

DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

A ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA E O *ESTADO INQUISITIVO* DE DIREITO

THE PUBLIC ORDER AS A FOUNDATION OF PREVENTIVE PRISON AND THE INQUISITIVE STATE OF LAW

<i>Recebido em:</i>	02/04/2017
<i>Aprovado em:</i>	29/06/2017

Rafael Catani Lima¹

RESUMO

O amplo rol de direitos fundamentais inscritos na Carta Maior representa considerável aperfeiçoamento do sistema jurídico brasileiro e, muitas vezes, denota verdadeira ruptura com o preconizado em diplomas constitucionais anteriores. A atual Carta Magna admite, contudo, as medidas cautelares restritivas de liberdade. Imperioso questionar, pois, se tal custódia, quando decretada com fulcro na garantia da ordem pública, cuja previsão legal remonta à década de 1940, compatibiliza-se com a normativa constitucional hodierna. Desse modo, diante das sucessivas modificações legislativas e constitucionais implementadas desde o advento do Código de Processo Penal, imprescindível questionar o que se entende por garantia da ordem pública, bem como demonstrar a sua afronta à ordem

¹ Doutorando em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Função Social do Direito pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Coordenador e Professor do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFAFIBE. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos (UNIFEB). Advogado. E-mail: raphael_catani@hotmail.com



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

constitucional vigente. Nesse sentido, o presente estudo visa analisar, inicialmente, a cautelaridade no Processo Penal brasileiro, sobretudo quanto às medidas restritivas de liberdade, conforme já apontado, para após, proceder a análise crítica sobre os fundamentos autorizadores da custódia cautelar, tendo-as como paradigma não diante de um Processo Penal desconstitucionalizado, peculiar dos Estados inquisitivos, mas sim a partir de um sistema normativo balizado e justificado por respeito às garantias constitucionais, típico de um Estado Democrático.

Palavras-chave: Prisão Preventiva; ordem pública; estado de exceção.

ABSTRACT

The broad list of fundamental rights inscribed in the Major Charter represents a considerable improvement of the Brazilian legal system and often denotes a true rupture with the one advocated in previous constitutional diplomas. The current Magna Carta, however, allows for precautionary measures restricting freedom. It is imperative to question, therefore, whether such custody, when enacted with a fulcrum in the guarantee of public order, whose legal prediction dates back to the 1940s, is compatible with current constitutional norms. Thus, in view of the successive legislative and constitutional changes implemented since the advent of the Code of Criminal Procedure, it is essential to question what is meant by a guarantee of public order, as well as to demonstrate its affront to the current constitutional order. In this sense, the present study aims at analyzing, initially, the cautiousness in the Brazilian Criminal Procedure, especially regarding the restrictive measures of freedom, as already pointed out, afterwards, to carry out a critical analysis on the authorizing grounds of the precautionary custody, having them as paradigm Not in the face of a deconstitutionalised Criminal Procedure, peculiar to inquisitive States, but rather from a normative system that has been established and justified by respect for constitutional guarantees typical of a Democratic State.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

Keywords: Preventive Detention; public order; State of exception.

1 - INTRODUÇÃO

A prisão cautelar é um dos temas mais polêmicos no Direito Processual Penal, no qual colidem com extraordinária intensidade o interesse do Estado em garantir a efetividade do processo penal e os direitos fundamentais do acusado, em particular o direito à sua liberdade.

Admitida como medida interventiva e necessária em todos os ordenamentos jurídicos, a prisão preventiva representa a ingerência mais grave que pode exercer o poder estatal na liberdade individual, garantida pelo Direito Constitucional e pela Convenções Internacionais, sem que tenha sido prolatada uma sentença judicial que a justifique. Intensifica ainda mais as discussões, a prisão preventiva decretada para tutelar a *ordem pública*, de conceito indeterminado e que atenta contra o princípio da legalidade, além de contribuir para o desvio da função da própria prisão cautelar que deveria ser utilizada, essencialmente, para a tutela da própria relação processual.

Em que pese não seja legítima a prisão preventiva como fundamento da *ordem pública*, tem se tornado freqüente o uso de tal medida no Poder Judiciário atual que, utilizando-se de recursos retóricos a decretam com a finalidade de manter a segurança pública, fazendo as vezes do Poder Executivo, quando não as utilizam para retratar suas próprias ideologias. A finalidade de proteger a segurança pública não converte automaticamente em razoáveis quaisquer limitações da liberdade, mas sim o controle de sua admissibilidade constitucional. Portanto, a norma que restringe um direito fundamental deve explicitar com suficiente precisão as circunstâncias que a autorizam, realizando, nessa senda, um importante exercício de ponderação pelo órgão judicial, através de uma decisão motivada.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

Surge aí, no entanto, um segundo problema das prisões preventivas sob o arrimo da *ordem pública*. Além de representar um retrocesso ao Estado de Direito, por constituir um instrumento do Estado de Exceção, impossibilita também a motivação idônea do decreto prisional, uma relação processual racional baseada em fatos concretos e verossímeis, aproximando-se, muitas vezes, de um instrumento ideológico e, conseqüentemente, de tirania, diante as garantias constitucionais que alicerçam o sistema jurídico vigente.

2 - O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Com a necessidade de abandonar a tirania do império das leis, das decisões dissociadas das idéias de *justiça*, a sociedade passou a entender que se não houvesse na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o direito poderia servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei e o legislador, mesmo sendo o representante de uma maioria, poderia ser tão opressor quanto os tiranos.²

Diante de tal cenário, surge o *neoconstitucionalismo*, como a teoria do direito que procura ligar-se à prática jurídica como fruto da convergência entre duas tradições constitucionais distintas: o *jusnaturalismo* e o *juspositivismo*. Barroso³ destaca que após a 2ª Guerra Mundial, a Constituição teve o seu lugar redefinido no ordenamento jurídico, o que foi responsável pela aproximação entre *constitucionalismo* e a democracia.

No Brasil, o *neoconstitucionalismo* foi sentido significativamente com a promulgação da Constituição de 1988, Carta responsável pela transição do Estado autoritário para um Estado Democrático de Direito.

² MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 10.

