

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

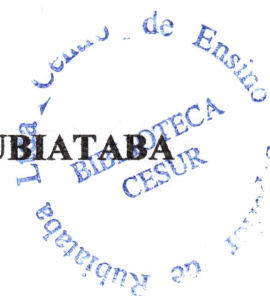
HÉLVIO DUVALLIER AMÂNCIO E SILVA

**GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO
PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA**

RUBIATABA – GO

2011

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO



HÉLVIO DUVALIER AMÂNCIO E SILVA

**GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO
PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA**

Monografia apresentada à FACER – Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob orientação do professor Samuel Balduino Pires da Silva.

De acordo

Professor Orientador

5-35077
Tombo nº 18342.....
Classif.:
Ex.: J.
.....
.....
.....
Origem: d.....
Data: 30-08-11.....

RUBIATABA – GO

2011

FOLHA DE APROVAÇÃO

HÉLVIO DUVALIER AMANCIO E SILVA

**GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO
PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA**

COMISSÃO JULGADORA

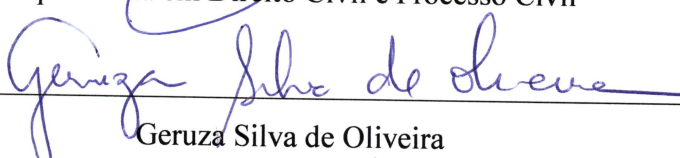
MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO
PELA FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: _____

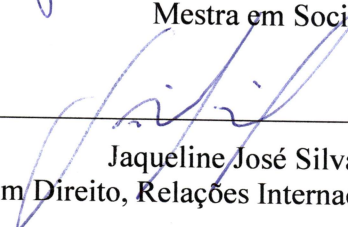
Orientador: _____


Samuel Balduino Pires da Silva
Especialista em Direito Civil e Processo Civil

1º Examinador: _____


Geruza Silva de Oliveira
Mestra em Sociologia

2º Examinador: _____


Jaqueline José Silva Oliveira
Mestra em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento

RUBIATABA- GO, 2011.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho de conclusão a minha mãe que sempre foi meu maior incentivo a vencer essa caminhada.

A querida namorada, Nalim por tanto ter me incentivado.

Aos professores e de uma forma muito especial, ao meu orientador, Samuel Balduino, pelas várias demonstrações de amizade, assim registro aqui minhas homenagens.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pois sem a sua luz nada seria possível, ao meu pai Hélio, que mesmo ausente no plano físico, tenho certeza que está sempre cuidando de mim, pois sua imagem e ensinamentos fizeram-me chegar até aqui. A minha mãe, Maria Margarida Amâncio e Silva, que além de cumprir sem falhas o papel de mãe, incumbiu-se da função de pai e nessa também não deixou a desejar. Ao meu professor e orientador Samuel Balduino Pires da Silva, grande amigo por quem tenho um especial apreço e a minha namorada Nalim, pela dedicação na minha vida e que com muito carinho e paciência, incentivou-me e apoiou para o término deste trabalho.

“Quando não houver saída, quando não houver mais solução, ainda há de haver saída, nenhuma ideia vale uma vida. Quando não houver esperança, quando não restar nem ilusão, ainda há de haver esperança, em cada um de nós algo de uma criança. Quando não houver caminho, mesmo sem amor, sem direção a sós ninguém está sozinho, é caminhando que se faz o caminho. Quando não houver desejo, quando não restar nem mesmo dor, ainda há de haver desejo em cada um de nós onde Deus colocou. Enquanto houver sol, ainda haverá (...)”

(Sérgio Brito)

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS.

Art. = Artigo

CF= Constituição Federal

CP = Código Penal

CPP = Código de Processo Penal

nº. ou n. = Número

p. = página

Proc. = Processo

§ = parágrafo

Apud = citado por

RESUMO: Este trabalho faz uma análise da prisão preventiva no tocante à garantia da ordem pública, sopesando principalmente a eficácia de tal fundamento na decretação da prisão cautelar, demonstrando e esclarecendo se o fundamento da garantia da ordem pública é ou não insuficiente para preencher a necessidade de obediência aos parâmetros de legalidade estritas exigidas por força de princípios constitucionais. Assim, a prisão preventiva por ser uma medida cautelar é um instrumento usado excepcionalmente nos casos definidos em lei para assegurar a aplicação penal, para a conveniência da instrução criminal, garantindo a ordem pública e a ordem econômica. Está prevista no artigo 311 e seguintes do Código de Processo Penal, onde já se delimita os parâmetros para a sua aplicação.

