

FACULDADES INTEGRADAS DE ARACRUZ - FAACZ

THAIS GADIOLI DE NARDI

**CONTROVÉRSIAS CONSTITUCIONAIS DA GARANTIA DA
ORDEM PÚBLICA COMO REQUISITO DA DECRETAÇÃO DA
PRISÃO PREVENTIVA**

ARACRUZ
2018

THAIS GADIOLI DE NARDI

**CONTROVÉRSIAS CONSTITUCIONAIS DA GARANTIA DA
ORDEM PÚBLICA COMO REQUISITO DA DECRETAÇÃO DA
PRISÃO PREVENTIVA**

Monografia apresentada como requisito para a conclusão
do curso de Bacharelado em Direito das Faculdades
Integradas de Aracruz - FAACZ.
Orientador (a): Profª. Gracimeri Vieira Soeiro de Castro
Gaviorno.

ARACRUZ
2018

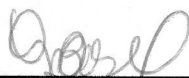
THAIS GADIOLI DE NARDI

**CONTROVÉRSIAS CONSTITUCIONAIS DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA
COMO REQUISITO DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA**

Monografia apresentada no Curso de Direito das
Faculdades Integradas de Aracruz como requisito
para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em 05 de 12 de 2018.

COMISSÃO EXAMINADORA



Prof.^ª Gracimeri Vieira Soeiro de Castro Gaviorno
FAACZ – Faculdades Integradas de Aracruz
Orientadora



Prof. Diego Crevelin de Sousa
FAACZ – Faculdades Integradas de Aracruz



Prof. Dolivar Gonçalves Júnior
FAACZ – Faculdades Integradas de Aracruz

Dedico este trabalho aos meus pais Jorge e Domingas, minha filha Helena e meu marido Matheus. Obrigada por todo incentivo e confiança.

AGRADECIMENTOS

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

Aos meus pais, que sempre me incentivaram e me deram apoio nas horas difíceis.

Ao meu amor, pelo incentivo e apoio incondicional, por aguentar tantas crises de estresse e ansiedade.

A toda minha família que sempre me deu incentivo a continuar e nunca desistir.

Sou grato a todos os professores que contribuíram com a minha trajetória acadêmica, especialmente a Prof. Gracimeri responsável pela orientação do meu projeto. Obrigada por esclarecer tantas dúvidas e ser tão atenciosa e paciente.

RESUMO

Esta monografia tem como objetivo analisar a decretação da prisão preventiva especialmente com base na garantia da ordem pública trazida pelo art. 312 do Código de Processo Penal. Por sua vez, o ponto controverso da matéria é avaliar a necessidade de decretação da custódia cautelar, observando se presentes, em cada caso, os requisitos do *fumus comissi* e do *periculum libertatis*, os quais devem sempre ser concretamente demonstrados por fundamentação que evidencie de forma segura, a indispensabilidade da medida. Buscou-se em um primeiro momento, discorrer sobre o instituto das prisões cautelares e suas modalidades. Abordamos a constitucionalidade do instituto da prisão preventiva e seus requisitos. E por último, o foco deste estudo, que é a análise da conceituação do termo ordem pública, analisando ainda os meios usados para fundamentar a prisão preventiva como garantia da ordem pública.

Palavras-chave: prisão preventiva, constitucionalidade, ordem pública.

ABSTRACT

This monograph aims to analyze the decree of preventive detention especially based on the guarantee of the public order brought by art. 312 of the Code of Criminal Procedure. On the other hand, the controversial point of the matter is to evaluate the necessity of ordering the precautionary custody, observing if in each case the requirements of the *fumus comissi* and *periculum libertatis*, which must always be concretely demonstrated by reasoning that evidences of form the indispensability of the measure. It was sought at first, to talk about the institute of the precautionary prisons and their modalities. And finally, the focus of this study, which is the analysis of the conceptualization of the term public order, also analyzing the means used to justify preventive detention as a guarantee of public order.

Keywords: pre-trial detention, constitutionality, public order.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
STF	Supremo Tribunal Federal
CP	Código Penal
HC	Habeas Corpus
CPC	Código de Processo Civil

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 AS ESPÉCIES DE PRISÕES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	11
2 A PRISÃO PREVENTIVA E SEUS FUNDAMENTOS JURÍDICOS.....	14
3 GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA: UM CONCEITO JURÍDICO E INDETERMINADO.....	17
4 A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL.....	25
5 OUTRAS CONTROVÉRSIAS CONSTITUCIONAIS SOBRE A PRISÃO PREVENTIVA FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.....	28
CONCLUSÃO.....	32
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	34

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é promover a reflexão da problemática convivência da garantia da ordem pública como requisito para decretação da prisão preventiva e o direito fundamental do estado de inocência e, principalmente, em razão da indeterminação semântica da expressão garantia da ordem pública, a qual pode acolher uma infinidade de justificativas.

A prisão preventiva é um instrumento processual penal. Pode ser usada antes da condenação do réu, na investigação e na ação penal, devendo seguir os requisitos legais para ser aplicada, regulamentados pelo artigo 312 do Código de Processo Penal.

No desenvolvimento do contexto será apresentado o entendimento doutrinário acerca do tema, bem como a interpretação dada pelos tribunais sobre garantia da ordem pública. A metodologia empregada será o estudo bibliográfico e jurisprudencial e o método dedutivo.

Para alcançar o objetivo do trabalho, inicialmente abordaremos duas possibilidades para a segregação da liberdade do indivíduo: a prisão pena e a prisão processual, bem como as mudanças trazidas pela lei 12.403/2011 acerca das modalidades de prisão no processo penal, como exemplo a transformação da prisão em flagrante em pré-cautelar e a possibilidade de conversão em prisão preventiva.

No segundo capítulo, abordaremos a constitucionalidade da prisão preventiva, onde serão destacados detalhadamente os pressupostos legais de sua aplicação, presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal, dentre eles a garantia da ordem pública.

O terceiro capítulo será dedicado a análise do conceito garantia da ordem pública. Apontaremos algumas acepções doutrinárias e a jurisprudência acerca do tema, afastando argumentos inidôneos para fundamentação de tal prisão, bem como a duração da prisão observando a necessidade e razoabilidade evitando assim, que a prisão preventiva como garantia da ordem pública se transforme em antecipação da pena do acusado.

No quarto capítulo, discorreremos sobre o princípio da motivação das decisões judiciais a luz da Constituição Federal e do Novo Código de Processo Civil. Tal princípio garante a necessidade de motivação das decisões que decretam a prisão preventiva como garantia da ordem pública afastando assim, toda arbitrariedade em prejuízo aos direitos do cidadão.

E por último, o conflito entre prisão cautelar e estado de inocência e a posição atual do STF a respeito da execução criminal quando houver condenação em segundo grau.

1 AS ESPÉCIES DE PRISÕES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O Processo Penal oportuniza ao Estado o exercício do *ius puniendi*, operando como instância de poder público capaz de resolver o conflito criminal de forma institucional, racional, previsível, formalizada e igualitária, com criterioso respeito às garantias individuais.

