

A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA COM FUNDAMENTO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL DE 1988

Sueli Graminho Frigeri¹

Eduardo Fernandes Pinheiro²

RESUMO: O presente trabalho trará como tema principal a inconstitucionalidade da garantia a ordem pública como um dos fundamentos para ser decretada a prisão preventiva. Apresenta o conceito de prisão no sentido amplo, e o principal objeto de estudo aqui formulado é o fundamento objetivo e autônomo para a aplicação da prisão preventiva, previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal, qual seja de garantia a ordem pública, aplicada sob a ótica dos direitos fundamentais, de modo a demonstrar que sua utilização é indevida, pois se revela como medida de prevenção geral na sociedade e, desse modo, a perder seu caráter instrumental, caracteriza-se como verdadeira antecipação de pena e, por consequência resta incompatível com o princípio da presunção de inocência.

Palavras-Chave: Prisão Preventiva; Ordem Pública; Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The presente work will bring as main theme the unconstitutionality of the guarantee to the public order as one of the funds to be decreed the preventive custody. It presents the concept of arrest in the broad sense; the main object of study formulated here is the fund and the request for the application, provided for in art. 312, CPP, which guarantees the public order, applied under in order to demonstrate that its use is undue, since it is reveals as general preventive measure in society and, thus, its instrumental character, is characterized as a true anticipation of punishment and consequently remains incompatible with the presumption of innocence principle.

Keywords: Preventive Detention; Public order; Unconstitutionality.

¹UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Aluna da disciplina TCC II, turma DIR 13/1AN, E-mail-sueligraminho@gmail.com

²UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Especialista Orientador, E-mail-efernandespinheiro@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa tem por objetivo realizar uma análise sobre a prisão preventiva, que está devidamente legitimada no ordenamento jurídico interno, através dos artigos 311 e seguintes do Código de Processo Penal, os quais apresentam suas exigências, imposições e requisitos. Para que a prisão preventiva seja decretada faz-se necessário cumprir requisitos, estes presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal, como; garantia a ordem pública, garantia a ordem econômica; por conveniência da instrução criminal; ou para assegurar a aplicação da lei penal. Com isso, o que se pretende com o trabalho, especificamente é apresentar o discurso da garantia a ordem pública na prisão preventiva, frente aos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, discutindo assim sua constitucionalidade.

Demonstrar quais são os requisitos para que seja decretada a prisão preventiva. Sendo que dentre os fundamentos para que a prisão preventiva seja decretada, e de destaque neste trabalho é o da ordem pública, de modo a demonstrar sua inconstitucionalidade frente a Constituição Federal do Brasil de 1988. Para isso, a crítica de várias doutrinas estará presente concluindo em uma abordagem que demonstre o caráter excepcional da prisão preventiva e, principalmente, a extirpação do critério da ordem pública, em face de sua incompatibilidade com o princípio da presunção de inocência.

Sem dúvida o reconhecimento de todo esse conteúdo é necessário para que haja sempre um avanço social, sendo visto como o processo de fortalecimento da justiça, pois haverá uma adequada interpretação entre a aplicação do ordenamento processual penal e a garantia dos direitos individuais do cidadão, saindo de um mero discurso dogmático e alcançando a sociedade que a Constituição espera e propõe.

2 PRISÃO E PRISÃO PREVENTIVA

Como conceito, uma prisão pode ser entendida como uma privação da liberdade de ir e vir. “É a privação de liberdade de ir e vir, e, tendo em vista a prisão em regime aberto e a domiciliar, podemos definir a prisão como a privação mais ou menos intensa da liberdade ambulatoria”.³

No sistema brasileiro podem ser encontradas, em suma, duas espécies de prisão: prisão pena e prisão sem pena. A chamada prisão pena é decorrente de sentença penal

³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v.3.34 ed. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p.429

condenatória transitada em julgado, ou seja, é a imposição imposta pelo Estado, ⁴ quando de sua execução, ao culpado de uma infração penal. Sim, trata-se de uma punição, pois se for analisado na prática o atual sistema penitenciário, restará evidente que a real finalidade da “pena” (ressocializar por meio da educação, para reintegrar o condenado a sociedade) não encontra-se respeitada tampouco as mínimas condições de estadia e estrutura previstas em lei.⁵

A prisão sem pena é a realizada antes da sentença penal irrecorrível, ou seja, toda e qualquer prisão provisória de um indivíduo no curso da fase pré-processual ou processual. De qualquer modo trata-se de uma prisão de natureza processual, sendo uma “execução cautelar de natureza pessoal e que se justifica como medida imprescindível para assegurar o império da lei penal”.⁶ Neste ponto se inclui a prisão em flagrante (medida pré-cautelar), a prisão temporária (medida cautelar pré-processual) e a mais utilizada no sistema judiciário, a prisão preventiva, sendo está que terá seu assunto mais aprofundado no presente artigo.