Palavras-chave: Garantia da ordem pública, prisão preventiva, decretação, ineficácia.

ABSTRACT: This study is an analysis of detention in terms of ensuring public order, especially weighing the effectiveness of such decree on the prison grounds precaution, demonstrating and explaining the basis of the guarantee of public order or not is insufficient to fill the need obedience to the strict parameters of legality required under constitutional principles. Thus, the remand to be a precautionary measure is an instrument used in exceptional cases defined by law to enforce criminal law, for the convenience of the criminal, ensuring public order and economic order. Is provided for in Article 311 and the Code of Criminal Procedure, which already defines the parameters for your application.

Keywords: Ensuring public order, arrest, adjudication, ineffectiveness.

Sumário

INTRODUÇÃO	10
1. ASPECTOS HISTÓRICOS DA LEGISLAÇÃO PENAL	12
1.1. origem da prisão como forma de punição.....	14
1.2. evolução da legislação penal no brasil.....	15
1.3. origem da prisão preventiva.....	18
2. A PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL:	20
2.1. natureza jurídica e fundamentos da prisão preventiva:.....	21
2.2. pressupostos da prisão preventiva.....	22
2.3.competência para a decretação da prisão preventiva.....	25
2.4. hipóteses autorizadoras para a decretação da prisão preventiva.....	26
3. A EFICÁCIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA	29
3.1. conceitos de ordem pública.....	30
3.2. a eficácia da prisão preventiva no tocante a garantia da ordem pública.....	32
CONSIDERAÇÕES FINAIS	38
REFERÊNCIAS:	40

INTRODUÇÃO

Partindo do pressuposto de que a prisão é exceção da regra à liberdade, a qual a Carta Magna e o Pacto Internacional de San José da Costa Rica, asseguram os todos em conjunto com outros direitos relativos ao assunto abordado, tais como, a presunção de inocência, o devido processo legal e o princípio de que ninguém seja submetido às sanções sem a sentença penal condenatória transitada em julgado.

A preocupação em pesquisar tal tema vem da necessidade deste de maiores esclarecimentos em sua aplicação, pois priva o cidadão de seu maior bem depois da vida que é a liberdade.

Busca-se com o presente estudo, suscitar a questão da prisão preventiva fundamentada no requisito à garantia da ordem pública.

Para tal, iniciou-se os estudos fazendo um apanhado histórico da prisão, demonstrando o surgimento desse instituto no mundo e nas legislações, mencionando também, as evoluções seguidas por ela, suas espécies, finalidades e variações, até chegarmos ao nosso objeto de estudo, qual seja, a prisão preventiva prevista no nosso Código de Processo Penal.

Analisa-se as hipóteses, fundamentos, formas entre outras particularidades da prisão preventiva e sua aplicação como está disciplinada no nosso ordenamento, esclarecendo alguns pontos um pouco obscuros contidos na referida lei.

Estuda-se a fundo a garantia da ordem pública como fundamento para a decretação da prisão preventiva, trazendo sua origem, aplicação e a visão de vários doutrinadores sobre esse aspecto que gera alguma polêmica quanto a sua conformidade com que a Constituição assegura ao acusado de ser o autor de um delito, avaliando sua eficácia para decretação da prisão preventiva.

O princípio da presunção de inocência estabelece que todos sejam considerados inocentes até que se prove o contrário, como disposto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LVII, que traz o seguinte texto: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. E no Pacto de San José da Costa Rica de 1969, o qual foi ratificado pelo Brasil em 1992, em seu artigo 8º, inciso II, que expõe: “Toda

pessoa acusada de um delito tem direito que se presume sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.” O Código de Processo Penal brasileiro prevê algumas hipóteses de medidas cautelares em que se admite a prisão ainda na fase investigativa, desde que devidamente fundamentada e demonstrada a real necessidade da sua decretação.

O referido Código em seu artigo 312 traz a possibilidade de se decretar a prisão preventiva com fundamento na Garantia da Ordem Pública e é nessa possibilidade que se pautará o estudo a seguir, tendo em vista que tal instituto necessita de maiores esclarecimentos.

