e requisitos que autorizam a prisão preventiva, estão elencados no artigo 312 do CPP, complementados pela Lei 12.403/11. Não se deve ainda esquecer dos direitos e princípios constitucionais, com maior destaque ao princípio da presunção de inocência.

“Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).”⁷⁹

Ainda que não haja trânsito em julgado de sentença penal condenatória, a prisão preventiva e a presunção de inocência coexistem, porém, há necessidade de que fique comprovada a presença dos pressupostos de materialidade e autoria, bem como os requisitos da prisão preventiva.⁸⁰

Por isso, entende-se a prisão preventiva como sendo uma exceção, ao contrário da liberdade que é a regra. Então, faz-se necessária a demonstração concreta de que a prisão aplicada preventivamente se adequa às condições estabelecidas no artigo 312 do Código de Processo Penal, sob pena de prisão ilegal, passível, portanto de Habeas Corpus.⁸¹

A garantia da ordem pública como um dos fundamentos para a prisão preventiva, ainda que seja um conceito indefinido, teve seu teor inalterado pela nova redação do artigo 312 do Código de Processo Penal dada pela lei 12.403/11. O Conceito amplo e aberto, conforme já explorado, já foi debatido na doutrina, que de diversas formas já tentou dar uma definição exata ao termo.

⁷⁸ BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em : 10 abr. 2014

⁷⁹ BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em : 10 abr. 2014

⁸⁰ PEREIRA, Geraldo Lopes. *Prisão preventiva e o estado de inocência*, 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17447>. Acesso em: 15 set 2014.

⁸¹ PEREIRA, Geraldo Lopes. *Prisão preventiva e o estado de inocência*, 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17447>. Acesso em: 15 set 2014.

Porém, não houve êxito, visto que não há forma de antecipação de pena, com base em clamor social, repercussão social, ou outro fundamento que não esteja ligado estritamente ao fato, sob pena de afronta aos direitos e garantias constitucionais.⁸²

Conforme explica Lenza⁸³ há hipóteses em que a prisão antes do trânsito em julgado não constitui afronta ao princípio da presunção de inocência, porém em caráter excepcional.

Noutro giro, é o entendimento de Magalhães Noronha, que entende a necessidade da prisão como substrato para a segregação anterior à realização de um julgamento, sob o argumento de que a restrição do indivíduo à liberdade desagua na privação do crime, causando a este e aos seus entes as consequências, tais quais: perdas, sacrifícios e despesas.⁸⁴

Infere-se, portanto, que a presunção de inocência não é afetada pela prisão preventiva, desde que esta seja aplicada em observância às necessidades e formalidades legais. Há requisitos, pressupostos e hipóteses que limitam a aplicação indiscriminada desta medida cautelar.

Com o advento da lei 12.403/11 o artigo 313 explicitou condições de admissibilidade, para a prisão preventiva, conforme texto legal abaixo expresso:

“Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - (revogado). (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).⁸⁵

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).”⁸⁶

⁸²MORAIS, Paulo Iáz de; NASCIMENTO, Felipe Pinheiros. A efetividade do princípio da presunção de inocência diante da nova lei de prisão e medidas cautelares nº 12.403, de 04.05.2011. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n.69, p. 9-16, ago-set. 2011.

⁸³LENZA, PEDRO. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁸⁴(NORONHA, Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1983).

⁸⁵SILVA, Amaury; SANTOS, Felipe Miranda dos. *Liberdade Provisória e outras medidas cautelares*. Leme: J. H. Mizuno, 2011. p. 36.

⁸⁶Lei 12.403/11

Há de se observar que a redação dada ao dispositivo legal acalora a discussão a respeito da afronta à presunção de inocência, quando aplicada a prisão preventiva.

Silva e Santos é categórico ao afirmar que, possivelmente houve retrocesso no Código de Processo Penal pelo fato de a lei 12.403/11 manter a prisão preventiva sob nova perspectiva, visando à identificação do cidadão. Houve, portanto, mudança do artigo 313, II para o seu parágrafo único, incluído pela nova lei.