Com o objetivo de proteger bens como a vida e patrimônio pessoal e público, o Estado criminaliza determinadas condutas visando coibir ou, dependendo da conjuntura dos acontecimentos e eventos em determinado momento, circunstância e situação, punir os indivíduos transgressores. Nas palavras de Rogério Greco:

O Estado, sempre atento ao princípio da legalidade, pilar fundamental de todo o direito penal, pode, de acordo com sua vontade política, ditar normas de conduta ou mesmo outras que sirvam para a interpretação e a aplicação do Direito Penal. Todas essas normas que ganham vida no corpo da lei em vigor formam o que chamamos de Direito Penal Objetivo. Direito Penal Subjetivo, a seu turno, é a possibilidade que tem o Estado de criar e fazer cumprir suas normas, executando as decisões condenatórias proferidas pelo Poder Judiciário. É o próprio *ius puniendi*. Se determinado agente praticar um fato típico, antijurídico e culpável, abre-se ao Estado o dever-poder de iniciar a *persecutio criminis in iudicio*, visando a alcançá-lo, quando for o caso e obedecido o devido processo legal, um decreto condenatório. (2017, p. 39)

Preceitua o art. 5.º da Constituição Federal, LXI, que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. A regra, pois, é que a prisão, no Brasil, deve basear-se em decisão de magistrado competente, devidamente motivada e reduzida a escrito, ou necessita decorrer de flagrante delito, neste caso cabendo a qualquer do povo a sua concretização. Segundo Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 342) prisão “é a *privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere*”.

Ainda em seu art. 5º, LXII, afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, consagrando o princípio do estado de inocência (ou da não culpabilidade), assunto que voltará a ser tratado no capítulo 5.

Trata-se de um mecanismo de extrema importância no direito processual, o qual diz que só será considerado realmente culpado, aquele que teve sua culpa comprovada em sentença irrecorrível. Tem por objetivo garantir que o ônus da prova cabe à acusação e não a defesa. No entendimento de Guilherme de Souza Nucci

(2016, p. 54), as pessoas nascem inocentes, sendo esse seu estado natural, tornando-se indispensável que o estado-acusação evidencie com provas suficientes ao estado-juiz, a culpa do réu. Integra-se ao princípio da prevalência do interesse do réu (*in dubio pro reo*), garantindo que, em caso de dúvida, deve sempre prevalecer o estado de inocência, absolvendo-se o acusado.

A modalidade de prisão que imposta em virtude de sentença condenatória transitada em julgado é chamada de prisão-pena. Trata da privação da liberdade determinada com a finalidade de executar decisão judicial, após o devido processo legal, na qual se determinou o cumprimento de pena privativa de liberdade. Está regulamentada nos art. 32 a 42 do Código Penal e também pela Lei de Execuções Penais (Lei nº 7210/84). Seu cumprimento poderá ser no regime fechado, semiaberto ou aberto, podendo haver progressão.

A segunda modalidade é chamada de prisão cautelar. Sua natureza é puramente processual, imposta com finalidade cautelar, destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal ou o tramitar da ação penal por razões que a própria legislação processual elenca. Esta modalidade depende do preenchimento dos pressupostos do *periculum in mora* e do *fumus commissi delicti*, como veremos adiante.

Em suma, a prisão-pena é o exercício do direito de punir do Estado, enquanto que a prisão cautelar é uma forma de prevenção de um eventual direito de punir, através da qual se pretende eliminar os riscos à instrução do processo ou à eventual aplicação da lei penal (Nicolitt, 2011, p.46-47).

A lei 12.403 de 04 de maio de 2011 reformulou o conjunto de artigos que regem o sistema das prisões processuais e das demais medidas cautelares. Com as mudanças trazias pela lei 12.403/11, existem três modalidades de prisão cautelar no processo penal brasileiro atual, quais sejam: preventiva, temporária e domiciliar.

Já a prisão em flagrante passou por inúmeras modificações, das quais a mais recente foi à operada pela Lei 12.403/2011. Com essa inovação legislativa, explicitou-se o caráter pré-cautelar da prisão em flagrante. Ninguém mais responde a um processo criminal por estar preso em flagrante, ou o juiz converte o flagrante em preventiva ou concede a liberdade (provisória ou por relaxamento em decorrência de vício formal). A prisão em flagrante, portanto, mais se assemelha a uma detenção cautelar provisória pelo prazo máximo de vinte e quatro horas, até que a autoridade judicial decida pela sua transformação em prisão preventiva ou

não.

Desse modo, antes da condenação definitiva, ressalvada a possibilidade de execução provisória da sentença conforme orientação atual do STF, o sujeito só pode ser preso em três situações: flagrante delito, prisão preventiva e prisão temporária. No entanto, cumpre ressaltar que somente poderá continuar preso nas duas últimas, não existindo mais a prisão em flagrante com a hipótese de prisão cautelar garantidora do processo. “Ninguém mais responde preso a processo em virtude da prisão em flagrante, a qual deverá se converter em prisão preventiva ou convolar-se em liberdade provisória”. (Fernando Capez, Revista Consultor Jurídico, 2011).

Para o estudo, o recorte incidirá sobre a prisão preventiva.

2 A PRISÃO PREVENTIVA E SEUS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A prisão preventiva é um instrumento processual de natureza cautelar de cerceamento da liberdade do indivíduo. Pode ser decretada em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal de acordo com os requisitos expressamente previstos em lei.

A lei 12.403/2011 ampliou de maneira considerável o rol de medidas cautelares pessoais diversas da prisão cautelar previstas no art. 319 do CPP, possibilitando ao juiz a escolha da medida que mais se ajusta ao caso concreto, observando os critérios da proporcionalidade e legalidade, preservando assim, a liberdade de locomoção do agente.

Com essa ampliação de medidas, a lei consagrou a prisão preventiva como medida cautelar excepcional. Só se justifica em casos onde esteja demonstrada concretamente a necessidade de custódia, não podendo jamais, ser utilizada como forma de pena antecipada. Ademais, só pode ser decretada quando nenhuma outra medida cautelar for necessária e adequada nos termos do artigo 282 do Código de Processo Penal.

Deve ser devidamente fundamentada e ser decretada por ordem escrita de autoridade judiciária competente, conforme determina o art. 5º, LXI da Constituição Federal:

[...] LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. (BRASIL, Constituição Federal de 05 de outubro de 1988).

Para Norberto Avena, a prisão preventiva *“possui natureza cautelar, já que tem por objetivo a tutela da sociedade, da investigação criminal/processo penal e da aplicação da pena.”* (2017, pág. 663)

Sendo uma medida de natureza cautelar, pressupõe a coexistência do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. O *fumus commissi delicti* pressupõe a existência de materialidade do crime ou indícios suficientes da autoria, conforme diz a parte final do art. 312 do Código de Processo Penal: "(...) quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria". Já o *periculum libertatis* diz respeito ao perigo causado pela liberdade do sujeito passivo da persecução penal.