Posto isso, por ser uma prisão sem pena, a prisão preventiva torna-se um perigoso instrumento donde podem surgir graves violações de direitos individuais. Assim é importantíssimo seu cortejo com o texto constitucional, haja vista sua colisão com os direitos fundamentais, principalmente no que tange à violação do princípio da presunção da inocência, pois é retirada a liberdade de um cidadão sem ter havido uma sentença judicial pautada em um devido processo legal,⁷ ou seja, sem uma condenação transitada em julgado. Contudo, há de ser admitida quando sua aplicação estiver em conformidade constitucional. Em face da possibilidade constitucional da decretação da prisão, muito embora diante da colisão deva ser mínima. Em consequência, e de maior gravidade ainda “qualquer intervenção na liberdade individual do cidadão deve ser apenas em situações graves que representem o risco ou dano ao direito fundamental”.⁸ Afora a isso, qualquer má atuação pelo Estado causaria sérios danos ao indivíduo.

Diante disso, é imprescindível que qualquer decretação de prisão, em especial a preventiva, visto que não possui prazo de duração previsto em lei, seja apenas utilizada em *ultima ratio*, uma vez que as mudanças trazidas pela lei 12.403/2011 importaram em seu

⁴ SILVA, Bruna Isabelle Simioni; SILVA, Bruno Rafael Simioni. Prisão Preventiva: Aspectos Gerais e pressupostos. In: GOMES, Eduardo Biacchi; DOTTA, Alexandre Godoy (Orgs.). **Direito e ciência na contemporaneidade**. Anais do Evento de Iniciação Científica da Unibrasil, v2 . Curitiba, 2014. p.21.

⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op.cit. p.434-435.

⁶ Ibidem, p.448.

⁷ DANTAS, Luziana Barata. **A Prisão Preventiva e o Paradigma da Pós-modernidade em Bauman**. Porto Alegre: Nurias Fabris, 2013. p.74

⁸ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; COSTA, Domingos Barroso da. **Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: A Reforma da Lei 12.403/2011**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 39.

complexo de requisitos e condições a serem respeitados, incidindo de modo restringido e delimitado.⁹ Sendo assim, tem-se que a prisão preventiva é uma medida excepcional, assim como as demais, pois é cabível quando não for possível a aplicação de qualquer uma das medidas cautelares alternativas a prisão e preenchidos os pressupostos e requisitos dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal.¹⁰

Trata-se então, da denominada excepcionalidade da medida, a qual deve ser lida em conjunto com o princípio da presunção da inocência “fazendo com que as prisões cautelares sejam (efetivamente) a *ultima ratio* do sistema, reservadas apenas para casos mais graves”.¹¹ Contudo, no Brasil, há uma banalização de sua utilização, pois primeiro se prende para depois ir atrás do suporte probatório que a legitime “Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante na opinião pública pela ilusão da justiça instantânea”.¹²

Destarte, qualquer decisão que decretar a prisão preventiva de alguém, ao carecer de fundamentação, torna-se defeituosa, viciada, cuja consequência é a imediata liberdade. Detalhe-se que uma decisão fundamentada deve conter a explicação e justificação racional da motivação fática e jurídica do convencimento do magistrado em seu respectivo sentido.¹³

2.1 Da Prisão Preventiva

A parte principal deste trabalho tem por objetivo a apresentação da prisão preventiva e suas características, bem como o discurso da ordem pública como seu critério legitimador frente à sua inconstitucionalidade. Uma vez que é a modalidade mais importante de restrição de liberdade pessoal, pois além de sua maior abrangência, seus fundamentos servem para todas as demais prisões cautelares. Sua cautelaridade se revela na tutela da persecução penal,

⁹ Ibidem, p.40.

¹⁰ 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. Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

¹¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.818.

¹² Ibidem, p. 819.

¹³ GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p.15.

objetivando o impedimento de qualquer circunstância que venha colocar em risco a efetividade da fase investigada ou processual.¹⁴

De forma como já demonstrado, a prisão preventiva possui caráter cautelar, ou seja, não pode ser definitiva, apenas visa o fim imediato de assegurar a eficácia do procedimento definitivo. Portanto sua finalidade jamais poderá ser a busca da justiça, mas sim “garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de conhecimento. Logo são instrumentos a serviço do instrumento processo: por isso sua característica básica é a instrumentalidade qualificada”.¹⁵ Essa instrumentalidade qualificada demonstra que apenas é cautelar à medida que se destinar ao processo de conhecimento.