É notável que com a nova redação dada pela Lei, a prisão para averiguação tornou-se inconstitucional. Pois, ainda que a Constituição Federal de 1988 tenha se importado com a identificação criminal, esta também garantiu o direito de que o indivíduo se identifique civilmente e que não seja submetido, salvo em situações previstas em lei, à identificação criminal.⁸⁷

Nesse sentido, caso um indivíduo não se identifique civilmente, poderá ser submetido a identificação criminal, assim como, havendo dúvidas, sobre sua identificação.⁸⁸

Certamente, gera instabilidade o fato de que a liberdade de um indivíduo seja tolhida, ainda que preventivamente, para que este seja identificado. Em um sistema onde a presunção de inocência representa um princípio constitucional, é questionável a aplicação de um instituto, sob a hipótese supramencionada.

É o pensamento de Silva e Santos "Prender para identificar, sem outras razões, significa sobrepor o direito penal do autor à perspectiva de culpabilidade."⁸⁹

Se antes do advento da Lei 12.404/11 a prisão para identificação já era questionável, agora ainda mais, nesse sentido expressa Silva e Santos: "Mas, com a redação atual mais nítida e evidente ficou a inconstitucionalidade da prisão para averiguação."⁹⁰

Luiz Flávio Gomes⁹¹ em comentários à Lei n.º 12.403/11 indaga a respeito da contribuição trazida pela lei, pois segundo o autor, a lei pode ser vista como um retrocesso

⁸⁷SILVA, Amaury; SANTOS, Felipe Miranda dos. *Liberdade Provisória e outras medidas cautelares*. Leme: J. H. Mizuno, 2011. p. 36

⁸⁸SILVA, Amaury; SANTOS, Felipe Miranda dos. *Liberdade Provisória e outras medidas cautelares*. Leme: J. H. Mizuno, 2011. p. 36

⁸⁹SILVA, Amaury; SANTOS, Felipe Miranda dos. *Liberdade Provisória e outras medidas cautelares*. Leme: J. H. Mizuno, 2011. p. 36-37

⁹⁰SILVA, Amaury; SANTOS, Felipe Miranda dos. *Liberdade Provisória e outras medidas cautelares*. Leme: J. H. Mizuno, 2011. p. 36-37

para aqueles adeptos ao direito penal clássico, por outro lado, aos que entendem o direito penal como última razão, a lei é uma contribuição. Pois, a lei retrata a liberdade como sendo regra, e a prisão como exceção, submetida aos requisitos.

Ainda nesse mesmo panorama, pode-se compreender a necessidade de fundamentação para a aplicação da prisão preventiva, pois no caso concreto, a autoridade competente deverá preferir, se possível, outra medida diversa da prisão, e somente em último momento e circunstância, é que poderá decretar a prisão preventiva, quando já houver descartado outras medidas.

“Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IX - monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).”⁹²

Segundo o entendimento de Baptista⁹³ a nova Lei 12.404/2011, trouxe maior observância aos princípios constitucionais, uma vez que trouxe medidas cautelares diversas da prisão, e determinou a predileção do magistrado por estas medidas sempre que possível. A necessidade

⁹¹GOMES, Luiz Flávio. *A lei das Medidas cautelares é um avanço?*.2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jun-23/coluna-lfg-lei-medidas-cautelares-alternativas-avanco>. Acesso em 15 set. 2014.)

⁹²Lei n.º 12.403/11

⁹³BAPTISTA, Henrique. Esperança de mudança. *Revista Jurídica Visão Jurídica*, São Paulo, n.65, p. 78-79, out. 2011.

de fundamentação e de justa causa para a aplicação da prisão, sem dúvidas, é uma contribuição expressiva da lei.

Conclui-se com isto que a nova lei tornou ainda mais democrática a aplicação da prisão preventiva, reconhecendo a sua aplicação como medida cautelar, precária e excepcional. O que demonstra a possível convivência entre prisão preventiva e presunção de inocência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, por fim, que a importância da liberdade enquanto direito fundamental merece total atenção dentro do Processo Penal, razão pela qual os instrumentos acautelatórios instituídos no Código de Processo Penal que visam a segregação social do indivíduo foram ao longo dos anos bastante discutidos em toda doutrina e jurisprudência.