A Garantia da Ordem Pública como requisito para decretação da prisão preventiva, possibilita grande margem de interpretação e assim sendo, por vezes é utilizada para se encarcerar acusados que não representam reais perigos para a população, indo assim, em desconformidade com a Constituição.

Com a apresentação dos direitos fundamentais, princípios norteadores do processo penal, com a demonstração da legislação e de sua aplicação no que concerne a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública, busca-se ponderar a legalidade e a verdadeira função de tal instituto, assim como a sua aplicabilidade nos casos concretos.

Esse trabalho foi realizado com fulcro no método dedutivo e a compilação de pensamentos de vários autores sobre o tema ao que no final serão feitas comparações e considerações.

Para tal compilação, foram pesquisados livros, artigos científicos, leis e textos que tratam do assunto, assim possibilitando estudar a fundo o tema proposto e esclarecendo todos os pontos sobre a garantia da ordem pública como fundamento para a prisão preventiva.

1. ASPECTOS HISTÓRICOS DA LEGISLAÇÃO PENAL

Neste capítulo será analisado o histórico penal da prisão no Brasil e no Mundo, apontando suas mudanças e evoluções, com qual intuito foi criado, dentre outras características importantes para uma melhor concatenação de ideias acerca do tema central da pesquisa, que se baseia na análise e na eficácia da prisão preventiva no tocante a fundamentação e garantia da ordem pública.

A princípio o surgimento da pena em suas principais etapas de desenvolvimento, analisando a conceituação e aplicação da pena em um contexto mundial, partindo do período primitivo em que vigorava a reação impulsiva e a vingança privada até a atual conjuntura com a existência de um regramento positivado preventivo, havendo unidade da sanção.

As lições de Grispigni apud Lyra filho (1973 p. 286) narram que a história da idealização das penas no mundo passou por sete etapas que se sucederam paulatinamente nas palavras do autor "Isto é, não se substituíram por completo em determinado tempo. No seguinte, manifestam-se características anteriores para desaparecerem aos poucos."

Assim, de acordo com o que leciona Grispigni apud Lyra filho (1973 p. 286), a história da idealização do mundo passou pelas seguintes etapas:

- I – Reação impulsiva por instinto de conservação, acompanhada de vingança privada, enquanto juridicamente indiferente. Também conhecida como da vingança privada, a pena significa reação individual, ou do grupo familiar. A sociedade permanece indiferente a ela. A reação é ilimitada.
- II – Expição religiosa (caráter sagrada da pena), acompanhada de vingança privada, enquanto juridicamente devida.
- III – Vingança do poder político, esta se divide em duas:
 - a) com licitude da vingança privada, mas.
 - 1) Limitada, ou
 - 2) subordinada à composição;
 - b) com proibição absoluta da vingança privada.
- IV – Prevenção geral mediante intimidação.
- V – Retribuição moral.
- VI – Prevenção geral e especial realizados com o dualismo das penas e medidas de segurança.
- VII – Prevalência da prevenção especial, realizada mediante a unidade das sanções criminais.

No que concerne a esta evolução da aplicação das sanções, Lyra Filho (1973 p. 287), dá continuidade a seus ensinamentos firmando que “A violência começou a ficar mais branda com a pena de talião, pois ao pregar a famosa frase “Olho por olho, dente por dente”, criou-se uma limitação da reação, ou seja, da pena que o agente iria sofrer, pois só poderia fazer com ele o que ele fez a vítima”.

Nesta perspectiva, denota-se que a sede de justiça já se fazia presente naquele período. A necessidade de regras que viessem a ordenar o reconhecimento do que no âmago do ser humano, já era tido como um “direito” parece claro ante a resposta positiva da sociedade, evidenciada na afirmação do autor quanto à diminuição da violência em razão de uma inserção, mesmo que primária, de regras, como a lei de Talião.

Ainda referente à segunda etapa citada por Lyra Filho (1973 p. 288) a vingança divina corresponde ao período de grande influência religiosa na sociedade, onde havia uma grande preocupação em punir quem agisse com inobservância às leis e determinações que eram tidas como divinas, assim as penas eram tidas como forma de aplicar castigos de Deus e demonstrações de sua ira.