A prisão preventiva possui determinados regramentos específicos em lei que se encontram a partir do artigo 311 do Código e Processo Penal¹⁶. Tal instituto de privação da liberdade poderá ser decretado em três situações claras: a qualquer momento da investigação ou do processo, de modo que autônomo ou independente (arts. 311, 312 e 313 do CPP); como conversão da prisão em flagrante, quando insuficiente ou inadequadas de outras medidas cautelares diversas da prisão; e em substituição à medida cautelar eventualmente descumprida (art. 282 §4º, do CPP).¹⁷

Para as duas primeiras hipóteses são absolutamente necessárias à configuração das circunstâncias fáticas e normativas dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal. Por outro lado a terceira situação exposta dispensa a presença das hipóteses contidas no art. 313 do CPP, porém antes de ser decretada a prisão preventiva é necessária a análise da, “falta de justificação do descumprimento (intimação para tal finalidade); possibilidade de substituição da medida descumprida por outra; e cumulação de outra medida alternativa à descumprida”¹⁸ e apenas após isso o juiz poderá decretá-la. Preliminarmente a adentrar aos requisitos da prisão preventiva e enfim, ao discurso da ordem pública, ainda é importante analisar três momentos acerca da decretação ou manutenção da prisão preventiva. Assim além das situações mais comuns que ocorrem antes da sentença penal, temos momentos da decisão de pronúncia, da sentença condenatória e sua recorribilidade em liberdade.¹⁹

¹⁴ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.549

¹⁵ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p.865.

¹⁶ Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

¹⁷ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

¹⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p.86.

¹⁹ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p.875-879.

No que tange a sentença penal condenatória, deverá o juiz analisar, necessariamente, o fundamento do *periculum libertatis* (art.312 do CPP), pois se foi condenado, muito embora recorrível, o fumus *commissidelict* restou configurado. Quanto ao *periculum libertatis* deve-se ressaltar que resta apenas um pressuposto válido nesse momento, qual seja o risco de fuga (aplicação da lei penal), pois os dois primeiros são inconstitucionais (ordem pública e econômica) e o terceiro exauriu-se (conveniência da instrução criminal) vez que a instrução processual encerrou. Assim sendo, deverá existir risco muito concreto de que o indiciado fuja para que seja decretada a prisão preventiva neste momento²⁰, conforme dispõem o artigo 387, §1º do Código de Processo Penal.²¹

Neste sentido, todas as hipóteses fáticas no momento da sentença são analisáveis, como se o acusado ficou toda a instrução em liberdade, encarcerado em algum momento detido ou só cumpriu medidas cautelares alternativas. Nesse ponto deverá o juiz, além de fundamentar o *periculum libertatis*, analisar proporcionalmente as medidas cautelares alternativas a prisão, podendo revogar, cumular ou alterar, conforme a situação concreta lhe possibilitar.²²Na mesma perspectiva ocorre quando da decisão de pronúncia, pois deverá o juiz, fundamentalmente, demonstrar de modo concreto o fumus *commissidelict* e o *periculum libertatis*, quando entender necessária a prisão preventiva, porém, se analisadas a possibilidade das cautelares alternativas ao cárcere,²³ conforme tratado pelo art. 413, § 2º e 3º do Código de Processo Penal.²⁴

2.3 Requisitos da Prisão Preventiva

A prisão preventiva possui determinados requisitos imprescindíveis que devem ser observados pelo magistrado, pois sem eles não há possibilidade de sua utilização, visto que estão expressos, portanto em face ao princípio da legalidade, devem ser respeitados. Antes da análise individual de cada requisito, tem-se a necessidade de estudar o requisito do *fumus commissidelict* e o fundamento *periculum libertatis*, que estão estritamente ligados a prisão preventiva, como também as demais medidas cautelares pessoais, tendo em vista que

²⁰ Idem

²¹Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: § 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.

²²LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p.875-879.

²³ Ibidem, p. 879-880

²⁴Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)§ 2º Se o crime for afiançável, o juiz arbitrá o valor da fiança para a concessão ou manutenção da liberdade provisória. § 3º O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

pressupõem a prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria, bem como o perigo que a liberdade do autor representa ao processo e a aplicação da lei penal.²⁵

O *fumus commissidelict*, em sua tradução é a fumaça do cometimento de um delito, ou seja, é necessária a presença para decretar a prisão preventiva, a prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria. Em outras palavras, sem dúvidas há que existir a ocorrência de um crime, porém o problema surge quando da interpretação do indicio de autoria, pois é um termo óbvio e sem ele sequer uma acusação pode ser formulada.

Pois bem, deve ser feita uma ponderação entre o juízo de possibilidade e o juízo de probabilidade para resolver tal objeção. O juízo de possibilidade é suficiente para indiciamento de um indivíduo, pois durante o curso processual deverá ser formulado pelo órgão acusador provas contundentes. Lado outro, para que seja recebida uma denúncia deve ser utilizado o juízo de probabilidade quanto ao alegado, como também a sentença condenatória, pois deve ser um alto grau de veracidade de culpabilidade. Assim sendo, quando da decretação da prisão preventiva é necessário um juízo de razoabilidade, predominando razões positivas. Desse modo, para a imputação, existência concreta de presunção de culpa, neste sentido, significa existência de uma fumaça densa quanto a possível autoria do crime, constituindo-se dos requisitos positivos do delito, ou seja, a conduta é aparentemente típica, ilícita e culpável e ainda não podem existir elementos negativos do delito (exclusão de ilicitude, culpabilidade, conforme o artigo 314 do CPP).²⁶