³ BARROSO, Luís Roberto. *Constitucionalismo e constitucionalização do direito – o triunfo tardio do direito constitucional brasileiro*. Disponível em: www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf. Acesso em 20 maio 2017.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

Em uma acepção filosófica, pode o *neoconstitucionalismo* se destacar pelo *pós-positivismo*, que na visão do constitucionalista supracitado⁴ é marcado pela superação dos modelos puros antes conhecidos, haja vista ir além ao legalismo estrito, sem desprezá-lo, contudo, conferindo ao Direito uma leitura moral. Com esse processo todo de reaproximação entre o Direito e a Filosofia, “deu-se a reaproximação entre ética e Direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico”.⁵

Paolo Comanducci⁶ destaca que o *neoconstitucionalismo* é o modelo do sistema jurídico caracterizado, sobretudo, por uma Constituição “invasora” pela positivação de um catálogo de direitos fundamentais, pela onipresença de uma Constituição de princípios e regras e por algumas peculiaridades da interpretação e da aplicação de normas constitucionais. Nesse aspecto, o *neoconstitucionalismo* dissocia-se totalmente do *jusnaturalismo* e também do *positivismo extremado*, elevando a *status* normativo, os princípios, que passam a integrar a Constituição, de forma explícita ou implícita.

Os princípios, portanto, atuam no sistema jurídico como vetor constitucional de incidência permanente, mesmo nas questões em que já existem leis regulando a matéria, pois demonstram a ideologia da sociedade, bem como suas finalidades.

Ao incluir os princípios ao lado das regras, no que concerne às normas jurídicas, o *neoconstitucionalismo* busca atingir a efetividade da Constituição a partir de um novo modelo axiológico, propiciando as bases de uma nova hermenêutica constitucional. Nesse

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Constitucionalismo e constitucionalização do direito – o triunfo tardio do direito constitucional brasileiro*. Disponível em: www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf. Acesso em 20 maio 2017.

⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*, 2005. p. 41. *Apud*. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo*

⁶ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análise metateórico. *Isonomia. Revista de Teoría y Filosofía Del Derecho*, Alicante, n. 16. P. 90-112, abr. 2002. Disponível em: [HTTP://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/90250622101470717765679/isonomia16_06.pdf](http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/90250622101470717765679/isonomia16_06.pdf). Acesso em 23 jan.2017.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

prisma de idéias, além do caráter normativo visualizado no mundo do *dever ser*, o Direito passa a apresentar um forte conteúdo axiológico, e é justamente “essa carga axiológica que acarreta a inevitável submissão de sua aplicação aos processos de argumentação jurídica”.⁷

Para Alexy, “o conteúdo axiológico dos princípios é mais facilmente identificável que o das regras; como razões decisivas para inúmeras regras. Os princípios têm uma importância substancialmente fundamental para o ordenamento jurídico”.⁸ O mesmo autor destaca que “a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”⁹, e ao dissociá-los explica que “princípios são normas que ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível, para dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.¹⁰

Os princípios, diferente do que ocorre com as regras, transmitem uma prescrição genérica a serem aplicadas na medida do possível, ou seja, diante a colisão entre eles é possível o sopesamento para aplicação daquele mais adequado ao caso concreto.¹¹

Portanto, os princípios podem ser entendidos como mandados de otimização, que serão satisfeitos em graus variados a depender das possibilidades fáticas e jurídicas. Tais espécies de normas contêm, nesse passo, somente fundamentos que deve ser conjugados entre si para a aferição de seu conteúdo concreto. Assim, os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios e constituindo preceitos básicos de organização constitucional.

⁷ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Neoconstitucionalismo e as possibilidades e os limites do ativismo judicial no brasil contemporâneo*, Dissertação de mestrado apresentada na Universidade Federal de Uberlândia/MG, 2008. p.128

⁸ Id. Ibid. p. 109.

⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008.p. 90.

¹⁰ Id. Ibid. p. 90.

¹¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. CARNIO, Henrique Garbellini. *Teoria da ciência jurídica*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 149.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

Nesse passo, é possível identificar, como fenômeno implícito do *neoconstitucionalismo*, a “constitucionalização do Direito” (muito embora este autor não concorde com tal expressão, haja vista acreditar que todo o ordenamento jurídico sempre deveu obediência à Constituição), atribuindo à Constituição sua força normativa, em que todo o conteúdo valorativo das normas constitucionais passam a condicionar, normativamente, a legislação infraconstitucional, o que acarreta a vinculação imediatista de todos os Poderes na concretização dos direitos fundamentais.

Nesse prisma, como bem enfatizado por Konrad Hesse, “a Constituição deixa de ser o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas” e passa a ter um efeito expansivo repercutindo sobre a atuação dos três Poderes.¹² Diante estes contornos, não somente os Poderes Executivo e Legislativo são responsáveis pela implementação de meios a possibilitar a fruição e o gozo dos direitos fundamentais por parte dos membros de uma sociedade, mas também o Poder Judiciário deve atuar como co-legitimado à concretização destes direitos inerentes ao ser humano.

Diante esse “novo cenário”, o Processo Penal também deixou de ser observado como uma mera relação processual, em que entre os sujeitos (autor, juiz e réu) existem direitos e obrigações a serem cumpridas. Também não deve mais ser visto como o instrumento de aplicação do Direito Penal, como outrora era conceituado.

Não se nega, contudo, o caráter instrumental do *processo*, sobretudo o do *processo penal*. No entanto, é necessário concebê-lo não somente em sua acepção técnica, como um conjunto de atos processuais preestabelecidos em lei, mas principalmente como instrumento apto para possibilitar o acesso à justiça através da efetivação dos direitos e garantias fundamentais, resultando em um *processo penal substantivo*.

¹² HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 15.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

Assim, é preciso enxergar o Direito Processual Penal e também o Processo Penal (materialmente falando) sob o prisma da Constituição Federal que lhe confere a força normativa para toda a *persecutio criminis* e não a interpretação inversa, que comumente se fazia antes da promulgação da Constituição vigente e, infelizmente, ainda tem sido feito por alguns aplicadores da lei influenciados pelo arcaísmos do Código de Processo Penal que sofreu influência da legislação italiana de Alfredo Rocco. O Processo Penal, nesse prisma, passa a atuar como a real limitação do poder punitivo do Estado e de tutela do acusado e também da sociedade. Isto porque, o *processo penal*, na teoria dualista da escola clássica, de um lado prestigia o interesse público, quando voltado à repressão do crime, mas também preocupa-se, ou ao menos deveria preocupar-se, com a liberdade do indivíduo e a efetivação de se estado de inocência.¹³

Nesse mesmo sentido, o Ministro Og Fernandes, do Superior Tribunal de Justiça, sinaliza que o “processo é a crônica judicial das dores humanas”, já que de um lado apresenta-se os valores penalmente tutelados e de outro a coerção do Estado na aplicação das normas penais e processuais.¹⁴ Até mesmo pela existência da dicotomia supra mencionada, é que o *processo penal* deve possibilitar a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, consubstanciados no respeito ao contraditório, o tratamento isonômico, a motivação idônea das decisões judiciais, a imparcialidade do julgador, dentre outros e todos eles derivados do *due process of law*.