Nota-se que nestas lições, há claros traços de uma modificação quanto a primeira fase, a qual dizia respeito a uma vingança direta, pessoal, como a que advinha da lei de Talião, onde o agredido respondia diretamente ao agressor, proporcionalmente a agressão. Nesta segunda fase, imputa-se a vingança, a atuação da justiça por intermédio de uma codificação tida como divina e de punições que provinham dessa divindade.

Noutra análise, veja-se nos ensinamentos de Lyra Filho (1973 p. 288) que dentre essas etapas do surgimento das penas já era possível notar a presença de medida cautelar, que se verifica na sexta etapa.

Em outra fase, neste desenvolvimento conjunto da sociedade, do direito e do poder punitivo as lições de Beccaria (1764, p. 41) firmam essa ideia asseverando que “As leis se originaram da necessidade e união dos homens isolados e independentes, pois para poder gozar com mais certeza da liberdade, se fazia necessário abrir mão de uma parte dela para se

viver em sociedade”, e assim, formou-se a Soberania do Estado, que detinha essa parte da liberdade que era sacrificada, denominado “Depósito do Bem Comum”.

Assim continuando na tese de Beccaria (1764 p. 42), com o surgimento das leis logo surgiram os que a infligiam, ao tentar não só sacrificar a sua parte, como também, usurpar a liberdade que os demais haviam aberto mão para o bom convívio em sociedade.

Com isso, para Beccaria (1764, p. 42) o direito de punir nasce da necessidade de se assegurar que a liberdade sacrificada e confiada ao Estado seja resguardada dos delinquentes, nas palavras do autor “Na necessidade de defender o depósito do bem comum das usurpações particulares”.

Reforçando esse entendimento a cerca da origem das penas, Mehmeri (2000 p. 9), leciona que desde a formação de pequenos grupos já surgiram com eles às normas fundadas aos usos e costumes para inibir as condutas que atentavam a paz social, comentando ainda que quase sempre a punição aplicada fosse à pena de morte, como esclarece o autor: “A punição redundava sempre em morte, porque era preciso extirpar o ‘vírus’ do crime, eliminando seu ‘portador’, a fim de evitar o contágio pernicioso”.

Ainda nos ensinamentos de Mehmeri (2000 p. 9), há o reforço de que o poder de punir era inicialmente privado, aplicado pela vítima ou parentes e estendia-se não só ao criminoso, mas também como toda sua família, sendo assim com a evolução da humanidade o poder de punir, passou a ser exercido pelos chefes do grupo, sacerdotes e reis e assim se tornando de âmbito público.

1.1 Origem da Prisão como Forma de Punição

Com a Revolução Francesa, que fez nascer uma era de menos violência, denominada de humanitarismo, começou a decadência da pena de morte e demais sanções cruéis e perversas, assim fazia-se necessária outra forma de punir quem desrespeitava as leis e costumes. Dessas acepções, podemos ressaltar que Lyra Filho (1973, p. 288) quando comenta

a respeito e ainda cita outro forte elemento que colaborou para tal mudança, qual seja a obra de Beccaria – Dos delitos e das Penas, aponta algumas mudanças e legislações que as consagraram, vejamos nas palavras do autor:

A Revolução Francesa influenciou consideravelmente. A reação contra os princípios vigentes, fez nascer novo período do Direito Penal, o humanitarismo. As ideias dos enciclopedistas foram absorvidas por BECCARIA – Dos delitos e das Penas – combateu veementemente a violência e o vexame das penas, pugnando pela atenuação, além de exigir o princípio da reserva legal (“nullum crimen, nulla poena sine lege”¹) e garantias processuais ao acusado. Algumas legislações as consagraram (Catarina, da Rússia, José II, da Áustria e Frederico, da Prússia) e o Código Penal Francês de 1791 e que refletiriam no de 1810.

Com esse período do humanitarismo, ainda nos ensinamentos de Lyra Filho (1973, p. 289) que “A pena de morte foi abolida em alguns países, amenizaram-se as demais e o cárcere passou a ser tomado como preocupação”.

Ao que consta no histórico lecionado por Zaffaroni (2001, p. 789) a prisão como meio de punir não é uma ideologia tão antiga, como afirma o autor ao asseverar que “As penas privativas de liberdade não são tão antigas quanto pode nos fazer crer a sua generalização contemporânea. Sua origem remonta ao século XVI, generalizando-se no século XIX”. Como se percebe a sua generalização se deu em um pretérito não muito distante da atual geração.