Outro ponto é a existência do fundamento do *periculum libertatis*, que traz os fundamentos da prisão preventiva, ou seja, “é o risco concreto e iminente que o investigado ou processado, estando em liberdade, representa a ordem pública ou econômica, ao regular curso da persecução penal ou a efetiva aplicação de lei penal”.²⁷

O artigo 312 do CPP apresenta os fundamentos para a decretação da prisão preventiva, sendo tais situações alternativas e não cumulativas, ou seja, basta apenas uma para justificar a prisão cautelar.²⁸ Neste sentido para que seja decretada a prisão preventiva, é necessário o argumento de pelo menos um dos seguintes fundamentos: garantia da ordem pública e da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, porém apenas quando estiver presente o *fumus commissidelict*. O primeiro fundamento, para a garantia a ordem pública é o discurso mais vago presente no referido artigo, visto que possui uma abertura interpretativa sem precedentes, pois é

²⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p.72

²⁶ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p.832-835

²⁷ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de: COSTA, Domingos Barroso da. Op.cit., p.92.

²⁸ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p.836.

absolutamente desconectada com a instrumentalidade inerente ao processo de natureza cautelar, sendo assim, “o calcanhar de Aquiles do processo penal brasileiro”.²⁹

Decretar a prisão preventiva por conveniência a instrução criminal tem o condão de acautelar a produção de prova e a pratica de atos processuais até a sentença penal, evitando a pratica de fatos pelo imputado que venham a interferir no regular andamento do processo probatório, como por exemplo, interferir indiretamente no depoimento da vítima testemunhas e peritos, gerando sérios riscos à produção de provas. Destarte a palavra conveniência que dispõem este fundamento, deve ser tratado com olhos ao juízo de necessidade (art. 282 CPP) a fim de se demonstrar os motivos determinantes de maneira fundamentada, visto que nesta seara não há margem a discricionariedade do juiz.³⁰

A diante o último fundamento constante no referido artigo 312, se refere a decretação da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, ou seja, é uma tutela cautelar que visa garantir a presença do imputado ao cumprimento da sentença penal condenatória que possa ocorrer, tendo em vista que pode restar ineficaz a pena quando do risco de fuga pelo acusado, ou a fuga já configurada. É necessário atentar-se ao demonstrado nos autos, não podendo haver presunções quanto à possível ocorrência, então deve ser contundente o risco do acusado furtar-se a aplicação da lei, fundado em circunstâncias concretas.³¹

Notadamente, o *periculum libertatis* deve ser demonstrado de forma cabal no processo, sendo pressuposto absolutamente necessário a decretação da prisão preventiva:

Sempre, qualquer que seja o fundamento da prisão, é imprescindível a existência de prova razoável do alegado *periculum libertatis*, ou seja, não bastam presunções ou ilações para a decretação da prisão preventiva. O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida.³²

Posto isso, e para além da imprescindibilidade do *fumus commissidelict* e do *periculum libertatis*, tem-se no artigo 313 do CPP requisitos de admissibilidade da prisão preventiva. Como por exemplo, o inciso I do referido artigo, que dispõe que a prisão preventiva será decretada “nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos”. Isto porque em nenhuma hipótese caberá a prisão preventiva por crime culposos. Em situações onde o crime for doloso e a pena máxima cominada for igual ou inferior a quatro anos e se presentes o *fumus commissidelict* e o *periculum libertatis*, poderá ser aplicada qualquer uma das medidas cautelares alternativas a prisão dispostas no artigo 319 do CPP, ou de outro modo, nas situações constantes nos incisos II e III do artigo

²⁹ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; COSTA, Domingos Barroso da. Op.cit., p.92.

³⁰ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; COSTA, Domingos Barroso da. Op.cit., p.104

³¹ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p.838

³² Ibidem. p.839

313, no caso de ineficácia da aplicação das medidas cautelares diversas prisão, excepcionalmente poderá ser decretada a prisão preventiva.³³

No que tange ao inciso II do artigo 313 do CPP, este dispõem que será decretada a prisão preventiva do imputado se ele tiver sido condenado por outro crime doloso em sentença transitado em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do art. 64 do Código Penal. Tal argumento defronta-se com a constitucionalidade, tendo em vista, primeiro tratar-se de uma estigmatização do reincidente, em flagrante *bis in idem* e também, viola o princípio da proporcionalidade, vez que não encontra amparo na cautelaridade da prisão preventiva.