Sábias são as palavras de Dinamarco quando aduz:

O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 21.

¹⁴ FERNANDES, Og. *Constituição, processo e prisão*. In: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. PRADO, Geraldo. BADARÓ, Gustavo Henrique. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. FERNANDES, Og. *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 55.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

proclamados; ele é, por assim dizer, o *microcosmos democrático* do Estado-de-direito, com as condições da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade.¹⁵

Muito embora a doutrina contemporânea tenha se ajustado à ordem constitucional vigente, muitas vezes essa não é a realidade vivenciada por uma grande maioria dos aplicadores da lei processual que ainda carregam consigo a perspectiva autoritária do Código de Processo Penal, impedindo a eficácia das garantias fundamentais. Tal situação é perfeitamente verificada no que tange à formação do conjunto probatório e às prisões de natureza cautelar (objeto deste estudo).

Uma novo modelo de *processo* não depende somente da adequação legislativa, em seu aspecto formal, mas principalmente da ruptura da ideologia que sustentava o sistema processual já superado. É nítido, conforme já salientado inclusive, que a mudança foi radical, haja vista que o sistema vigente até a Constituição de 1988 pautava-se pela culpabilidade do agente, enquanto que o texto constitucional passou a consagrar garantias diametralmente opostas àquilo que antes era preconizado.

Como bem destacado por Aury Lopes Júnior, é preciso ter cuidado com os operadores do Direito que ainda estão capturados pelo modelo do *processo* autoritário e com resquícios do fascismo, mas que com a linguagem erudita e até mesmo ilusionista acabam “falando em nome da Constituição”, travestindo suas manifestações e decisões embaraços lingüísticos.¹⁶ É necessário conceber a idéia de que em uma relação processual penal, o acusado encontra-se em uma posição de hipossuficiência, já que ao Estado são asseguradas as funções investigatória, acusatória e jurisdicional. E por esta razão é que um

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 27.

¹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 80.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

processo justo deve estar atento à desigualdade material que pode ocorrer no curso da persecução penal.¹⁷

Referida desigualdade é observada não só por critérios econômicos e sociais, mas pelo simples tratamento que é dado ao acusado quando inserido na persecução penal, tanto na fase investigativa quanto na judicial. É notório o tratamento diferenciado e discriminatório (em uma acepção negativa) dado pela grande maioria de nossos juízes, sobretudo na esfera estadual, àquele que ocupa o pólo passivo das relação processual, sendo este *discrimen* praticado desde a entonação inquisitiva da voz, no ato do interrogatório, ou até mesmo na presunção de culpabilidade que acaba lastreando uma decisão que decreta uma medida cautelar, sobretudo aquelas constrictivas de liberdade.

Sendo assim, a instrumentalidade do processo não pode ser tida como uma instrumentalidade processual pura, mas sim como uma instrumentalidade constitucional, já que o Direito Processual é o ramo do Direito mais próximo aos preceitos constitucionais, justamente por regular toda a atividade jurisdicional, razão pela qual a Constituição deve ser examinada em sua totalidade, a fim de aplicar os ideais democráticos na ordem processual.¹⁸

3 - A PRISÃO CAUTELAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 - Uma necessária discussão sobre a cautelaridade no Direito Processual Penal

A partir do estudo da Teoria Geral do Processo, é possível extrair, em suma, três espécies de atividade jurisdicional desenvolvida pelo Estado: o processo de conhecimento, de execução e cautelar.

¹⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 7-8.

¹⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. vol. I. Revista e atualizada por Eduardo Reale Ferrari. 2ª edição. Campinas: Millennium Editora, 2003.p. 79.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

Para o presente trabalho, interessa-nos este última espécie de processo que serve, essencialmente, para assegurar a eficácia de uma providência cognitiva ou executiva, quando o desenvolvimento regular do processo acarretar a ineficácia do provimento desejado.¹⁹ Partindo da concepção, anteriormente defendida, de que o processo em si possui natureza instrumental, é possível apontar que os processos cautelares figuram como “instrumento da própria instrumentalidade”, pois aqui a sua função é mediata e acima de tudo preventiva, ou como prefere o saudoso Frederico Marques, é “o meio e o modo de garantir a efetividade de providências definitivas que constituem o objeto do processo principal”.²⁰

O Código de Processo Civil de 1973, vigente até o dia 17 de março do ano de 2016, fazia com bastante afinco a separação entre os *processos* acima apontados, possuindo a tutela cautelar, tratada naquele instrumento normativo, autonomia, já que possuía regras procedimentais próprias e sua discussão dava-se em relação processual diversa daquela em que se discutia a declaração (em sentido amplo) ou a execução de determinada medida, em que pese a dependência, em regra, de um processo principal.

Com o Código de Processo Civil vigente desde o dia 18 de março de 2016, não há mais que se falar em processo cautelar, como se discutia outrora, uma vez que a técnica antecipatória (tutela antecipada, tutela cautelar e tutela de evidência) passa a ser tratado na *parte geral* do novo instrumento processual e tais medidas são utilizadas incidentalmente.²¹

No Direito Processual Penal, em que pese posicionamento divergente²², nunca houve um processo cautelar autônomo, existindo, assim como adotado pelo Novo Código de

¹⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 317.

²⁰ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. vol. IV. Revista e atualizada por Eduardo Reale Ferrari. 2ª edição. Campinas: Millennium Editora, 2003.p. 32.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 232.

²² “Em sendo única a atividade jurisdicional, não há porque negar-se a existência do processo penal cauter e do processo penal de execução. Tanto a doutrina como o legislador sempre estiveram com os seus olhos



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

Processo Civil, medidas cautelares incidentais.²³ Partindo desse pressuposto, é possível observar que o Código de Processo Penal, não muito bem sistematizado, aborda as medidas cautelares em três espécies, sendo elas: as medidas cautelares reais; as medidas cautelares destinadas às provas e; as medidas cautelares que recaem diretamente à pessoa do acusado, denominadas de *pessoais*, que, por sua vez, com a entrada em vigor da Lei nº. 12.403/2011, podem ser divididas em *medidas cautelares privativas de liberdade* e *medidas cautelares diversas das privativas de liberdade*.

Para o presente trabalho, interessa-nos a abordagem das *medidas cautelares pessoais privativas de liberdade*, sem contudo, desprezar àquelas *não privativas de liberdade*, tendo em vista a necessidade de referenciá-las em situações específicas.