A prisão preventiva pressupõe que o indício deve ser concreto e suficiente, levando o juiz à plena convicção da possível autoria. No que se refere à materialidade delitiva, basta à existência de elementos que indicam e autorizam a

possível autoria no momento da decisão. O outro pressuposto para a prisão é que, ficando o agente em liberdade, venha a causar risco a sociedade e a instrução criminal. Para Norberto Avena, por se tratar de medida cautelar, a preventiva:

Pressupõe a existência de *periculum in mora* (ou *periculum libertatis*) e *fumus boni iuris* (ou *fumus commissi delicti*), o primeiro significando o risco de que a liberdade do agente venha a causar prejuízo à segurança social, à eficácia das investigações policiais/apuração criminal e à execução de eventual sentença condenatória, e o segundo, consubstanciado na possibilidade de que tenha ele praticado uma infração penal, em face dos indícios de autoria e da prova da existência do crime verificados no caso concreto. (2017, p. 663)

Sendo assim, a prisão preventiva só pode ser decretada caso estejam presentes seus dois elementos de forma cumulativa, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Conforme o art. 313 do CPP, a prisão preventiva somente poderá ser decretada nas seguintes hipóteses: crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, condenação por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Código Penal, crime que envolva violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência; para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa; ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

Pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, no curso da ação penal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, ou por representação da autoridade policial.

Ainda que a prisão preventiva seja cautelar, se o juiz ao analisar as provas constantes dos autos, constatar que o agente praticou o fato em legítima defesa, ou estado de necessidade ou qualquer outra excludente de ilicitude do art. 23 do CP não será decretada a prisão conforme o art. 314 CPP.

O caput do artigo 312 do CPP elenca as seguintes situações nas quais 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.

Tais situações são alternativas e não cumulativas, ou seja, para que a prisão preventiva possa vir a ser decretada, é necessária apenas à presença de um fundamento no caso concreto para justificar a medida cautelar.

No Habeas Corpus nº 118392/MT do STF decidiu manter a prisão do paciente, mesmo estando presentes as atenuantes, concluindo que pelas circunstâncias do caso concreto, a ameaça à ordem pública é suficiente para a manutenção da custódia cautelar:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO CAUTELAR: PRESSUPOSTOS. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA. MEDIDA LIMINAR INDEFERIDA. INFORMAÇÕES. VISTA AO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA . Neste exame preambular, a exposição dos fatos e a verificação das circunstâncias presentes e comprovadas na ação conduzem ao indeferimento da medida liminar requerida, pois não se verifica, de plano, plausibilidade jurídica dos argumentos apresentados na inicial. 8. A decisão monocrática da Ministra Laurita Vaz, do Superior Tribunal de Justiça, objeto da presente impetração, assentou, dentre outros fundamentos, que: "(...) De início, vislumbrada pelas instâncias ordinárias a existência de prova suficiente para instaurar a ação penal, reconhecer que os indícios de materialidade e autoria do crime são insuficientes para justificar a custódia cautelar implicaria afastar o substrato fático em que se ampara a acusação, o que, como é sabido, não é possível na estreita e célere via do habeas corpus. (...) **Ademais, com bem ressaltou o acórdão impugnado, a prisão cautelar se encontra em consonância com os preceitos contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, mostrando-se suficientemente fundamentada a segregação como forma de garantir a ordem pública, para interromper a atividade criminosa, em razão dos fatos constantes dos autos.** Afinal o Paciente foi preso em flagrante, em 04 de abril de 2013, mantendo em depósito, para fim de comércio, 541 "trouxas" de pasta-base de cocaína, somando 39,36g, uma porção de maconha de 11,82g, além de materiais para o refino da droga. (...) Por fim, "as condições pessoais favoráveis do paciente, por si sós, não impedem a decretação da segregação antecipada, existindo nos autos elementos capazes de autorizar a adoção da providência extrema" (Evento 1, fls. 183-185). Esse entendimento está em harmonia com a jurisprudência deste Supremo Tribunal que considera que, pelas circunstâncias do caso concreto, a ameaça à ordem pública é suficiente para a manutenção da custódia cautelar [...] 9. Ademais, mesmo que o Paciente fosse primário, tivesse residência e trabalho fixos e bons antecedentes, é da jurisprudência deste Supremo Tribunal que as "condições subjetivas favoráveis (...) não obstam a segregação cautelar, desde que presentes nos autos elementos concretos a recomendar sua manutenção" (HC 96.182, Relator o Ministro Menezes Direito, DJe 20.3.2009). (STF-HC:118392 MT, Relator: Min. Cármen Lúcia, Data do Julgamento: 26/06/2013, Data da Publicação: DJe-148 DIVULG 31/07/2013 PUBLIC 01/08/2013, grifo nosso)

Para o presente estudo, destacamos a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, que será analisada no próximo tópico.

3 GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA: UM CONCEITO JURÍDICO E INDETERMINADO

Tarefa difícil é conceituar Garantia da Ordem Pública. É a hipótese de interpretação mais ampla e flexível na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Trata-se de um conceito jurídico indeterminado, que será estudado melhor no capítulo 4.

Para Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 364) a garantia da ordem pública pode ser visualizada por vários fatores, dentre eles a gravidade concreta da infração, repercussão social e a periculosidade do agente, sendo indispensável manter a ordem na sociedade. Quando o crime praticado for grave, com reflexos negativos e traumáticos na vida das pessoas, despertando naqueles que tomam conhecimento da situação um sentimento de insegurança e impunidade, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente.

Para Capez (2012, p. 330) a prisão preventiva para a garantia da ordem pública ocorre quando:

A prisão cautelar é decretada com a finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, não se podendo aguardar o término do processo para, somente então, retirá-lo do convívio social. Nesse caso, a natural demora da persecução penal põe risco a sociedade. É caso típico de *periculum in mora*.

Uma importante crítica é feita por Eugênio Paccelli de Oliveira (2017, p. 264) em relação a essa expressão, que entende ser de difícilíssima definição. É que a garantia da ordem pública não se destina a proteger o processo penal enquanto instrumento de aplicação da lei, mas sim ao contrário, a proteção da própria comunidade, com o pressuposto de que ela seria duramente atingida pela liberdade dos autores de crimes que causassem intranquilidade social. Nas palavras do autor, tal expressão “*pode prestar-se a justificar um perigoso controle da vida social, no ponto em se arrima na noção de ordem, e pública, sem qualquer referência ao que seja efetivamente a desordem*” (2017, p. 264). A preservação da ordem pública, inclusive, vem destacada no art. 144, §5º da CF como atribuição das polícias militares estaduais, as quais são administrativas e não possui relação com o processo.

Ora, o dever de garantia da paz social é um problema de segurança pública e não de processo penal. Além disso, o art. 5º, LVII da CF diz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Desse modo, não pode ser a prisão preventiva uma antecipação da pena do acusado, exceto em caso de execução provisória, atualmente admitida pelo STF, conforme será melhor explicitado no capítulo 5.

Pela abertura e vagueza do conceito, é comum confundirem ordem pública com clamor social para fundamentar a prisão preventiva, onde crimes que geram abalo social trazem comoção na comunidade, perturbando a tranquilidade da população.

A Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, julgando o HC nº 2003.059.02293, assim decidiu:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA. CLAMOR PÚBLICO, OBRIGATORIEDADE. A decisão copiada às fls. Evidencia que o Julgador fundamentou suficientemente o decreto preventivo, inexistindo o alegado constrangimento ilegal. **Ali informa o Julgador que o crime causara clamor público no pequeno Município, revestindo-se de extrema gravidade, estando a situação a exigir o decreto da prisão preventiva do réu.** A fundamentação pode ser concisa, mas nunca ausente ou lacônica. Aliás, o proceder atribuído ao paciente já evidencia a necessidade de sua segregação, em prol da coletividade. Inexistência de constrangimento ilegal. ORDEM DENEGADA. (TJRJ, HC nº 2003.059.02293, 2ª C., rel. Gizelda Leitão Teixeira, j. 01/07/2003, grifo nosso).