Em análise o inciso III do artigo 313 do CPP³⁴, requer maior cuidado, pois autoriza a prisão preventiva do indiciado no ambiente doméstico que na maioria das vezes são de menor potencial ofensivo, como também há ocorrência de contravenções penais. No que se refere aos crimes, tem-se maior intensidade de ocorrência lesão corporal de natureza leve (art. 129, § 9º CP) cuja pena de detenção é de 3 meses a 3 anos, assim como o crime de ameaça (art.147 do CP) que possui pena de detenção de 3a 6 meses. Assim sendo, “uma leitura apressada levaria a conclusão (errada) de qualquer conduta que configure ameaça, calúnia, difamação ou injúria autorizada a prisão preventiva”³⁵, contrariamente ao que dispõem os incisos anteriores.

Muito embora a ressalva, a prisão preventiva apenas deve ser decretada a fim de garantir a execução das medidas protetivas de urgência, ou seja, somente quando houver o deferimento das referidas medidas e o imputado, ciente delas, a descumprir. Destarte, não é lícito decretar a prisão preventiva do indivíduo quando o juiz verificar que o fato foi praticado com excludente de ilicitude, como em estado de necessidade, legítima defesa e em estrito cumprimento do dever legal, conforme art. 314 do CPP.

2.4 Da Garantia A Ordem Pública

A garantia a ordem pública é o foco principal deste estudo, assim é fundamental construir o que se entende, doutrinariamente, acerca do seu conceito, considerando que é visto como um discurso aberto e de difícil entendimento, o que gera interpretações muitas vezes equivocadas e utilizações indevidas e ilegalmente, é notável em seu conceito a despreocupação acerca de sua definição.

Conforme lecionou, há muito tempo, Basileu Garcia, ao afirmar que para a garantia a ordem pública, “Visará o magistrado ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinquente

³³ Ibidem, p.840

³⁴Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: 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;

³⁵ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p.843

volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso a prática delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmo estímulos relacionados com a infração cometida”.³⁶ Acrescenta-se ainda que às vezes trata-se de criminosos habituais, outras vezes ainda, o delito é fruto do sentimento ou tendências influenciadas por determinadas épocas, onde a liberdade do autor enseja a outros atentados. Desse modo, o intuito de impedir novas violações da lei determinaria a providência prisional.³⁷

Pouco antes da promulgação da Constituição Federal do Brasil de 1988, outros doutrinadores como Romeu Pires de Campos Barros, segue com o mesmo ensinamento, apenas acrescentando que a garantia a ordem pública estaria em perigo quando “o réu, livre e solto, possa concluir crime interrompido ou praticar outros, fala-se também dá em repercussão danosa e prejudicial ao meio social, nesse aspecto torna-se uma medida de segurança”.³⁸

Apenas como intuito de demonstrar como a CF/1988, quando do estudo acerca dos direitos e garantias fundamentais, pode fazer surgir pensamentos críticos acerca da constitucionalidade da garantia da ordem pública como pressuposto para decretar a prisão preventiva. Conforme o professor, Fernando da Costa Tourinho Filho explica que anteriormente a CF/1988 lecionava de modo que a ordem pública fosse legítima, já a definindo como “a paz, a tranquilidade no meio social. Assim se o indiciado estiver cometendo novas infrações penais; se estiver fazendo apologia ao crime, ou incitando ao crime, haverá a perturbação da ordem pública”.³⁹

Passados quase trinta anos da promulgação da CF/1988, em recente obra é notável a mudança do entendimento e postura de Tourinho Filho em relação a garantia a ordem pública. Defendendo que ao ser utilizado como fundamento, tem-se a perda da cautelaridade da prisão preventiva, não constituindo instrumento para a garantia dos fins do processo penal, representando assim, antecipação de pena. Argumenta também que “deve o juiz, tendo em conta que a Carta Magna adotou o princípio da presunção de inocência, consonar e harmonizar a norma processual ao texto da Lei Maior, fazendo abstração das duas circunstâncias”.⁴⁰

Diante disso, fica evidente que a adequação às garantias constitucionais é possível, basta ter a CF, como ponto de referência para todo o ordenamento. Ademais, afora a doutrina

³⁶ GARCIA, Basileu. **Comentários ao Código de Processo Penal**.v.3. Rio de Janeiro: Forense, 1945. p.169-170

³⁷ Ibidem, p. 170

³⁸ BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 197.

³⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v.3. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1986. p.423

⁴⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. v.1.15 ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p.927-933.

evolutiva, tem-se que aos poucos vai se amoldando. Atualmente a garantia a ordem pública é vista como “a finalidade de impedir que o agente solto, continue a delinquir, não se podendo aguardar o termino do processo para, somente então retirá-lo do convívio social”⁴¹, considerando que, a alguns anos atrás, a defendia para o fim de também “acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça, em crimes que provoquem grande clamor social”.⁴²

É de se notar que o conceito estudado no parágrafo anterior abandona os conceitos mais absurdos como o de clamor social e credibilidade da justiça, porém defende a ideia de se analisar a periculosidade ao imputado a fim de evitar a reiteração criminosa, apresentando a proposta em que situações destas, o recolhimento ao cárcere não deve aguardar a sentença condenatória.