Afirma, ainda, Zaffaroni (2001, p. 789) que “o aumento da expectativa de vida na época, ocasionada pelo avanço da Medicina preventiva da época, fez evidenciar as consequências sofridas pelos que fossem submetidos a pena privativa de liberdade”.

1.2 Evolução da Legislação Penal no Brasil

Apesar ao tempo do Descobrimento do Brasil, o Ordenamento vigente em Portugal ter sido as Ordenações Manuelinas, pouco tiveram influência no Brasil, visto que a então colônia

¹ Não há crime, não há pena sem previsão legal. Fonte: Dicionário de latim, disponível <<http://www.multcarpo.com.br/latim.htm#F>>, acesso em 28/05/2011, às 15 h.

americana de Portugal praticamente não era habitada, assim sendo a primeira Legislação Penal que vigoravam no Brasil, foram às ordenações Filipinas, que no livro V tratava dos crimes e também do processo penal.

Coaduna-se com estas reflexões Noronha (apud França 1977, p. 31), lecionando que:

Entre nós, ao tempo do descobrimento, vigoravam as ordenações Manuelinas, que foram seguidas pelo Código de D. Sebastião. Dada a quase inexistência de vida na colônia, pouca atuação tiveram essas leis. Larga vigência teve a Ordenação Filipina, cujo livro V tratava não só dos crimes e das penas, como também do processo.

Ainda a cerca das Ordenações Filipinas, Mehmeri (2000 p. 20) relata que o tal Livro V misturava e completavam o direito, a religião e a moral. Disponham ainda que as penas fossem extensivas, ou seja, eram impostas não só a pessoa do acusado, mas sim para toda a família, principalmente as sanções infames.

Tais ordenações, conforme Zaffaroni (2001 p. 215), só vieram sofrer tímidas alterações quando o então príncipe regente D. Pedro, em 1821, legislou sobre prisão de criminosos. Mehmeri (2000 p. 20) segue a evolução histórica narrando que:

Em 1824 era outorgada a Carta Constitucional, já falando em direitos e liberdades individuais. Mas persistiu a vigência das antiquadas Ordenações, até que o país se arrumasse melhor, politicamente, e elaborasse seu próprio Código Criminal, com vagar e cuidado. Somente seis anos depois é que isso aconteceu.

Assim, Mehmeri (2000 p. 20) afirma ter sido criado em 1830 o Código Criminal do Império, e dizem que o consagram, relatando que “valeu a espera, porque a legislação especializada foi de ótima qualidade, reconhecida no mundo inteiro pelos seus avanços”. Martins apud Mehmeri (2000 pp. 20/21) continuam-se os comentários:



O fato eloquente a denunciar a excelência do diploma de 1830, na época em que foi sancionado, está na grande influência que exerceu, direta ou indiretamente, sobre a legislação penal de vários países, havendo largamente inspirado o Código Espanhol de 1848, que, por sua vez, foi o modelo seguido por quase todos os códigos penais da América de origem hispânica.

O próximo passo dado pela evolução da Legislação Penal foi o Código Penal da República de 1890, que apesar de ter um texto liberal, foi alvo de várias críticas, para Zaffaroni (2001 p. 219) tais críticas eram oriundas da vaidade e da incompreensão e também por não ter o referido código seguido à ideologia sob a qual havia sido criada a República no ano anterior ao de sua publicação, qual seja, o positivismo. Observa ainda o autor que o código de 1890 foi elaborado sobre notória influência do Código Italiano de Zanardelli de 1889 e do holandês, de 1881.

Em 1932 houve a consolidação das leis penais, como explica Mehmeri (2000 p. 22), asseverando que “tão frágil e omissa foi o Código Republicano que proliferaram as leis especiais, levando Vicente Piragibe a reunir as principais leis, chamando o trabalho de Consolidação”.

Já em 1940, foi sancionado o Código Penal, que com reformas, está vigente até os dias atuais e em 1969 houve uma tentativa de substituição do referido código, mas que não conseguiu êxito por várias razões, entre elas, um controvertido trâmite, falta de intelectuais que defendessem seu texto, reformas, revisões e prolongamento da data em que seria sancionado.