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, vem decidindo que ordem pública e clamor social não são sinônimos, sendo este o pensamento consubstanciado no acórdão trazido à colação, no qual foi relator o Ministro Celso de Melo:

“O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público – precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) – não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação análoga do que se contém no art. 323, V do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal.” (STF, HC nº 80719-4/SP, rel. Celso de Melo, DJ 28/09/2001)

Como vimos, ordem pública e clamor social são coisas distintas e este não implica necessariamente naquele. Aury Lopes Júnior (2014, p. 617) afirma ser inconstitucional atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarma social. Ainda que sejam respeitáveis os sentimentos de vingança, a prisão preventiva não pode servir como pena antecipada e fins de prevenção como também não pode o Estado, enquanto reserva ética, assumir papel vingativo.

Para este autor, fica evidenciado que a prisão preventiva para a garantia da ordem pública não se enquadra como medida cautelar instrumental, sendo

inconstitucional. Em primeiro lugar, transforma uma medida processual em atividade policial, uma vez que busca tutelar a segurança pública, desse modo, faz da medida cautelar uma antecipação de pena, ferindo o princípio do estado de inocência.

Conforme preceitua Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 365) um delito grave normalmente são aqueles que envolvem violência ou grave ameaça à pessoa que, junto com a repercussão na sociedade, geram intranquilidade. Porém, a gravidade do delito e a potencialidade lesiva não bastam para a manutenção da prisão preventiva de alguém. Esses requisitos, não ensejam a custódia do agente, devendo demonstrar no caso concreto elementos que indicam o *periculum libertatis*.

A jurisprudência do STF orienta que a gravidade do crime imputado ao réu, por si só, não é motivo suficiente para a prisão preventiva conforme o Habeas Corpus abaixo:

HABEAS CORPUS. PEDIDO DE EXTENSÃO DA ORDEM CONCEDIDA A CORRÉU. ART. 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INDEFERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PEDIDO DE EXTENSÃO DEFERIDO. I – No caso sob exame, o indeferimento do pedido de liberdade provisória formulado pelo ora requerente também se fundou na necessidade de se preservar a ordem pública em razão da gravidade abstrata dos delitos e por conveniência da instrução criminal, fazendo-se alusão, ainda, à hediondez do crime de tráfico, fundamentos insuficientes para manter o requerente na prisão. II – **Segundo remansosa jurisprudência desta Corte, não basta a gravidade do crime e a afirmação abstrata de que os réus oferecem perigo à sociedade e à saúde pública para justificar a imposição da prisão cautelar. Assim, o STF vem repelindo a prisão preventiva baseada apenas na gravidade do delito, na comoção social ou em eventual indignação popular dele decorrente, a exemplo do que se decidiu no HC 80.719/SP, relatado pelo Ministro Celso de Mello.** III – Requerente que se encontra em situação fático-processual idêntica à do paciente beneficiado neste writ (Valdecir), pois ambos foram condenados pelos delitos de tráfico ilícito de drogas e associação para o tráfico, o que faz incidir o art. 580 do Código de Processo Penal. IV – Extensão da ordem concedida para colocar o ora requerente em liberdade provisória, devendo ser expedido o respectivo alvará de soltura somente se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o magistrado de primeiro grau, caso entenda necessário, fixe, de forma fundamentada, uma ou mais de uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal (na redação conferida pela Lei 12.403/2011).(HC 110132 Extn-segunda, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 16/10/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-220 DIVULG 07-11-2012 PUBLIC 08-11-2012, grifo nosso)

Com efeito, para a Suprema Corte, o estado de comoção social e de eventual indignação popular motivados pela repercussão da prática da infração penal, não podem justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do

postulado fundamental da liberdade.

Da mesma forma, o Tribunal de Justiça do Amapá utilizou o fundamento do STF a respeito da inaplicabilidade da gravidade abstrata do delito para fundamentar a prisão preventiva, que constitui uma medida de exceção, decidindo-se, portanto, pela aplicação das medidas cautelares do art. 319:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MOTIVAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA. 1) A jurisprudência do STF reputa inidônea a fundamentação de prisão preventiva lastreada em circunstâncias genéricas e impessoais, hipótese em que deve haver a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a serem fixadas pelo Tribunal; 2) Habeas corpus concedido para que o paciente seja colocado em liberdade, com a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal. (TJ-AP - HC: 00003050420158030000 AP, Relator: Desembargador RAIMUNDO VALES, Data de Julgamento: 14/05/2015, SECÇÃO ÚNICA)

Desse modo, toda decisão que decretar a prisão preventiva deve ser sempre motivada conforme redação do art. 315 do CPP em consonância com o art. 5º, LXI, e art. 93, IX, ambos da Constituição Federal, no sentido de exigir que toda decisão que decreta, substitua ou denegue a prisão preventiva seja sempre fundamentada, conforme será melhor explicitado no capítulo 4.

Muitas vezes, a divulgação e o destaque da mídia, invocam a gravidade ou brutalidade de delitos. Os meios de comunicação, em sua busca por audiência, transmitem de forma detalhada todas as perspectivas dos delitos que chocam a sociedade. Com isso, não são raras às vezes em que a opinião pública define casos criminais. Acabam por influenciar o sentimento de insegurança e o desejo de vingança. Desejo esse saciado através da pena, pressionando a justiça a impor uma sanção penal, ainda que não tenha certeza da culpabilidade do acusado.

Não se trata de dar crédito único ao sensacionalismo de certos órgãos da imprensa, interessados em vender jornais, revistas ou chamar audiência para seus programas, mas não é menos correto afirmar que o juiz, como outra pessoa qualquer, toma conhecimento dos fatos do dia a dia acompanhando as notícias veiculadas pelos órgãos de comunicação. Por isso, é preciso apenas bom senso para distinguir quando há estardalhaço indevido sobre um determinado crime, inexistindo abalo real à ordem pública, da situação de divulgação real da intranquilidade da população, após o cometimento de grave infração penal. (Nucci, 2016, p. 365)

Outro argumento utilizado na decretação da prisão preventiva baseado na garantia da ordem pública é a necessidade do restabelecimento da credibilidade das instituições. Aury Lopes Júnior critica a utilização de tal requisito nestes termos, definindo-o como sendo uma falácia, quando evidencia que “*nem as instituições são*

tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é um instrumento apto para esse fim, em caso de eventual necessidade de proteção” (2013, p. 114).