Por mais complicada que seja defender esse ideal nos dias de hoje, encontra-se doutrinador clássico da doutrina criminal pátria que defende a função do Poder Judiciário para prender o autor de um crime que tenha repercussão traumática na sociedade e que demonstrou sentimento de impunidade e de insegurança, afetando assim, a ordem pública e em decorrência a própria credibilidade do Judiciário.⁴³

Diante de tais elucidações acerca da ordem pública, tem-se uma base singela para que seja possível estudar sua inconstitucionalidade, que será apresentado no próximo capítulo.

3 INCONSTITUCIONALIDADE DA ORDEM PÚBLICA

Conforme alhures exposto, à prisão preventiva é uma medida cautelar que tem por finalidade instrumentalizar o processo de conhecimento criminal, ou seja, possui como única e exclusiva a finalidade de acautelá-lo, de modo que para qualquer outra finalidade torna-se inconstitucional. O Projeto de Lei nº 4.208/2001, em sua redação original previa a substituição do termo ordem pública por definições precisas das circunstâncias que as justifiquem. Porém ao longo de sua tramitação foi aprovada a Emenda Substitutiva Global que resgatou o texto original de 1941, mantendo a expressão como já existia. Desse modo restam apenas dois fundamentos verdadeiramente cautelares, que são a conveniência da instrução criminal e a garantia da aplicação da lei penal.⁴⁴

Contudo, é de se lamentar que referido fundamento não tenha sido abandonado pelo legislador e que persista em uma ordem democrática, embora sua imprecisão conceitual e

⁴¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.337

⁴² CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 325

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2014. p.696-700

⁴⁴ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p.846.

generalidade seja um perigoso instrumento incompatível com o ideal democrático.⁴⁵ De princípio, é necessário afirmar que a finalidade da prisão cautelar do indiciado é tão somente assegurar a eficácia do procedimento definitivo, ou seja, o processo penal de conhecimento, de modo a efetivar o direito material. É, portanto garantidor do devido funcionamento da justiça, tornando-se apenas instrumento processual, pois a somente o que for verdadeiramente cautelar é constitucional.⁴⁶

Isto porque a instrumentalidade é ínsita à prisão cautelar e para não se confundir com a pena, só é justificada para o regular andamento processual penal e do resguardo de eventual decreto condenatório. Nesse sentido, o magistrado deve deixar clara a necessidade da prisão como instrumento, pois, notadamente muitas decisões que decretam a prisão preventiva não possuem esse condão cautelar,⁴⁷ demonstrando sua verdadeira inconstitucional.

Essa caracterização da prisão preventiva como instrumento ao processo penal é de destaque para que não seja confundida com a pena, pois ao ser decretada com o intuito de prevenção geral ou especial, adquire contornos de pena antecipada. Sendo que esta prevenção pode ser além de geral e especial, como também positiva e negativa. A antecipação da pena, supracitada, é ocasionada quando a prisão preventiva é decretada sob o aspecto de prevenção geral, que por sua vez é característica de uma pena propriamente dita, a qual supõe um processo judicial válido e uma sentença condenatória transitado em julgado, e inviável a via cautelar.⁴⁸

De outro modo, essa alegação de prevenção agrega na medida cautelar uma característica policaiesca, tendo em vista que a garantia da ordem pública, como fundamento apresenta-se como um meio de defesa social, pois “primeiro se pune, e depois se processa, ou melhor, se pune processando”⁴⁹, apresentando-se como forma mais clara de mutação do processo em pena informal, de modo a se tornar mais severa e aflitiva do que a pena, na qual se prejudica o juízo e se pré pune o imputado.⁵⁰

Neste contexto o direito tira do imputado a condição de cidadão ao lhe privar de seus direitos individuais, principalmente sua liberdade, deixando de ser considerado cidadão de

⁴⁵ DANTAS, Luziana Barata. Op. cit., p.101.

⁴⁶ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p.847

⁴⁷ DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2.ed.rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p.83-87.

⁴⁸ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p.849

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: RT, 2002. p.623

⁵⁰ Idem.

bem e adquirindo o título de inimigo da sociedade. Para isso, o Judiciário se utiliza de argumentos motivacionais “espúrios e disfuncionais”.⁵¹

A prisão preventiva para garantir a credibilidade da justiça defronta-se com o princípio da dignidade da pessoa humana, visto que o cidadão é tratado como objeto de investigação e não como um sujeito titular de direitos, portanto se trata de um argumento contrário as disposições constitucionais.⁵² E ainda sob o discurso da ordem pública, trata-se de uma argumentação inconstitucional, visto que a única presunção permitida pela constituição pátria é a inocência, como aduz Lopes Junior, essa presunção de reiteração criminosa somente seria válida em “casos de vidência de bola de cristal”.⁵³