As medidas cautelares, dada a sua provisoriedade, sumariedade e instrumentalidade, necessitam para a sua decretação da coexistência de dois requisitos, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Para o Processo Penal, tais requisitos necessitam de adequações a esta seara processual. O *fumus boni iuris*, que aqui materializa-se em *fumus commissi delicti*, deve ser entendido como elementos que indicam a materialidade delitiva, que devem ser valorados a partir de um juízo de probabilidade.

O juízo de probabilidade, nas sábias palavras de Aury Lopes Júnior, “exige a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação

voltados, quase que exclusivamente, para o processo penal de conhecimento, ou mais precisamente, para a ação penal condenatória. Por isso mesmo, tem sido lenta a sistematização científica destas duas outras espécies de processo penal”. (JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 37). Ver também: “Quando entendemos o processo na perspectiva de Fazzalari, ou seja, o processo é um procedimento (conjunto de atos) realizado em contraditório, é mais fácil admitir a existência de um processo cautelar. Ademais, vista a ação como o poder jurídico de promover a atuação jurisdicional, mais palatável ainda parece tal perspectiva”. (NICOLITT, André. *Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 22).

²³ “A sistemática do Código de Processo Penal não contempla a existência de ‘ação cautelar’, até porque, no processo penal, inexistente um processo cautelar. Daí porque não concordamos com essa categorização (de ação cautelar penal) dada por alguma doutrina”. (LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 788-789). Nesse sentido também: TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 107.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapaixonado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e conseqüências apresentam com responsável um sujeito concreto”.²⁴

Quanto ao *periculum in mora*, aqui transmudado para *periculum libertatis*, deve ser entendido como o perigo do acusado permanecer em liberdade que, em obediência ao princípio do estado de inocência, deve ser observado com bastante rigor, a partir da análise de perigo de ofensa a bem jurídico que se busca tutelar, caso o estado de liberdade permaneça. Mais adiante, quando da abordagem da prisão preventiva, será feita a abordagem crítica dos requisitos acima explicitados.

3.2 - A Lei nº. 12.403/11 e o novo regramento da prisão cautelar

O tema *prisões cautelares* sempre foi bastante discutido pela doutrina brasileira e estrangeira, o que também fez render e ainda rende inúmeros posicionamentos na jurisprudência atual. A intensidade dessa discussão justifica-se, tendo em vista a colisão entre o interesse do Estado em garantir a efetividade do processo e também os direitos fundamentais daquele que recai a imputação penal.

Diferenciam-se da *prisão pena*, pois nesta todas as garantias fundamentais já foram devidamente asseguradas ao imputado, tendo restado claro, portanto, após o devido processo legal, a sua responsabilidade no âmbito penal. Por isso, esta espécie de prisão possui o nítido caráter punitivo e ressocializatório, esta última ao menos no campo teórico.

Não é o que ocorre, no entanto, quando se fala em *prisões* de natureza *cautelar* que são decretadas durante a persecução penal (primeira e segunda fase), antes, portanto, do trânsito em julgado da sentença condenatória.

A prisão cautelar, nesse ínterim, “representa a ingerência mais grave que pode exercer o poder estatal na liberdade individual, garantida pelo Direito Constitucional e

²⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 833.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

pelas Convenções Internacionais, sem que tenha sido prolatada ainda uma sentença penal que a justifique;”²⁵

A legislação processual penal, quanto ao tema, tem passado por inúmeras modificações, sendo que a mais sensível ao “desenho constitucional do processo penal”²⁶ foi a Lei nº. 12.403/2011. Contudo, antes mesmo de entender o contorno das prisões cautelares dado pela legislação apontada, é necessário fazer uma breve incursão no Código de Processo Penal, desde a sua entrada em vigor. Na redação original do Código de Processo Penal era possível observar a obrigatoriedade da decretação da *prisão preventiva* contra o acusado da prática de infrações penais, cuja pena fosse igual ou superior a dez anos. Registre-se que tal imposição justificava-se tão somente em função da pena em abstrato, sem considerar quaisquer outros elementos de ordem objetiva e/ou subjetiva. Tratava-se daquilo que a doutrina denominava de *prisão compulsória*, a qual foi revogada com a Lei nº. 5.349/67.²⁷

Com a revogação da *prisão compulsória*, subsistiu ainda no diploma processual brasileiro as seguintes medidas cautelares constritivas da liberdade: *prisão em flagrante*, *prisão preventiva*, *prisão temporária*, *prisão decorrente se sentença condenatória recorrível* e a *prisão decorrente de pronúncia*. A Constituição Federal de 1988, conforme já explicitado anteriormente, representa um marco no constitucionalismo brasileiro, não só por redemocratizar o Estado brasileiro, mas também por ter sido a responsável pela “constitucionalização do Direito” e, em decorrência desse novo cenário constitucional, ou

²⁵ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar: medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 1.

²⁶ Terminologia utilizada pelo Professor André Nicolitt, ao abordar, em suas obras, a eficácia dos princípios constitucionais no Direito Processo Penal (*Manual de processo penal*. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; *Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.).

²⁷ FERNANDES, Og. *Constituição, processo e prisão*. In: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. PRADO, Geraldo. BADARÓ, Gustavo Henrique. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. FERNANDES, Og. **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 54.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

melhor dizendo, desse novo Estado, a sistemática da *prisão cautelar* também passou por uma necessária remodelagem.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já vinham sinalizando a incompatibilidade das *prisões decorrentes de sentença condenatória e decorrente de pronúncia* com a nova ordem constitucional, por serem arbitrárias e injustas, por representarem nítida antecipação da pena, inconcebível diante o princípio do estado de inocência.²⁸ Após longo período de arbitrariedades sendo perpetradas, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o legislador infraconstitucional parece que iniciou, mesmo que tardiamente, a adequação do sistema processual à nova base ideológica redemocratizante e garantista. Foi assim que a Lei nº. 11.689/2008 extirpou do Código de Processo Penal a *prisão decorrente de pronúncia*, sendo o mesmo feito com a *prisão decorrente de sentença condenatória recorrível*, por meio da Lei nº. 11.719/2008.

Mais tarde, no ano de 2011, entra em vigor a Lei nº. 12.403, responsável por reestruturar o tratamento dicotômico entre *prisão e liberdade*, existente até então. Com a mencionada lei, a *prisão cautelar* passa a ter a feição de medida cautelar, o que até então não a tinha, quando analisava-se a sua estrutura e o resultado efetivo, já que o artigo 319 do Código de Processo Penal passa a possibilitar ao juiz a aplicação de outras medidas cautelares alternativas à prisão, possibilitando, nesse plano, a adequação de cada medida ao caso concreto.