O restabelecimento e preservação da credibilidade das instituições não se qualificam como fundamento autorizador da prisão preventiva. Não é papel da prisão fazer com que as pessoas voltem a crer nas instituições jurídicas, embora ainda existam pensamentos no sentido de que se não houver prisão, a lei penal é falha e o sistema jurídico é ineficaz. O voto do ministro Teori Zavascki representa bem essa discussão:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. RISCO À APLICAÇÃO DA LEI PENAL. INEXISTÊNCIA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS. PRESUNÇÃO DE FUGA. IMPOSSIBILIDADE. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ENCERRAMENTO DE COLHEITA DA PROVA ACUSATÓRIA. ALTERAÇÃO DO QUADRO FÁTICO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS COM A MESMA EFICIÊNCIA. PRESCINDIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM Voto: [...] Todavia, a sociedade saberá também compreender que a credibilidade das instituições, especialmente do Poder Judiciário, somente se fortalecerá na exata medida em que for capaz de manter o regime de estrito cumprimento da lei, seja na apuração e no julgamento desses graves delitos, seja na preservação dos princípios constitucionais da presunção de inocência, do direito a ampla defesa e do devido processo legal, no âmbito dos quais se insere também o da vedação de prisões provisórias fora dos estritos casos autorizados pelo legislador.” (STJ - HC nº 127.186/PR Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 3/8/15).

Medidas drásticas como a prisão preventiva, que deveriam ser utilizadas apenas em hipóteses excepcionais, acabam por se tornar regra, valendo-se de conceitos jurídicos vagos e indeterminados para promover o encarceramento em massa de pessoas que supostamente cometem crimes típicos das populações de baixa renda.

Essa absurda e grave agressão a princípios e normas constitucionais têm feito que, no lugar estado de inocência, tenha sido utilizado precisamente o oposto, ou seja, o “estado de culpa”, sem qualquer fundamento jurídico, com ofensa ostensiva aos princípios e normas constitucionais.

A periculosidade é outro argumento um tanto quanto sensível para ser usado por um juiz ou Tribunal como justificativa para a prisão preventiva, pois envolve um juízo de culpabilidade, que não deve estar presente no momento da decretação da medida cautelar.

Fundamentar a prisão com o argumento relativo à periculosidade do agente,

para que o mesmo não volte a delinquir, não prossiga na reiteração criminosa ou não consume um crime tentado, faz com que se presuma a culpabilidade do agente, conforme Aury Lopes Jr.:

Além de ser um diagnóstico absolutamente impossível de ser feito (salvo para os casos de vidência e bola de cristal), é flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência e ela permanece intacta em relação a fatos futuros. (2014, p. 619)

Portanto, levar alguém a prisão sob o fundamento da periculosidade do réu, bem como sob a possibilidade deste voltar a delinquir, seria uma dupla presunção de culpabilidade que não se coaduna com a Constituição Federal, que adota o Princípio do Estado de Inocência.

No entanto, a Máxima Corte tem adotado a periculosidade e o risco de reiteração delitiva do réu como fundamento para manter legítima a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública conforme o HC 115462/RR:

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. LEGITIMIDADE. PRISÃO POR GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DENEGADA. I – A prisão cautelar foi decretada para garantia da ordem pública e aplicação da lei penal, ante o fato de o paciente e demais corréus dedicarem-se de forma reiterada à prática do crime de tráfico de drogas. Daí a necessidade da prisão como forma de desarticular as atividades da organização criminosa e para fazer cessar imediatamente a reiteração da prática delitiva. II – Essa orientação está em consonância com o que vêm decidindo ambas as Turmas desta Corte no sentido de que a periculosidade do agente e o risco de reiteração delitiva demonstram a necessidade de se acautelar o meio social para que seja resguardada a ordem pública, além de constituírem fundamento idôneo para a prisão preventiva. III – Ademais, considerando que o réu permaneceu preso durante toda a instrução criminal, não se afigura plausível, ao contrário, revela-se um contrassenso jurídico, sobrevivendo sua condenação, colocá-lo em liberdade para aguardar o julgamento do apelo. IV – Habeas corpus denegado. (STF – HC: 115462 RR, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 09/04/2013, Segunda Turma, Data da Publicação: DJe-075 DIVULG 22-04-2013 PUBLIC 2-04-2013)

As circunstâncias em que o crime foi praticado também são usadas para justificar o reconhecimento da periculosidade do paciente e manutenção da custódia. Os meios utilizados para a prática, para o STF também se tornam motivação idônea para justificar a prisão, por demonstrar a necessidade de resguardar a ordem pública.

Outra justificativa para a custódia do indivíduo é a sua personalidade desabonadora, funcionando como indicador da periculosidade do paciente. Essa periculosidade baseia-se na apuração de seus antecedentes cumulada com a

maneira de execução do crime. Com esses fatores, de acordo com Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 365), é indiscutível a decretação da *“prisão preventiva daquele que ostenta, por exemplo, péssimos antecedentes, associando a isso a crueldade particular com que executou o crime”*. Trata-se de matéria que afeta à segurança pública e não ao processo penal.

Verifica-se que a prisão decretada por base na suposta periculosidade do indivíduo para evitar que voltem a cometer crimes não possui características cautelares em relação ao processo, mas sim em relação à sociedade, pois visa à neutralização ou incapacitação daqueles indivíduos e grupos que são socialmente considerados perigosos. Desse modo, a prisão preventiva do indivíduo presumidamente perigoso se dirige a proteção da sociedade, retirando do convívio social aquele considerado perigoso, para que não pratique novos crimes e volte a atentar contra a coletividade.

Entretanto, indivíduos com alto grau de periculosidade associada com disfunção de saúde mental têm tratamento diferenciado em nosso ordenamento jurídico, não sendo a prisão preventiva o instrumento mais adequado de afastamento da sociedade, mas sim, por meio de medidas de segurança.

Outro aspecto importante na prisão preventiva é a sua duração. Nem mesmo a recente Lei n.º 12.403/2011, que regulou diversos dispositivos relativos à prisão processual, trouxe um prazo concreto para essa modalidade de prisão. Buscou a jurisprudência cominar um prazo considerado razoável para duração da prisão preventiva, fixando o entendimento de que o prazo máximo de prisão processual durante a instrução de 81 dias como limite para a segregação cautelar. Todavia, há julgados que admitem superação desse prazo, sem considerar ilegal.

Há inúmeros casos em que impetrado o Habeas Corpus, fundamentado pela inobservância do princípio da razoabilidade e pelo excesso de prazo, a decisão foi denegada sob o fundamento da complexidade da causa e necessidade de tempo para os trâmites processuais. A banalidade da motivação em relação a esses critérios constrange ilegalmente o agente, como exemplo temos o HC nº 59736 do STJ:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. HOMICÍDIO QUALIFICADO POR MOTIVO FÚTIL. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. GARANTIA DE ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. DECRETO CONSTRITIVO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA. EXCESSO DE PRAZO. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES

JURISPRUDENCIAIS. [...]3. O período de 81 dias, fruto de construção doutrinária e jurisprudencial, subsiste apenas como referencial para verificação do excesso, de sorte que sua superação não implica necessariamente um constrangimento ilegal, podendo ser excedido com base em um juízo de razoabilidade. 4. A demora no término da instrução probatória pode ser atribuída, entre outras causas, ao comportamento do acusado, inclusive, em razão de sua fuga do distrito da culpa, bem como em razão da complexidade dos fatos a serem apurados, compreendendo duas tentativas de homicídio em conexão com dois crimes de receptação e pluralidade de réus. (HC nº 59736 SE, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento 07/08/2007, T5 – Quinta Turma).