Esse discurso demonstra um anseio mítico por um direito penal do futuro, que visa a proteção quanto ao que possa ou não vir ocorrer, porém nem o direito penal, tampouco o processo estão legitimados a esta análise. Conforme critica Lopes Junior:

Além de existir um periculosômetro (tomado emprestado a expressão de Zaffaroni) é um argumento inquisitório, pois irrefutável. Como provar que amanhã se permanecer solto, não cometerei um crime? Uma prova impossível de ser feita, tão impossível como a afirmação de que amanhã eu o praticarei. Trata-se de recusar o papel de juízes videntes, pois ainda não equiparam os foros brasileiros com bolas de cristal.⁵⁴

Resta evidente que situações que decretam a prisão preventiva com base nesses argumentos estão completamente desvirtuadas da realidade cautelar, pois o que se está buscando, na verdade, é o controle social, a prevenção, que são funções da execução penal, e não do caráter instrumental que o norteia.⁵⁵ Nesse sentido está calçada a decisão do TJ-MS:

A cautelaridade da prisão, considerando a nova legislação para o desencarceramento, somente se justifica quando presentes os requisitos do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* (art. 312 do CPP), os quais devem sempre ser concretamente demonstrados por percuciente fundamentação que evidencie, de forma segura, a indispensabilidade da medida extrema de restrição ao direito à liberdade nos casos elencados no art. 313 do Código Processo Penal e em detrimento das demais providências diversas da prisão previstas no art. 319 do mesmo *codex*. Embora as condições subjetivas não garantam, sozinhas, o afastamento da prisão preventiva, nem por isso devem deixar de influenciar fortemente o juízo sobre a necessidade da constrição, especialmente mitigada quando os predicados pessoais do acusado forem amplamente favoráveis. O requisito "ordem pública", de duvidosa constitucionalidade na atual ordem constitucional brasileira, não pode ser transformada em panacéia a ser invocada para legitimar a prisão preventiva quando, evidentemente, não é cabível. Os princípios orientadores de um Direito Processual Penal democrático conduzem para inarredável conclusão de que, sob o império da presunção de inocência, a liberdade sempre será regra, somente podendo ser limitada em casos excepcionálíssimos, ou seja, em situações bem distintas da apreciada nos autos, em que o paciente, primário, com residência fixa e ocupação lícita, foi preso

⁵¹ GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p.76

⁵² DANTAS, Luziana Barata. Op. cit., p.79-82

⁵³ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p.583

⁵⁴ Idem

⁵⁵ NICOLITT, André Luiz. **Manual de Processo Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p.461

com pequena quantidade de drogas, cuja destinação ainda não é clara nesse momento inicial da perquirição penal. Ordem concedida, contra o parecer.⁵⁶

Posto isso, a tutela a ordem pública cabe à pena, portanto decretar a prisão preventiva sob esse argumento nada mais se confirma além de uma antecipação da pena. Com isso a prisão cautelar somente será compatível com a presunção de inocência quando tiver como enfoque a preservação do devido processo legal, caso contrário é manifestamente inconstitucional.⁵⁷

Com o exposto fecha-se o estudo em torno da inconstitucionalidade do discurso da ordem pública sob a ótica dos direitos fundamentais, que muito embora não sejam absolutos, são os pilares que sustentam o Estado Democrático de Direito e devem ser observados em todos os atos judiciais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o conteúdo apresentado não se pode olvidar que o tema proposto é de extrema relevância no meio jurídico e prático que a sociedade se encontra, visto que o respeito aos direitos fundamentais é primordial e essencial em um Estado Democrático de Direito. Alguns princípios ganham destaque, como o princípio da presunção da inocência e do devido processo legal, que norteiam todo esse sistema, visto que garantem que um cidadão obtenha o respeito às garantias individuais que lhe são atribuídas, bem como seja reconhecido como inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A prisão preventiva, como principal objeto de estudo, possui regramento jurídico entre os artigos 311 e 316 do CPP, podendo ser decretada desde a fase investigativa até a fase recursal, porém apenas quando presentes fundamentos e requisitos elementares à sua utilização. Destaca-se que pode ser utilizada em último caso, ou seja, aflora sua essência de *ultima ratio*, o que significa dizer que é necessário o esgotamento de todas as demais possibilidades existentes no ordenamento jurídico para assegurar o processo, como as medidas cautelares alternativas ao cárcere.

O *fumus commissidelict* é o requisito e o *periculum libertatis* o fundamento da prisão preventiva. Quanto ao primeiro, em suma trata-se da existência da materialidade do delito e indícios de sua autoria. Já em relação ao segundo, refere-se ao risco de regular desenvolvimento do processo que a liberdade do imputado possa ocasionar. Neste ponto, encontram-se fundamentos de prisão preventiva, previstos no art. 312 do CPP, como garantia

⁵⁶BRASIL. TJ-MS - HC: 14038672120148120000, MS 1403867-21.2014.8.12.0000, Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence. 2ª Câmara Criminal Julgado em: 14/04/2014, DJe: 24/04/2014. Disponível em: <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/127451355/habeas-corpus-hc-14052442720148120000-ms-1405244-2720148120000/inteiro-teor-127451365?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

⁵⁷NICOLITT, André Luiz. Op. cit. p.461-462

da ordem pública e da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal.