A prisão cautelar, nesse sentido, passa a ser a *ultima ratio* entre as medidas cautelares dispostas na legislação processual, transformando-se em instrumento subsidiário, conforme previsto expressamente no artigo 282, em seu parágrafo 6º, do Código de Processo Penal.

²⁸ Neste sentido: “O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”. (Súmula 347/STJ). Também: HC/STF 87.585/TO. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 3.12.2008.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

Nesse prisma, rompe-se a bipolaridade²⁹ existente até então, em que durante a persecução penal, o acusado permaneceria em liberdade ou, entendendo o magistrado que ele oferecesse risco ao processo, decretaria sua custódia cautelar, não havendo “meias medidas” que pudessem se adaptar a situações em que a prisão seria grave mas a liberdade também não era por toda aconselhável.³⁰

Acerca dessas medidas alternativas, Renato Marcão, com bastante propriedade, aponta que “são restrições ou obrigações que podem ser fixadas de forma isolada ou cumulativa em detrimento daquele a quem se imputa a prática de determinada infração penal, durante a fase de investigação policial, no curso do processo penal e mesmo por ocasião de sentença condenatória ou decisão de pronúncia, com vistas a permitir ao êxito da investigação ou instrução criminal, a aplicação da lei penal, bem como evitar a prática de novas infrações penais e o encarceramento cautelar tradicional”.³¹

Além de transformar a *prisão cautelar* em medida subsidiária, a Lei nº. 12.403/2011, por força da redação dada ao artigo 310 do Código de Processo Penal, retira a natureza cautelar da *prisão em flagrante*. Isso porque, conforme disposto nesse dispositivo, ao receber o Auto de Prisão em Flagrante, dentre outras medidas que o juiz poderá adotar, uma delas é a conversão dessa medida constritiva em *prisão preventiva*, quando estiverem presentes os requisitos autorizadores para tanto, previstos no artigo 312 do mesmo instrumento normativo.

Assim, existindo motivos para a segregação do acusado durante a persecução penal, deverá o magistrado, de forma fundamentada, explicitar as razões para tanto e também pela impossibilidade de aplicação de outras medidas previstas no artigo 319 do mesmo *Codex*.

²⁹ Neste sentido: STJ, RHC 36.443/SP, 6ª T., Rel. Min. Rogério Cruz Schietti, j. 16-9-2014.; STJ, HC 285.652/TO, 5ª T., Rel. Min. Jorge Mussi, j. 24-4-2014.; STF, HC 121.205/MG, 2ª T., Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18-3-2014.

³⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 26.

³¹ MARCÃO, Renato. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2016.p. 822.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

Existindo, portanto, necessidade de prisão, muda-se a natureza e os fundamentos do encarceramento. Finda-se, portanto, a *era* em que alguém tinha sua liberdade privada por força de um Auto de Prisão em Flagrante e permanecia nessa condição até o final da *persecutio criminis*.

Com isso, a *prisão em flagrante* distancia-se da natureza cautelar e passa a ser concebida como uma pré-cautela, dada a sua efemeridade.³² Como consequência do que fora aludido acima, tem-se que, atualmente, existem duas medidas cautelares privativas de liberdade, quais sejam: a *prisão temporária*, fruto da Lei nº. 7960/89, e a *prisão preventiva*, que será abaixo abordada.

4 - A PRISÃO PREVENTIVA E O FUNDAMENTO DA ORDEM PÚBLICA: A TIRANIA TRAVESTIDA DE LEGALIDADE

Conforme já mencionado no tópico anterior, com a entrada em vigor da Lei nº. 12.403/2011, a prisão preventiva passa a ser medida excepcional, somente sendo admitida diante a impossibilidade da decretação de medidas alternativas apontadas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Trata-se de medida constritiva de liberdade do indivíduo, decorrente de decisão judicial fundamentada e que pode incidir a qualquer fase da persecução penal, consoante o disposto no artigo 311 do CPP.³³ É, na acepção de José Frederico Marques, a mais genuína das prisões de natureza cautelar.³⁴

³² Nesse sentido: LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 804. NICOLITT, André. *Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 75. SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar: medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 9.

³³ DEMERCIAN, Pedro Henrique. MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 198.

³⁴ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. vol. I. Revista e atualizada por Eduardo Reale Ferrari. 2ª edição. Campinas: Millennium Editora, 2003. p. 20.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

Do dispositivo supra mencionado, extrai-se algumas características importantes da prisão preventiva: a) integra a cláusula de reserva jurisdicional; b) diverso do que ocorre na prisão temporária, a preventiva pode ser decretada em ambas as fases da persecução penal; c) depende de requerimento do Ministério Público, do querelante ou da autoridade policial, podendo ser decretada de ofício somente na fase de ação penal.

Uma primeira observação crítica que deve ser feita é a possibilidade, conferida pela própria legislação processual, do juiz decretar a prisão preventiva *ex officio*, durante a segunda fase da *persecutio criminis*. Esse, sem qualquer lastro de dúvidas, é o sinal de que o Direito Processo Penal, muito embora tenha passado por reformas já na vigência de um Estado garantista ainda guarda resquícios de um Estado autoritário e inquisitivo. Em que pese seja o juiz o responsável pela condução do processo, tal possibilidade não parece muito condizente com o sistema acusatório adotado pelo Direito Processo Penal que caracteriza-se pela nítida separação entre as funções de acusar, defender e julgar, além de garantias essenciais a toda e qualquer relação processual, como o contraditório, ampla defesa, imparcialidade do julgador, etc.

É inegável que a imparcialidade do julgador resta prejudicada quando decreta, sem qualquer provocação, a prisão preventiva, demonstrando a sua postura inquisitória.³⁵ O raciocínio para justificar a contrariedade ao dispositivo legal em comento é bem simples. Em um sistema processual tido como acusatório, a figura do juiz deve cingir-se à aplicação da lei e declarar o direito diante da pretensão deduzida e, quando se fala em prisão de natureza cautelar, mais especificadamente a preventiva, deve ele aferir a real necessidade da constrição da liberdade ou a possibilidade de substituí-la por outras medidas alternativas e, quando decretada de ofício retira do acusado a possibilidade dessa “fiscalização”.

³⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.p. 832.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

Ainda, com o fito de corroborar o que já foi dito, é importante lembrar que a *prisão preventiva* possui natureza cautelar e, como toda medida cautelar no âmbito de uma relação processual penal, o objetivo é a tutela da prestação jurisdicional, *in casu*, a acusatória. No sistema vigente, nunca é demais enfatizar, o responsável pela pretensão acusatória é o Ministério Público, nas ações penais públicas, e o querelante, nas ações de natureza privada. Sendo assim, incongruente com todo o sistema vigente a possibilidade da decretação de ofício da custódia cautelar, mesmo que na fase processual.³⁶

Outro ponto a ser analisado, quanto à decretação da prisão preventiva, é a possibilidade da representação da autoridade policial, pela constrição da liberdade, quando já superada a fase investigatória. Em que pese o disposto no artigo 311 do CPP atribuir a legitimidade à autoridade policial para representar pela decretação da medida extrema, curial a interpretação sistemática do dispositivo e, sendo assim, essa legitimidade esgota-se com o encerramento do procedimento investigatório, haja vista não ter sentido a atuação daquele que é encarregado da investigação delitiva após o seu término.³⁷

Com a Lei nº. 12.403/2011, o artigo 313 do CPP passou a estabelecer critérios objetivos para a decretação da prisão preventiva. Enquanto antes a exigência estava apenas na natureza dolosa do crime e na espécie de pena privativa de liberdade imposta ao delito (reclusão), a nova redação, além de manter a exigência da natureza dolosa da infração penal, passa também a impor a necessidade da pena máxima em abstrato, prevista no tipo penal, ser superior a 4 (quatro) anos, salvo em situações especiais previstas na própria legislação processual.

4.1 – A ordem pública como fundamento da prisão preventiva

³⁶ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar: medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.p. 554.

³⁷ Em sentido contrário: MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas: de acordo com a Lei n. 12.403, de 4-5-2011*. São Paulo: Saraiva, 2011.p 130.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

São fundamentos para a decretação da prisão preventiva, segundo a legislação processual, a necessidade da segregação para a *garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal*. Dentre os fundamentos acima mencionados e elencados pelo artigo 312 do Código de Processo Penal, importante consignar, desde logo, que a prisão preventiva para *garantia da ordem pública*, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, tem sido responsável por grandes discussões doutrinárias e jurisprudencial.

Isto porque, o termo *ordem pública* não apresenta uma definição exata, uma vez que o termo não é de uso exclusivo do processo penal, transitando por outros ramos do direito e, também, na filosofia e política. Para De Plácido e Silva³⁸, ordem é o sistema de regras ou soma de princípios criados para “estabelecer o modo ou a maneira porque se deve proceder ou agir, dentro da sociedade, em que se vive, ou das instituições, de que se possa participar. É, afinal, o conjunto de regras que determinam e regem as atividades dos homens”³⁹. É nesse sentido que o autor encaixa a ordem pública.

Norberto Bobbio define ordem pública sob dois aspectos distintos e igualmente relevantes, a *ordem pública material* e a *ordem pública constitucional*. A primeira, tendo como direcionamento o ordenamento político e de Estado, presente nas disciplinas de direito público e de organização estatal, “como sinônimo de convivência ordenada, segura, pacífica e equilibrada, isto é, normal e conveniente aos princípios gerais de ordem desejados pelas opções de base que disciplinam a dinâmica de um ordenamento”⁴⁰.

Nesse prisma, a *ordem pública* constitui objeto de regulamentação pública para fins de tutela preventiva, contextual e sucessiva ou repressiva, enquanto que a jurisprudência

³⁸ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 3, p. 1.098-1.099.

³⁹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, cit., p. 1.099.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriale et al. Brasília: UnB, 1998. v. 2, p. 851.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

tende a ampliar o conceito "material" de Ordem pública até fazer incluir nele a execução normal das funções públicas ou o normal funcionamento das instituições como a propriedade, de importância publicitária (*ordem legal constituída*).

A *ordem pública*, na perspectiva constitucional, ainda segundo Bobbio, constitui

... *limite ao exercício de direitos* e assume particular importância quando referida aos direitos de liberdade assegurados pela constituição: neste caso se indica que não é possível questionar um limite de caráter geral ligado à chamada Ordem pública constitucional – que parece fazerem coincidir com o conjunto dos princípios fundamentais de um ordenamento – porquanto dos princípios gerais não se poderiam originar limites situados além dos já previstos no âmbito da disciplina constitucional de cada um aos direitos.⁴¹

Assim, conclui que em ambos os modelos de Estados, sejam de ordem pública material ou constitucional, têm-se estabelecido “uma noção elástica de Ordem pública que trouxe consigo a ampliação dos limites e permite uma maior redução dos direitos de liberdade. Contudo, se bem que por motivos diferentes, observou-se sempre uma elasticidade semelhante nos ordenamentos primeiramente lembrados”⁴², ou seja, é um conceito variável que serve tanto a regimes autoritário quanto aos democráticos e que, em termos práticos, pode ampliar ou restringir garantias, a depender do interesse ideológico em jogo.

Com tamanhas possibilidades de uso conceitual, conforme o modelo de Estado instituído, até mesmo como se disse naqueles de moldes mais democráticos, é possível

⁴¹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política, cit.*, v. 1, p. 851.

⁴² BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política, cit.*, v. 1, p. 851-852.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

resultar no uso e supressão de direitos e garantias individuais, partindo de um viés autoritário de ordem, porque não dizer, arbitrária.

No Direito Processual Penal brasileiro, inegável a influência alemã e italiana, principalmente quando se aborda medidas constritivas que visam coibir a criminalidade. Na Alemanha, o conceito de *ordem pública* tem sua origem histórica no estado de exceção e está intimamente ligado ao exercício da política. Em 1919, durante o conturbado período do entre guerras, o art. 48 da Constituição de Weimar estabeleceu, que no caso de perturbação ou “ameaça grave a segurança e ordem pública na República compete ao Presidente decretar as medidas necessárias ao restabelecimento da ordem e da segurança, mesmo com o recurso à força armada.” E “para este fim, pode suspender, total ou parcialmente, os direitos fundamentais dos artigos...”.⁴³

Quem determinava, portanto, se a ordem pública estava ameaçada era o chefe do poder político.

Para Agamben, “não é possível compreender a ascensão de Hitler ao poder sem uma análise preliminar dos usos e abusos desse artigo nos anos que vão de 1919 a 1933”⁴⁴. O uso político do art. 48 da Constituição de Weimar possibilitou prisões em massa de milhares de militantes comunistas, judeus ou daqueles assim considerados como *inimigos do estado*.

Foi com reforma nacional-socialista de 1935 que o processo penal alemão incorporou a permissão para se determinar o encarceramento provisório com fundamento na excitação da opinião pública provocada pelo delito.

No Brasil, embora o Código de Processo Penal de 1832 já trouxesse o “clamor público” como fundamento para a prisão antes da culpa formada, ela estava ligada à prisão em flagrante, ou ao chamado quase flagrante, sendo que foi somente no CPP de 1941, na Era

⁴³ MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do direito constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1990. p. 277.