O Código Penal de 1940 recebe de Zaffaroni (2001 p 222), algumas observações no que tange ao seu autoritarismo e comenta acerca de algumas medidas adotadas pelo Código, vejamos;

Possui uma parte especial ordenada de maneira encabeçada com os delitos contra a pessoa, mas com uma estrutura decididamente neo-idealista, própria do código italiano de 1930. É um código rigoroso, rígido, autoritário no seu cunho ideológico, impregnado de “medidas de segurança” pós-delituosas, que operavam através do sistema do “duplo binário”, ou da “dupla via”. Através deste sistema de “medidas” e da supressão de toda norma reguladora da pena no concurso real, chegava-se a burlar, dessa

forma, a proibição constitucional da pena perpetua. Seu texto corresponde a um “tecnicismo jurídico” autoritário que, com a combinação de penas retributivas e medidas de segurança indeterminadas (própria do código Rocco), desembocam numa clara deterioração da segurança jurídica e converte-se num instrumento de neutralização de “indesejáveis”, pela simples deterioração provocada pela institucionalização demasiadamente prolongada.

Assim, já se constata o abuso das medidas de segurança tratadas nesse ordenamento, as quais se tornarão objeto de nossos estudos mais a frente.

Zaffaroni (2001 p 222) expõe mais sobre esse autoritarismo e o motiva, esclarecendo que:

O código de 1940 foi sancionado na vigência da carta política de 1937, esta claramente autoritária. Seu sistema de penas e medidas de segurança (que na prática constituem recursos formais para prolongar as penas indefinidamente) não era compatível com a Constituição de 1946. Não obstante, tal como na Itália, esse sistema se manteve embora atenuado pela ação da doutrina e da jurisprudência, mostrando sempre uma dualidade de concepção do homem que, com o passar do tempo, foi se tornando mais manifesta e intolerável.

Com esse breve histórico da legislação penal brasileira, percebe-se de onde vem o autoritarismo ainda vigente no nosso ordenamento, visto que foi levemente atenuado como pela ação da doutrina e dos julgadores.

1.3 Origem da prisão preventiva

A prisão no seu surgimento tinha como característica ser uma medida cautelar, visto que, os primeiros relatos que se têm da prisão, firmam seu espaço de reter os acusados até o dia do julgamento, como constatamos nos ensinamentos de Boshi (2000 p. 160);

Os povos antigos da Babilônia, do Egito, da Grécia e de Roma não conheciam a pena-prisão. Embora os acusados fossem confinados normalmente em calabouços imundos, a segregação a que podiam ser submetidos tinha por finalidade retê-los, nos moldes da prisão cautelar, até o dia do julgamento.

Baratta (Apud França 1977 p. 166) relata outros fatos a cerca da identificação da prisão preventiva na antiguidade, apontando que;

A prisão preventiva foi na Antiguidade a única forma de prisão admitida. Não havia pena de prisão. Demóstenes, em seu discurso contra Timócrates, referindo-se ao juramento dos Heleastas, disse: “Eu não prenderei ateniense algum se apresentar três responsáveis. São executados os culpados de traição ou conspiração contra o governo popular, os rendeiros públicos, suas cauções e os recebedores”. “Esta lei” dizia Demóstenes, “não se refere aos condenados, mas aqueles que se acham em estado de prevenção”.

Assim, percebe-se que em Atenas só se aplicava prisão preventiva nos crimes de conspiração contra a pátria e a ordem política, além do peculato. Reforçando a característica cautelar.

No Brasil, a prisão preventiva surgiu legalmente em 1822, com a Proclamação da Independência. A Constituição Imperial de 1824, em seu art. 179 § 8º, admitiu a custódia preventiva, nos casos declarados em lei, mediante ordem escrita do juiz. O Código de Processo Criminal do Império, de 1832, previu também a prisão sem culpa formada para os crimes inafiançáveis, por ordem escrita da autoridade legítima, até que o Código de Processo Penal de 03 de outubro de 1941, respaldado no Código de Processo Penal italiano de 1930, veio sistematizar, com rigor dogmático, a prisão preventiva no processo penal brasileiro.²

O próximo capítulo trará a prisão preventiva e sua atual aplicação no ordenamento pátrio. Tratando especificamente de seus pressupostos, as hipóteses em que poderão ser decretadas, bem como sua previsão legal.