Para Guilherme de Souza Nucci, não existe prazo para a duração da prisão, porém, é muito importante respeitar a razoabilidade de sua duração, sem transpor limites do bom senso e da necessidade efetiva para a instrução do feito:

Inexiste, em lei, um prazo determinado para sua duração, como ocorre, ao contrário, com a prisão temporária. A regra é que perdure, até quando seja necessário, durante a instrução, não podendo, é lógico, ultrapassar eventual decisão absolutória – que faz cessar os motivos determinantes de sua decretação – bem como o trânsito em julgado da decisão condenatória, pois, a partir desse ponto, está-se diante de prisão-pena. (2016, p. 362)

Desse modo, mesmo não possuindo um prazo determinado em lei, a duração da prisão preventiva deve atender os princípios da proporcionalidade e necessidade. Sua duração não pode ser mais gravosa do que se fosse decorrente de prisão pena. Nela, o réu goza de benefícios, como o da progressão de regime, e a segregação cautelar o impede de ter acesso a tais benefícios.

Entretanto, não raras vezes, a prisão preventiva fundamentada no conceito vago da garantia da ordem pública, de difícil defesa de ordem processual, acaba por se estender por longo período, conforme se verifica por variados recursos, que congestionam as cortes superiores.

Por esse motivo, torna-se imprescindível a atenção a uma fundamentação idônea para a decretação da medida cautelar, como princípio integrante de um devido processo penal ético.

4 A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

O princípio da motivação das decisões judiciais é uma garantia constitucional com o intuito de disciplinar o poder jurisdicional, afastando toda e qualquer arbitrariedade em prejuízo aos direitos do cidadão. Tal princípio garante as partes os motivos pelos quais o magistrado chegou a tal decisão, podendo se for o caso impugnar através de recurso adequado a cada caso.

O princípio está expresso no art. 93, IX da Constituição Federal que:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, [...] (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

A Constituição estabelece a obrigação de fundamentar todos os atos decisórios para impedir o arbítrio e subjetividade do julgador, além do mais, toda decisão não fundamentada é considerada omissa. Trata-se de importante princípio ligado ao acesso à jurisdição e que assegura o contraditório e a ampla defesa, sustentando um devido processo ético e justo.

Misael Montenegro Filho (2018, p.75) afirma que *“todas as decisões devem ser fundamentadas, independentemente do seu conteúdo, da sua extensão e dos efeitos que produzem no âmbito do processo”*. Sendo assim, a fundamentação das decisões judiciais é pressuposto para o devido processo legal, possibilitando as partes o exercício do contraditório e da ampla defesa.

O Art. 315 do CPP exige que decisões que decretam a prisão cautelar sejam fundamentadas, sendo o magistrado obrigado a indicar os fatos que se submeteram a autorização da decretação da medida. São consideradas ilegais decisões vazias, que apenas reproduzem o texto de lei, sem indicar elementos que mostrem o perigo pela liberdade do agente. Não há necessidade de decisões extensas, apenas que contenham de forma objetiva os requisitos legais, extraídos do processo, que ajudaram em seu convencimento.

Além disso, o Novo Código de Processo Civil, como norma processual suplementara todos os tipos de processo, não reconhece como fundamentada a decisão, conforme prevê o art. 489, § 1º quando o provimento jurisdicional não examinar todos os argumentos deduzidos no processo. Tal artigo busca a ascensão da qualidade da prestação jurisdicional, buscando combater fundamentações genéricas.

Nas palavras de Elpídio Donizetti:

Sentença sem motivação é, por preceito constitucional, sentença nula. Nula também, por infringência ao disposto no art. 489, é a sentença sem relatório. Quanto ao dispositivo, a ausência vicia de tal forma a sentença, que leva à inexistência do ato. (2018, p. 565)

Dessa forma, os enunciados do art. 489, § 1º, que não se limita a sentença, mas trata de qualquer decisão interlocutória, veiculam direitos fundamentais de todo cidadão, devendo ser encarado como norma fundamental do direito brasileiro. Pois bem, não será fundamentada a decisão que:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O inciso II assegura que não será considerada fundamentada a decisão que empregar conceitos jurídicos indeterminados, que são aqueles com significados intencionalmente vagos e abertos, sem explicar os motivos concretos de sua incidência. São institutos que possibilitam interpretação ampla por parte do julgador como exemplo a garantia da ordem pública.

As decisões fundamentadas com base na garantia da ordem pública sem deixar claro os motivos que levaram a tal decisão podem ser consideradas omissas ou até mesmo nulas. É indispensável que o magistrado aponte de maneira concreta os elementos que o levaram a decretação da medida cautelar. Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 1308) afirma que *“diante da Carta Magna, não há mais espaço para decisões que se limitem à mera explicitação textual dos requisitos previstos pelo art. 312 do CPP”* isso por que *“a tarefa de interpretação constitucional para a análise da excepcional situação jurídica de constrição da liberdade dos cidadãos exige que a alusão a esses aspectos estejam lastreados em elementos concretos”*.

Prisão preventiva como garantia da ordem pública só é cautelar quando são destinadas a garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo

processo penal de conhecimento. Transformar uma medida cautelar em atividade tipicamente de polícia, por exemplo, utilizando-a como medida de segurança pública, tira a sua característica de cautelar, tornando-a inconstitucional.

Desse modo, a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados é, muitas vezes, geradora de insegurança jurídica. Elpídio Donizetti (2018, p. 566) afirma que *“para evitar abusos, o Código determina que o juiz, ao aplicar esses conceitos, o faça de forma motivada, objetiva, explicitando as razões pelas quais adotou essa ou aquela interpretação”*. A própria Constituição Federal em seu art. 5º, LXI exige motivação no caso de prisão cautelar e essa motivação deve conter os elementos indicados no art. 489 do CPC.

5 OUTRAS CONTROVÉRSIAS CONSTITUCIONAIS SOBRE A PRISÃO PREVENTIVA FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

O estado de inocência está expressamente consagrado na Constituição Federal em seu art.5º, LVII, garantindo que *“ninguém será culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*. É uma proteção que implica em não cecear a liberdade do indivíduo em face de uma mera suspeita de envolvimento em crime. Como explica Luigi Ferrajoli (2010, p. 505) *“se a jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova não tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum delito pode considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido a pena”*.

O estado de inocência garante que o ônus da prova deve ser atribuído à acusação e não a defesa e que, em caso de dúvida, o réu deve ser absolvido. Para Luigi Ferrajoli (2010, p. 511), *“toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e de arbítrio”*.

Nesse sentido Aury Lopes Júnior (2014, p. 143) preceitua que:

A presunção de inocência é, ainda, decorrência do princípio da jurisdicionalidade, como explica FERRAJOLI, pois, se a jurisdição é a atividade necessária para obtenção da prova de que alguém cometeu um delito, até que essa prova não se produza, mediante um processo regular, nenhum delito pode considerar-se cometido e ninguém pode ser considerado culpado nem submetido a uma pena.

Tal princípio é havido como garantia fundamental de civilidade, resultando da escolha garantista em favor da tutela pela imunidade dos inocentes, mesmo que para isso, tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável. Desse modo, para a sociedade, basta que os culpados sejam geralmente punidos, pois o maior interesse é a proteção dos inocentes.