⁴⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 28 e 29.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

Vargas, que a ordem pública ficou atrelada à prisão preventiva, seis anos, portanto, depois da Alemanha.

Após a entrada em vigor do Código de Processo Penal de 1941, o conceito da *ordem pública* guarda bastante proximidade com aquele utilizado pelo Direito Administrativo (podendo ser compreendida como uma convivência ordenada), o que não significa ser ela um conceito unitário.

Importante consignar que em todo o ordenamento jurídico brasileiro, a *ordem pública* vem conceituada na Lei nº. 8.777, de 30 de setembro de 1983, que regulamenta as Polícias Militares e o Corpo de Bombeiros, estando assim disposta:

19) Manutenção da Ordem Pública – É o exercício dinâmico do poder de polícia, no campo da segurança pública, manifestado por atuações predominantemente ostensivas, visando a prevenir, dissuadir, coibir ou reprimir eventos que violem a ordem pública.

(...)

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

Em que pese a legislação supra mencionada traga um conceito preciso de *ordem pública*, é necessário reconhecer que a mesma é fruto de um regime autoritário que não mais se coaduna com o sistema jurídico vigente.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

A indeterminação do conceito de *ordem pública* viola a segurança jurídica, por estar desvinculada da legalidade estrita e da proporcionalidade na medida em que o legislador não estabeleceu qualquer parâmetro para conter interferências subjetivas de caráter punitivo por parte do juiz na decretação da prisão cautelar, transformando-a em verdadeira pena antecipada.

Assim, a indeterminação do conceito possibilita o arbítrio nos decretos de prisão preventiva, especialmente contra aqueles acusados desprovidos de recursos materiais e culturais, submetendo-os à repressão penal autoritária e discriminatória.⁴⁵

Em que pese a indeterminação do termo ora em comento, o que resulta na total incompatibilidade com o sistema garantista vigente, os Tribunais tem admitido a decretação da custódia cautelar sob esse fundamento, cabendo as mais variadas interpretações possíveis, tanto na seara jurisprudencial quanto na doutrinária.

Renato Marcão, ao abordar o tema, entende que a garantia da *ordem pública* deve lastrear-se na intranqüilidade social causada pelo crime, a ponto de colocar em risco as instituições democráticas.⁴⁶

Demercian e Maluly, complementando o que fora acima mencionado, aduzem que a segregação cautelar do criminoso restitui a tranqüilidade do meio social e a credibilidade da justiça, enfraquecidos pela gravidade do fato e a periculosidade do agente.⁴⁷

Em que pese o notório conhecimento dos juristas acima citados, é necessário destacar que em um Estado Democrático de Direito impossível o encarceramento cautelar de alguém para restabelecer a credibilidade da justiça.

Parece bastante arbitrário, inclusive, tal posicionamento, uma vez que a credibilidade do Poder Judiciário estará incólume quando conseguir cumprir as diretrizes

⁴⁵ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar: medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 299.

⁴⁶ MARCÃO, Renato. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 783.

⁴⁷ DEMERCIAN, Pedro Henrique. MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 200.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

constitucionais e efetivar as garantias fundamentais e não promovendo o encarceramento para atender, muitas vezes, aos anseios midiáticos. Ainda, consigna-se que as instituições, sobretudo o Poder Judiciário, não são tão frágeis a ponto de serem ameaçadas pela prática de um delito. Por outro lado, a prisão também não é instrumento apto para esse fim.

A prisão para *garantia da ordem pública*, quando decretada sob o arrimo do argumento da salvaguarda do Poder Judiciário, mostra-se bastante preocupante, uma vez que “quando os poderes públicos precisam lançar mão da prisão para legitimar-se, a doença é grave, e anuncia um grave retrocesso para o estado policalesco e autoritário, incompatível com o nível de civilidade alcançado”.⁴⁸

Não é incomum também encontrar decisões de encarceramento cautelares pautadas no fundamento em comento, sendo esta justificada na necessidade de se evitar a reiteração delitiva e/ ou na gravidade da infração penal. Curial destacar que as prisões lastreadas nestes argumentos retóricos atentam-se não só ao sistema acusatório mas a todo o sistema constitucional que alberga o acusado com a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, há tempos já possui entendimento consolidado nesse sentido, conforme extrai-se do Habeas Corpus nº. 84.778/MS, de relatoria do então Ministro Sepúlveda Pertence, ao conceder a ordem em benefício de custodiado cautelarmente sob o fundamento em comento.⁴⁹

⁴⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 852.

⁴⁹ “Já repisei minha convicção acerca da ilegitimidade constitucional da prisão preventiva fundada na necessidade de satisfazer a ânsias populares de repressão imediata, em nome da credibilidade de instituições públicas, dentre elas o Poder Judiciário. (...) tais considerações desvelam o abuso da prisão processual para fins não cautelares, sejam os de antecipação da pena”.- que a presunção de não culpabilidade aborrece - seja a instrumentalização de encarceramento do acusado para a popularização do Judiciário, que repugna ao princípio fundamental da dignidade humana-(HC 84778/MS – STF – 1ª Turma. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 7/12/2004).



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

Ora, não há que se falar em necessidade da custódia cautelar para se evitar a reiteração criminosa pois, além de atentar à garantia da inocência, a prisão estaria a refletir o “anseio mítico por um direito penal do futuro”.⁵⁰

O sistema constitucional baseado nos direitos fundamentais adota a presunção de inocência e, em consequência, isso exige também uma mudança nos métodos de investigação e de instrução, vedando que a prisão provisória possa converter-se em instrumento político de convalidação de uma atividade de instrução precipitada ou infundada. As tarefas de prevenção de delitos ou de defesa social não podem ser desempenhadas pela autoridade judicial. A tutela da ordem pública constitui uma função que compete ao Poder Executivo a ser desempenhada pela Polícia, sempre sob o arrimo do marco constitucional.

Nesse prisma, diante a indeterminação do termo em análise, não são raras as vezes a subversão da própria prisão preventiva decretada para a tutela da *ordem pública*, transformando-a em instrumento de latente inconstitucionalidade, por lesionar a presunção de inocência e transformá-la em medida de caráter penal, haja vista representar uma antecipação de pena ainda durante a persecução penal.

Ainda, importante salientar que a prisão preventiva decretada nestes moldes implica também em privação de liberdade por circunstâncias que não dependem do comportamento praticado pelo acusado, mas sim da personalidade e antissocialidade do imputado, o que conflita com o direito fundamental à liberdade, à presunção de inocência, incompatível com a segurança jurídica, assim como a própria dignidade humana, que impede que a pessoa seja utilizada como instrumento de obtenção de fins sociais que transcendem ao próprio comportamento.⁵¹

⁵⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 853.