Certamente, a existência de um princípio constitucional expresso, que de fato limita a atuação do Estado em seu poder de punir, é, sem dúvidas, expressão de uma sociedade que valoriza imensamente a liberdade, e que, portanto, se preocupa em coibir possíveis abusos, arbítrios e decisões infundadas destinadas à restrição do direito de liberdade. Nesse contexto nasce e floresce o princípio da presunção de inocência, que com o passar dos anos evolui e irradia sobre o ordenamento seus efeitos.

De outro lado, tem-se o Estado protetor, na busca de garantir à sociedade, a segurança e a paz social, defendendo o interesse público. Legitimado para tal por um contrato social entre Estado e Sociedade, no qual a sociedade abre mão de parcela de sua liberdade a troco de segurança e estabilidade social. É nesse contexto que o Estado se legitima como detentor do direito de punir e inclusive limitar a liberdade individual de um cidadão. Trata-se, portanto do *ius puniendi*.

A convivência entre o *ius puniendi* e a liberdade do cidadão merece regulação, é tanto que o constituinte se acautelou de instituir em seus direitos e garantias fundamentais, a forma de atuação do Estado, suas limitações e princípios aos quais se submete no exercício de sua atividade Estatal.

O direito processual penal, tendo como matriz o Código Penal de 1941, traz em seu texto institutos que coíbem a liberdade do cidadão de forma cautelar, antes mesmo de um processo em curso, de outro lado a constituição de 1988 irradia direitos individuais e princípios ligados à liberdade, Surge, assim, necessidade de adequação e conformidade entre ambos.

Sendo assim, conclui-se que a convivência entre o princípio da presunção de inocência e as prisões cautelares, em especial a prisão preventiva, ainda que tenha sido reconhecida no ordenamento jurídico, é um tema bastante sensível.

Os debates, legislações e decisões sobre o tema, ao longo do tempo, demonstram evolução, e certa pacificação a respeito da aceitação da prisão preventiva. Porém há de se observar com muito cuidado a forma de aplicação, tendo em vista que a linha entre a constitucionalidade e inconstitucionalidade se torna muito tênue, quando se observa a fundo as fundamentações, hipóteses, e pressupostos definidos em lei.

Sob outro enfoque, a admissibilidade de prisão provisória estaria vinculada às hipóteses estabelecidas em lei. Além disso, deve ser fundamentada, Faz-se necessário para sua aplicação que exista perigo na liberdade do cidadão, e que exista probabilidade do cometimento do crime. O artigo 312 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 12.404/2011 elenca pressupostos para decretação da preventiva, de modo que a decretação desvinculada das hipóteses trazidas, enseja na ilegalidade da prisão.

O tema de maior discussão, nesse sentido, é com relação a um dos pressupostos autorizadores da prisão preventiva, qual seja, a garantia de ordem pública. Estabelece o artigo 312 que a prisão preventiva poderá ser decretada para garantia de ordem pública. Ocorre que, o legislador não observou cautelarmente, que o conceito trazido no enunciado é um conceito aberto e sem definição concreta.

Por muito tempo, então se discutiu o que seria ordem pública, gerando no ordenamento jurídico um problema. Pois, se um indivíduo tem a prisão decretada, com fundamento na garantia de ordem pública, certamente, este deve oferecer um risco à sociedade.

Porém, conforme explicitado ao longo do trabalho, há no ordenamento um princípio constitucional irradiando efeitos sob todo o ordenamento, o princípio da presunção de inocência. E se não há sobre o indivíduo que teve a prisão decretada, com base na garantia de ordem pública, uma condenação transitada em julgado, há presunção de que este é inocente.