Nota-se que os cidadãos sentem-se ameaçados pelos delitos e pelas penas arbitrárias, fazendo da presunção de inocência não só uma garantia de liberdade e de verdade, mas também de segurança proporcionada pelo estado de Direito e que se manifesta na confiança na justiça pelos cidadãos.

Sendo assim, cada vez que um acusado tem razão em temer um juiz, não há que se falar em Estado de Direito, uma vez que o medo e a desconfiança mostram a falência da jurisdição penal e a quebra dos valores políticos que a legitimam.

Em 2009, no julgamento do HC nº 84.078, que modificou a posição

precedente do HC 68.726 julgado em 28/06/1991, o Supremo Tribunal Federal, por sete votos a quatro, decidiu ser a execução provisória da pena incompatível com o princípio do estado de inocência, exigindo que, para dar início a execução da pena, deveria ocorrer o trânsito em julgado da condenação. Compreendeu-se que a prisão, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória poderia ser apenas de natureza cautelar, cujo objetivo é assegurar a utilidade do processo. Esse entendimento vigorou até meados de 2016 quando então houve mudança de entendimento jurisprudencial com o julgamento do HC 126.292:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC nº 126.292 SP, Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento 17/02/2016)

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu, a partir da interpretação da Constituição Federal, que é coerente o início da execução criminal quando houver condenação em segundo grau de jurisdição. O STF entendeu que a execução imediata da pena atende a finalidade de proteger a sociedade, como exemplo, a garantia da ordem pública, e mais: significa que os fatos, as provas e o direito foram analisados duplamente, diminuindo assim a chance de arbitrariedade. Abaixo o voto do Ministro Luiz Roberto Barroso:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA APÓS JULGAMENTO DE SEGUNDO GRAU. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. INDEFERIMENTO DOS PEDIDOS DE MEDIDA CAUTELAR. 1. A interpretação que interdita a prisão quando já há condenação em segundo grau confere proteção deficiente a bens jurídicos tutelados pelo direito penal muito caros à ordem constitucional de 1988, como a vida, a segurança e a integridade física e moral das pessoas (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144). O enorme distanciamento no tempo entre fato, condenação e efetivo cumprimento da pena (que em muitos casos conduz à prescrição) impede que o direito penal seja sério, eficaz e capaz de prevenir os crimes e dar satisfação à sociedade. Desse modo, muito embora uma das leituras possíveis do art. 283 do Código de Processo Penal (com redação dada pela Lei nº 12.403/2011) limite a prisão às hipóteses de trânsito em julgado, prisão temporária ou prisão preventiva, deve-se conferir ao preceito interpretação que o torne compatível com a exigência constitucional de efetividade e credibilidade do sistema de justiça criminal. 2. O reconhecimento da legitimidade da prisão após a decisão condenatória de segundo grau não viola o princípio da reserva legal, uma vez que não se trata de criação, pelo STF, de nova modalidade de prisão

sem previsão em lei, mas de modalidade extraída do art. 637 do CPP: a prisão como efeito da condenação enquanto pendentes os recursos especial e extraordinário. Não tendo o recurso especial (REsp) e o recurso extraordinário (RE) efeito suspensivo, tem-se como decorrência lógica a possibilidade de se dar início à execução penal. 3. Como argumento adicional, seria até mesmo possível extrair a previsão legal para a prisão após sentença condenatória de segundo grau do próprio art. 283 do CPP – questionado 2 nessas ADCs –, na parte em que autoriza a prisão preventiva no curso do processo. Com o esgotamento das instâncias ordinárias, a execução da pena passa a constituir exigência de ordem pública (art. 312, CPP), necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. Nessa hipótese, dispensa-se motivação específica pelo magistrado da necessidade de “garantia da ordem pública” e do não cabimento de medidas cautelares alternativas. 4. O baixo índice de provimento dos recursos de natureza extraordinária em favor do réu, tanto no STF (inferior a 1,5%) quanto no STJ (de 10,3%), conforme dados dos próprios Tribunais, apenas torna mais patente a afronta à efetividade da justiça criminal e à ordem pública decorrente da necessidade de se aguardar o julgamento de RE e REsp. Eventual taxa mais elevada de sucesso nesses recursos verificada em algumas unidades da federação, que se mantêm recalcitrantes em cumprir a jurisprudência pacífica dos tribunais superiores (por exemplo, em ilícitos relacionados a drogas), não deve se resolver, em princípio, com prejuízo à funcionalidade do sistema penal, mas com ajustes pontuais que permitam maior grau de observância à jurisprudência dos tribunais superiores. 5. Em relação aos pedidos subsidiários, entendo que: (i) não é o caso de excepcionar o STJ da aplicação do entendimento ora manifestado, pois, embora as funções exercidas por um e outro tribunal nas causas criminais não sejam idênticas, ambas as instâncias são consideradas extraordinárias e não há direito ao triplo ou quádruplo grau de jurisdição; e (ii) não é cabível a pretendida modulação dos efeitos temporais do entendimento do STF no HC 126.292, uma vez que a alteração jurisprudencial, além de versar sobre matéria processual penal (sem configurar norma de natureza mista), não cria novo crime ou nova sanção penal, nem gera qualquer prejuízo à segurança jurídica, à boa-fé ou à confiança dos réus. 6. Interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, para se excluir a possibilidade de que o texto do dispositivo seja interpretado no sentido de obstar a execução provisória da pena depois da decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado. Indeferimento dos pedidos de medida cautelar formulados nas ADCs 43 e 44, por ausência de plausibilidade jurídica.. (STJ – ADC 43 e 44 MC, voto do Ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-barroso-prisao-antes.pdf>>. Acesso em 20/11/2018. 22:30)

A execução provisória de uma sentença após dois graus de jurisdição é uma prisão provisória, uma vez que ainda não houve o trânsito em julgado da sentença condenatória. Porém, sua finalidade aqui não é processual, sua preocupação é com a efetividade da justiça que encontra respaldo com a norma aberta da garantia da ordem pública.

Mais uma vez o judiciário se valeu desse conceito impreciso e arbitrário para fundamentar sua decisão. Garantia da ordem pública é colocada para absorver qualquer situação, sendo uma cláusula aberta, alvo de interpretação jurisprudencial

e doutrinária.

Reafirma-se tratar de um conceito jurídico indeterminado, de grande abertura semântica, permitindo o surgimento de novas normas advindas da relação destes conceitos. Enquanto na execução provisória da sentença existe uma decisão de mérito sobre a acusação formulada, a prisão preventiva é a sanção máxima que um suspeito de crime pode ter antes do julgamento. A verdade é que o fundamento da garantia da ordem pública como requisito para a prisão preventiva não tem nada a ver com os fins puramente cautelares e processuais. Se não tutela o processo, ela se torna flagrantemente inconstitucional, até porque é imprescindível a estrita observância do princípio da legalidade, que exerce a função garantidora do primado da liberdade frente ao poder estatal, uma vez que no momento em que alguém é punido pela prática de um crime descrito como uma conduta delituosa pela lei penal, a sociedade fica resguardada de toda e qualquer arbitrariedade do Estado em seu direito de liberdade.

Por ser motivo de cerceamento da liberdade do indivíduo, os critérios para a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública deveriam ser mais exigentes, mais precisos, uma vez que a mera conceituação de ordem pública como fundamento para a prisão tem se mostrado insuficiente diante do atual desenvolvimento do processo penal.