⁵¹ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar: medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 302.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

Há de se destacar também que, em virtude da indeterminação conceitual do termo, resta comprometida também, além das garantias constitucionais já mencionadas, a da necessidade de motivação idônea de todas as decisões judiciais que pode ser entendida como o discurso justificativo da decisão judicial, não devendo tal garantia como a simples necessidade de “indicar motivos para explicar a decisão, mas de dar razões que justifiquem a solução encontrada num contexto intersubjetivo”.⁵²

Nesse sentido, exige-se que o juiz demonstre a racionalidade da utilização do *standard* na decisão concreta, em função do programa normativo do ordenamento jurídico.

Como garantia processual, a motivação desempenha a função de assegurar a efetividade da cognição judicial, vinculando o magistrado à estrita legalidade e à prova da hipótese acusatória discutida no processo, impedindo que as decisões constituam produto da vontade pessoal do juiz.

A cláusula da *ordem pública*, nesse ínterim, destoa de toda a hermenêutica constitucional quanto à motivação das decisões, haja vista constituir um mero recurso retórico introduzido pelo legislador que resulta da propagação do discurso de *law and order* que alimenta a legislação do processo penal de emergência e que cristaliza um conceito que contém evidente carga emocional, cujo significado real depende de fungíveis conteúdos axiológicos ou ideológicos, dependentes unicamente da própria sensibilidade do juiz e, por esta impossibilidade de estabelecer limites é incompatível como Estado Democrático.

5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ser humano é o fundamento primeiro e a causa final do Direito. Logo, o respeito ao homem e à sua liberdade são limites impostos a qualquer legislador.

⁵² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 96.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

O exercício do poder punitivo estatal em uma democracia deveria ser pautado pela mínima intervenção na vida das pessoas. A restrição da liberdade individual deveria ser exercida com a máxima cautela e em última razão. São essas as promessas de um regime político baseado no exercício pleno da cidadania e são essas as funções declaradas do direito penal. Exatamente o que se ensina no ensino jurídico minimamente sério. Ou seja, em um regime democrático a liberdade é a regra e todos são considerados inocentes até o trânsito em julgado da sentença condenatória definitiva.

A prestação jurisdicional por parte do Poder Judiciário e os seus pronunciamentos oficiais no sistema de justiça deveriam ser pautados pela garantia constitucional de se fundamentar as decisões. São essas as promessas de um regime político fundado na plenitude da cidadania e num estado de direito democrático.

A aceitação e legitimação do discurso jurídico-penal que sustenta a prisão cautelar para garantia da ordem pública por parte do Supremo Tribunal Federal gera um efeito de ressonância para todo o sistema de justiça criminal na medida em que o Tribunal responsável pela proteção dos direitos e garantias individuais constitucionalmente estabelecidos, não realiza filtro ou baliza alguma para refrear a banalização no uso do encarceramento provisório.

Desta forma, se institucionaliza uma prática antidemocrática de punir sem culpa formada, o que faz com que quase metade do sistema penitenciário nacional seja ocupado por presos provisórios.

A entrada em vigor da nova Lei das Cautelares não conseguiu mudar a mentalidade dos atores jurídicos que ainda é formada por uma visão autoritária do direito penal e processual penal, mesmo após anos da promulgação da Constituição da República de 1988.

E o novo Código de Processo Penal, ao realizar a difícil tarefa de mudar a matriz inquisitória ainda e infelizmente presente na legislação e na mentalidade dos atores



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

jurídicos não teve forças para suprimir o dispositivo autorizador da custódia cautelar para garantia da ordem pública.

A miríade argumentativa que o conceito permite para tentar conferir uma racionalidade ao discurso jurídico-penal possibilita o arbítrio estatal na supressão da liberdade dos indivíduos.

As promessas da igualdade de todos perante a Lei, do devido processo legal, da legalidade e da segurança jurídica, de tão distantes da realidade do sistema penal se tornam profissão de fé, não resistindo à pesquisa interdisciplinar minimamente séria.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 28 e 29.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Constitucionalismo e constitucionalização do direito – o triunfo tardio do direito constitucional brasileiro*. Disponível em: www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf. Acesso em 10 jan. 2016.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriale et al. Brasília: UnB, 1998. v. 2, p. 851.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico. Isonomía. *Revista de Teoría y Filosofía Del Derecho*, Alicante, n. 16. P. 90-112, abr. 2002. Disponível em: HTTP://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/90250622101470717765679/isonomia16_06.pdf. Acesso em 28 maio.2016.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Neoconstitucionalismo e as possibilidades e os limites do ativismo judicial no brasil contemporâneo*, Dissertação de mestrado apresentada na Universidade Federal de Uberlândia/MG, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

FILHO, Fernando Antônio Turchetto. *A constitucionalidade e a incompatibilidade da lei de anistia do Brasil*. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas, Bebedouro, v. 3, n. 2, 2015.

FREIRIA, Rafael Costa. *Noções gerais sobre as interdependências entre direito, gestão e política públicas ambientais*. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas, Bebedouro, v. 2, n. 2, 2014.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. PRADO, Geraldo. BADARÓ, Gustavo Henrique. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. FERNANDES, Og. *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. CARNIO, Henrique Garbellini. *Teoria da ciência jurídica*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva. 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MACHADO, Robson Aparecido. *A realidade do egresso: plano normativo da lei de execução penal versus reintegração social*. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas, Bebedouro, v. 3, n. 1, 2015.

MARCÃO, Renato. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas: de acordo com a Lei n. 12.403, de 4-5-2011*. São Paulo: Saraiva, 2011.p 130.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. vol. I. Revista e atualizada por Eduardo Reale Ferrari. 2ª edição. Campinas: Millennium Editora, 2003.

_____. *Elementos de direito processual penal*. vol. IV. Revista e atualizada por Eduardo Reale Ferrari. 2ª edição. Campinas: Millennium Editora, 2003.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011.

MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do direito constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1990.



DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i1.257>

MISAKA, Marcelo Yukio. *Violência sexual infantil intrafamiliar: não há apenas uma vítima!* Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas, Bebedouro, v. 2, n. 2, 2014.

NICOLITT, André. *Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Manual de processo penal*. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad: Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. 25ª edição. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000.

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

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 3.

SOUZA, Tiago Clemente; SILVA, Nelson Finotti. *Ideologia, hermenêutica e jurisdição: algumas reflexões sobre o que sobrou do positivismo no atual paradigma jurídico*. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas, Bebedouro, v. 2, n. 1, 2014.