Os magistrados na busca de um conceito ao fundamento divergem, e a questão se torna ainda mais sensível. Tem-se atualmente entendido que a garantia de ordem pública, seria a garantia do sentimento de paz social. Ocorre que não é suficiente para a solução de todos os problemas advindos da matéria. Visto que nem sempre há observância do magistrado em dar substância ao fundamento. Ou seja, a fundamentação de que a prisão se baseia na

garantia de ordem pública é vazia, e os fatos nem sempre demonstram necessidade de utilização da prisão cautelar.

De uma forma ou outra, não pode se negar que a possibilidade de prisão processual permite uma mitigação do estado de inocência do réu. Principalmente quando fundamentada na garantia de ordem pública. Pois se a liberdade do preso coloca em perigo a sociedade, há de se estabelecer o porquê. Se não há condenação, portanto, a afirmação do perigo de fato se torna questionável. É por este motivo, que a fundamentação da prisão se torna extremamente importante.

A evolução do sistema de prisão preventiva é constante, tanto que em 2011 entrou em vigor a Lei 12.404/2014, alterando o artigo 312 do Código de Processo Penal, e trazendo inovações a respeito do tema. Novas hipóteses de cabimento para a prisão preventiva foram trazidas, o que certamente trouxe regulamentação, mas por outro lado ampliou a aplicação do instituto.

Infere-se, por fim, que a aplicação da prisão preventiva convive harmonicamente com a presunção de inocência, desde que respeitados os fundamentos, pressupostos, e se adequada às hipóteses. Além disso, a fundamentação deve ser bastante detalhada, para que os requisitos apontados se adequem de fato à situação na qual o indivíduo, detentor do direito à liberdade, está diante.

Infere-se ainda que a garantia de ordem pública como conceito aberto, tem atualmente um conceito aceito jurisprudencialmente, e também doutrinariamente, mas continua sendo tema de discussão acadêmica, e jurídica, pois de fato, se torna bastante sensível enquanto fundamento à prisão preventiva, quando colocado diante do princípio constitucional da presunção de inocência.

Deve haver cautela para a decretação de toda e qualquer prisão, principalmente quando se tratar de prisão preventiva. Ora, pois, a ocorrência desta se dá sem formação de culpa. Não se deve existir margem para arbítrios de um Estado autoritário. O que deve existir é a proteção da sociedade, e liberdade, por meio de conformação e ponderação de princípios no caso concreto.

A prisão preventiva, enquanto prisão cautelar, possui regulamentação, é legítima. Da mesma forma o princípio da presunção de inocência sobrevive no ordenamento jurídico de

forma legítima e honrosa. Em havendo conflito entre ambos, há de se observar necessariamente a situação de fato da qual está diante, a fim de que não prejudique a atuação Estatal, nem tampouco o rol de direitos fundamentais do cidadão.

REFERÊNCIAS

- BAPTISTA, Henrique. Esperança de mudança. *Revista Jurídica Visão Jurídica*, São Paulo, n.65, p. 78-79, out. 2011.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARBOSA, Ruy apud FONSECA, Adriano Almeida. *O princípio da presunção de inocência e sua repercussão infraconstitucional*, 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=162>>. Acesso em : 10 abr. 2014.
- BATISTI, Leonir. *Presunção de Inocência*. Apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das penas*. São Pauo: Martin Claret, 2005.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da Republica Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 abr. 2014
- BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 10 abr. 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus :*HC 76223 RN 2007/0021225-5*. Quinta Turma. Impetrante: Aldecir Roberto Kelis e Outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 16 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19200466/habeas-corpus-hc-76223-rn-2007-0021225-5>>. Acesso em: 10 abr. 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC 102065 PE*. Segunda Turma. Impetrante: José Apolônio de Oliveira; José Augusto Branco e Outro(A/S). Impetrado: José Moreira De Andrade; Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 23 de novembro de 1995. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19736149/habeas-corpus-hc-102065-pe>>. Acesso em: 10 abr. 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC:1995-10-02;3871-101864*. Quinta Turma. Impetrante: Jose Renato Bopp Meister. Impetrado: Terceira Camara Criminal do Tribunal do Estado do Rio grande do Sul. Relator: Ministro Edson Vidigal. Brasília, 2 de outubro de 1995. Disponível em: <<file:///C:/Users/User/AppData/Local/Temp/HC+38710+95+RELATOR+MIN+EDSON+VIDIGAL.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça– Habeas Corpus. HC 11889 GO 2000/0002823-1, Quinta Turma. Impetrante: Raimundo Lisboa Pereira e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Goiás. Data de Publicação: DJ 02/05/2000 p. 154 RMP vol. 14 p. 338 RSTJ vol. 132 p. 486), acesso em: 10 abr. 2014, Disponível em :