Resta imprescindível o estabelecimento de critérios objetivos que busquem disciplinar com rigidez as circunstâncias necessárias que mereçam privação de liberdade. Em suma, tal fundamento para prisão preventiva na forma que se encontra disciplinada pela legislação, viola garantias constitucionais do cidadão, conforme a crítica de Tourinho Filho citado por Nestor Távora (2009, p. 480):

Quando se decreta a prisão preventiva como 'garantia da ordem pública', o encarceramento provisório não tem o menor caráter cautelar. É um rematado abuso de autoridade e uma indisfarçável ofensa à nossa Lei Magna, mesmo porque a expressão 'ordem pública' diz tudo e não diz nada". Para o ilustre autor a preventiva fundamentada pela conveniência da ordem pública é incompatível com a CF, ferindo a presunção de inocência, sendo verdadeira cláusula aberta, em lídima antecipação de pena.

Portanto, garantia da ordem pública trata-se de uma norma aberta, cujo conceito é impreciso e arbitrário, onde a sua consequência é a privação da liberdade do indivíduo, servindo como verdadeira execução provisória, ferindo princípios constitucionais como o da presunção de inocência.

CONCLUSÃO

A prisão preventiva é uma medida cautelar de natureza processual. Medida essa que só se justifica enquanto houver a necessidade proteção ao resultado do processo. É uma medida excepcional que só deve ocorrer quando restarem cessadas as medidas cautelares diversas da prisão.

O requisito garantia da ordem pública é um dos mais polêmicos e imprecisos. Por se tratar de uma expressão arbitrária, possui ampla interpretação, sendo usada muitas vezes para fundamentar a prisão preventiva com base no clamor social, credibilidade da justiça, a periculosidade do agente, o risco de reiteração delitiva e a gravidade do crime.

Pela análise da doutrina e jurisprudência acerca da prisão preventiva para garantia da ordem pública, observa-se a necessidade de fundamentação para decretação de tal decisão, uma vez que esse o conceito é impreciso e indeterminado e sua aplicação dependerá do caso concreto. Por se tratar de um conceito impreciso, a doutrina e a jurisprudência têm divergido a respeito da sua constitucionalidade. Alguns entendem que essa dificuldade de definir o conceito de ordem pública afronta os princípios da legalidade e da presunção de inocência, razão pela qual não poderia ser usada para fundamentar a prisão preventiva.

Decretar a prisão preventiva como justificativa o clamor social, risco de reiteração criminosa e a gravidade do delito, não satisfazem à essencial instrumentalidade cautelar dessa medida restritiva de liberdade. Uma vez que, diante do princípio de estado de inocência, a prisão preventiva somente poderá ser imposta a fim de instrumentalizar o processo, caso contrário, estaria atuando como forma de antecipação da pena e não medida cautelar.

Para o STF, a periculosidade do agente constitui fundamento idôneo para preservação da prisão preventiva. Porém, ao decretar a prisão com esse fundamento, resguardará a sociedade em relação ao indivíduo que supostamente irá praticar novos crimes estando em liberdade, consagrando a presunção de culpa.

Com isso, as prisões preventivas baseadas na garantia da ordem pública acabam por ferir o princípio fundamental do estado de inocência, firmado na Constituição, em seu artigo 5º, inciso LVII, onde diz que todos serão presumidos inocentes até que ocorra o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Está aí a consagração constitucional do princípio do estado de inocência, cujo

respeito é de fundamental importância para a efetiva garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana. Importante ressaltar que esse princípio não pode ser afastado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, devendo o réu ser absolvido caso haja dúvida em virtude do *in dubio pro reo*, que é uma consequência do princípio do estado de inocência.

Medidas drásticas como a prisão essa deveria ser exceção, tendo como regra sempre a liberdade do indivíduo por meio de medidas alternativas. Mas na prática, a prisão é um recurso amplamente utilizado, como se fosse o único meio possível de se atingir a garantia da ordem pública.

Garantia essa que sequer possui um conceito determinado, ficando a cargo de o juiz decidir, a cada caso, qual será o fundamento que melhor se encaixa a situação analisada, afrontando muitas vezes o estado de inocência e o princípio da não culpabilidade.

As medidas cautelares processuais penais de natureza pessoal surgiram para possibilitar ao juiz a adoção de medidas alternativas à prisão, haja vista, que antes do advento da Lei 12.403/2011, a prisão preventiva era a única medida cautelar para regular o andamento do processo penal. Tais medidas possuem o condão de melhorar o cenário penitenciário atual, pois são ferramentas de reafirmação e aplicação do que já diz o próprio ordenamento jurídico: a regra é a liberdade, e prisão preventiva é excepcional.

A decretação da prisão preventiva deverá ocorrer para assegurar a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei, desse modo, é possível concluir que se não houver risco a instrução processual, a prisão pode ser substituída por outras medidas cautelares, colocando mais uma vez, a liberdade do indivíduo como regra.

A decisão que decretar a prisão preventiva para garantia da ordem pública só será constitucional se devidamente fundamentada em critérios mais claros, de modo que a justificativa não se torne também indeterminada, ofendendo a Constituição no tocante à necessidade de motivação, agora bem explicitada pelo Novo Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. – 9.^a ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017;

CAPEZ, Fernando. **A lei 12.403/2011 e as polêmicas prisões provisórias**. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-jun-29/consideracoes-sobra-lei-124032011-prisao-provisoria-polemicas>. Acesso em 11 de junho de 2018, 23:15;

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As Modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro, 1998;

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**, volume I / Rogério Greco. – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. 1.824 p

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2014;

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**/ElpídioDonizatti – 3. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**/Luigi Ferrajoli; prefácio da 1. Ed. italiana, Norberto Bobbio. – 3. Ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MONTENEGRO FILHO. Misael, **Direito Processual Civil**/Misael Montenegro Filho.- 13 ed. – São Paulo: Atlas, 2018.

NICOLITT, Andre. **O novo processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal** – 3^a ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Juspodivm.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

Código de Processo Penal. Decreto Lei nº 3689 de 3 de outubro de 1941. In Vade Mecum penal e processual penal. 25^a ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Código de Processo Civil. Lei 13.105, de março de 2015. In Vade Mecum. 25ª ed. Atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. ADC 43 e 44 MC. **Voto do Ministro Luis Roberto Barroso**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-barroso-prisao-antes.pdf>>. Acesso em 20/11/2018. 22:30)

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº 118392 MT, Relator: Min. Cármen Lúcia, Data do Julgamento: 26/06/2013;

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. HC nº 2003.059.02293, 2ª C., rel. Gizelda Leitão Teixeira, j. 01/07/2003;

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº 110132 Extn-segunda, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 16/10/2012;

BRASIL, Tribunal de Justiça do Amapá. HC nº 00003050420158030000 AP, Relator: Desembargador RAIMUNDO VALES, Data de Julgamento: 14/05/2015, SEÇÃO ÚNICA;

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC nº 127.186/PR Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 3/8/15;

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº 115462 RR, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 09/04/2013, Segunda Turma;

BRASIL, Tribunal de Justiça. HC nº 59736 SE, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento 07/08/2007, T5 – Quinta Turma.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº 126.292 SP, Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento 17/02/2016.

.