O processo penal possui caráter instrumental, pois se trata do meio necessário para se atribuir uma pena a alguém, em respeito ao devido processo legal. Nesse aspecto também se inclui a prisão preventiva, visto que tem a mesma característica da instrumentalidade, ou seja, é um instrumento a serviço do processo. Com isso, sua função é acautelar o processo, portanto tudo o que se distancie desse sentido encontra-se em confronto com a Constituição Federal. Nessa perspectiva está o discurso da ordem pública, pois é um termo genérico, de difícil conceituação e fundamentação que a justiça não concerne com os preceitos constitucionais basilares.

A garantia a ordem pública é utilizada como justificativa em diversos enfoques, como exemplo, para garantir a credibilidade do Poder Judiciário e da justiça, combater a criminalidade, em razão da gravidade do delito cometido e de sua repercussão social, com a justificativa que o acusado é perigoso. Isto demonstra o desvirtuamento da função da prisão preventiva, pois não está em nenhuma dessas situações, instrumentalizando o processo criminal.

Nessa perspectiva a prisão preventiva adota uma postura de prevenção geral e especial, o que não é função do Judiciário, mas sim do Estado por meio da polícia, pois visa mostrar à sociedade que algo está sendo feito, a fim de aplacar o clamor gerado em torno do fato, o que é aspecto de pena. Ocorre que esta forma de agir apenas tende a tornar a prisão cautelar um comento em uma antecipação de pena, de modo a perder seu caráter instrumental ao processo. Essa situação vide de encontro negativamente, ao princípio da presunção de inocência que o indivíduo possui e é assegurado constitucionalmente. Essa abordagem da garantia a ordem pública frente à presunção de inocência demonstra a inconstitucionalidade desse fundamento. Isto não significa dizer que o direito fundamental à liberdade é absoluto em relação ao referido princípio, tendo em vista que apenas é inconstitucional quando a prisão preventiva for decretada sem o fim de acautelar o processo.

Nesse sentido a prisão preventiva adota uma postura de prevenção geral e especial, o que não é função do Judiciário, mas sim do Estado por meio da polícia, pois visa mostrar à sociedade que algo está sendo feito, a fim de aplacar o clamor gerado em torno do fato, o que é aspecto de pena. Ocorre que esta forma de agir apenas tende a tornar a prisão cautelar em simples ato direcionado a uma antecipação de pena, de modo a perder seu caráter instrumental ao processo. Essa situação confronta abusivamente, o princípio da presunção de inocência direito constitucional desrespeitado pelo indevido processo legal. Essa abordagem da garantia

a ordem pública frente à presunção de inocência demonstra a inconstitucionalidade desse fundamento.

Diante do exposto neste artigo, é notável a inviabilidade da conciliação do discurso da ordem pública com a ótica do princípio da presunção de inocência, em razão da sua íntima ligação ao direito fundamental da liberdade, pois são incompatíveis e, nesse aspecto prevalece a garantia constitucional em face de um argumento infundado, subjetivo, sem limites e constantemente presente na realidade processual brasileira, evidenciando a inconstitucionalidade da prisão preventiva com fundamento na ordem pública.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. TJ-MS - **HC: 14038672120148120000, MS 1403867-21.2014.8.12.0000**, Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence. 2ª Câmara Criminal Julgado em: 14/04/2014, DJe: 24/04/2014. Disponível em: <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/127451355/habeas-corpus-hc-14052442720148120000-ms-1405244-2720148120000/inteiro-teor-127451365?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DANTAS, Luziana Barata. **A Prisão Preventiva e o Paradigma da Pós-modernidade em Bauman**. Porto Alegre: Nurias Fabris, 2013.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2.ed.rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: RT, 2002

GARCIA, Basileu. **Comentários ao Código de Processo Penal**.v.3. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de Processo Penal**.4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2014.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; COSTA, Domingos Barroso da. **Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: A Reforma da Lei 12.403/2011**. São Paulo: Atlas, 2013

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Bruna Isabelle Simioni; SILVA, Bruno Rafael Simioni. Prisão Preventiva: Aspectos Gerais e pressupostos. In: GOMES, Eduardo Biacchi; DOTTA, Alexandre Godoy (Orgs.). **Direito e ciência na contemporaneidade**. Anais do Evento de Iniciação Científica da Unibrasil, v2 . Curitiba, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v.3.34 ed. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____ **Processo Penal**. v.3. 8. ed. ver.e atual. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____ **Código de Processo Penal Comentado**. v.1.15 ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2014