http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/HC_11889_GO_1268904927490.pdf?Signature=XSNnPSAXO0RAxDtynfKRFa7MfUA%3D&Expires=1412876644&AWSSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=efff533447be705437932d05847d8c7d

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus. *RHC 38402 MG 2013/0184686-9*. Sexta Turma. Recorrente: Cássio Luís Soares(Preso). Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 08 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24348947/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-38402-mg-2013-0184686-9-stj>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 90064 SP*. Primeira Turma. Impetrante: Alexandre da Silva Almeida e outros. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 08 de maio de 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14728794/habeas-corpus-hc-90064-sp>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 80719 SP*. Segunda Turma. Turma. Impetrante: Antônio Marcos Pimenta Neves; Antônio Cláudio Mariz de Oliveira e Outros. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 26 de junho de 2001. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2998699/habeas-corpus-hc-80719-sp>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 82446 MG*. Segunda Turma. Impetrante: Ricardo Athayde Vasconcelos, Sérgio Carvalho. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 23 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14745746/habeas-corpus-hc-82446-mg>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.228.

COELHO, Edihernes Marques. As funções do Direito Penal. Boletim Jurídico. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=835>. Acesso em: 17 abr. 2014.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. PEC dos recursos e presunção de inocência. *Revista Jurídica Visão Jurídica*, São Paulo, n.64, p. 25, set. 2011.

FERNANDES, Stanley Botti. *Da Fundamentação Racional do Ius Puniendi*, 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8070>>. Acesso em: 10 abr.2014.

FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

FONSECA, Adriano Almeida. *O princípio da presunção de inocência e sua repercussão infraconstitucional*, 1999.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=162>>. Acesso em : 10 abr. 2014.

- GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1945. v. 3.
- GOMES, Luiz Flávio. *A lei das Medidas cautelares é um avanço?*.2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jun-23/coluna-lfg-lei-medidas-cautelares-alternativas-avanco>. Acesso em 15 set. 2014.)
- LENZA, PEDRO. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual penal e sua conformidade constitucional*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MIRABETE, JulioFabrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 10.ed.São Paulo: Atlas, 2002.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MORAIS, Paulo Iáz de; NASCIMENTO, Felipe Pinheiros. A efetividade do princípio da presunção de inocência diante da nova lei de prisão e medidas cautelares nº 12.403, de 04.05.2011. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n.69, p. 9-16, ago-set. 2011.
- MOREIRA, Alves David. *Prisão provisória*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- NABUCO FILHO, José. Importância da presunção de inocência. *Revista Jurídica Visão Jurídica*, São Paulo, v.1, n.54, p. 94-95, out. 2010.
- NORONHA, Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1983
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Processo e Hermenêutica na tutela penal de Direitos Fundamentais*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- PEREIRA, Geraldo Lopes. *Prisão preventiva e o estado de inocência*, 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17447>. Acesso em: 15 set 2014.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. t.12.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.p. 583)
- SILVA, Amaury; SANTOS, Felipe Miranda dos. *Liberdade Provisória e outras medidas cautelares*. Leme: J. H. Mizuno, 2011.
- SILVA, David ,Medina da. *Prisão e liberdade na lei nº 12.403/2011*. Disponível em: http://www.mpba.mp.br/atuacao/criminal/material/PRISAO_E_LIBERDADE_NA_LEI_N_12_403_2011_David_Medina_da_Silva_.pdf. Acesso: 10 set. 2014

SOUZA, Marcelo Agamenon Góes de. *Cautelaridade da prisão preventiva*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria Geral do Direito Processual Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.