²Alberto Wunderlich. Da prisão como pena à prisão preventiva. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1528>> Acesso em: 11/02/2011, as 04:52 h.

2. A PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL

Neste capítulo estudaremos a prisão preventiva no Brasil mostrando conceitos, apontando sua aplicabilidade, previsão legal e seus pressupostos, demonstrando ainda outras características desse instituto que Tourinho Filho (2009 p.638) define como “Espécie do gênero prisão cautelar de natureza processual”.

Tourinho Filho (2009, p. 638) conceitua ainda prisão preventiva como:

Medida restritiva da liberdade determinada pelo juiz, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, como medida cautelar, seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública, ou econômica, seja por conveniência da instrução criminal.

Com essa mesma linha de pensamento, o conceito exposto por Capez (2010 p.321) trata a prisão preventiva como sendo:

Prisão cautelar de natureza processual decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou processo criminal, antes do trânsito em julgado, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores.

Coaduna-se com essas reflexões Cunha (2009 p. 199) quando ressalta que: “A prisão preventiva, em um sentido amplo, é aquela decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e tem significado idêntico à prisão processual, cautelar, provisória ou sem pena”.

A principal característica da prisão preventiva é sem sombra de dúvida a sua excepcionalidade, toda e qualquer prisão que anteceda à decisão definitiva do Juiz é medida drástica³, nas palavras de Bento de Faria *apud* Tourinho Filho (2009 p. 638):

³ Tourinho Filho, Manual de Processo Penal, pág. 638, 2009.

É uma injustiça necessária do Estado contra o indivíduo, e, portanto, deve ser reservada para casos excepcionais. Por isso mesmo, entre nós, a prisão preventiva somente poderá ser decretada dentro daquele mínimo indispensável, por ser de incontestável necessidade e, assim mesmo, sujeitando-a a pressupostos e condições, evitando-se ao máximo o comprometimento do direito de liberdade que o próprio ordenamento jurídico tutela e ampara.

Incontestável necessidade, eis seu fundamento.

Assim, ressalta-se mais uma vez que a principal característica da prisão preventiva é a excepcionalidade, pois visa assegurar a futura aplicação da sanção.

2.1 Natureza jurídica e fundamentos da prisão preventiva

Natureza jurídica significa o que a prisão preventiva é para o Direito, Assim sendo, salientamos que Capez (2010 p. 321) refere que:

A prisão preventiva possui natureza tipicamente cautelar, pois visa garantir a eficácia de um futuro provimento jurisdicional, o qual poderá tornar-se inútil em algumas hipóteses, se o acusado permanecer em liberdade até que haja um pronunciamento jurisdicional definitivo.

Ainda nessa questão da excepcionalidade da referida medida, Capez (2009 p. 321) ressalta a importância da fundamentação, pois tal medida irá privar o indiciado de sua liberdade antes da sentença penal condenatória transitada em julgado, trazendo uma decisão do Tribunal de justiça de São Paulo, vejamos:

Tratando-se de prisão cautelar, reveste-se do caráter de excepcionalidade, na medida em que somente poderá ser decretada quando necessária, isto é, se ficar demonstrado o *periculum in mora*⁴. Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo: “a prisão provisória é medida de extrema exceção. Só se justifica em casos excepcionais, onde a segregação preventiva, embora um mal, seja indispensável. Deve, pois, ser evitada, porque é uma punição antecipada” (RT, 531/301).

⁴ Perigo da demora. Dicionário de Latim Forense. Almicare Carletti. Ano: 2006, pág. 234.

Dessa perspectiva, Karam (2009, p 2) reforça esse pensamento de excepcionalidade da prisão preventiva, e também salienta a necessidade de fundamentação, asseverando que:

A possibilidade de decretação ou manutenção de prisões provisórias, enquanto ainda admitida, há de, no mínimo, se harmonizar com a garantia do estado de inocência. Embora as normas fundamentais que a consagram não impeçam que alguém seja submetido à prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, não impedindo que o investigado ou réu previamente sofram a privação do direito de ir e vir, que, normalmente, só deveria ocorrer com a final imposição da pena privativa de liberdade, desde logo determinam que prisões com essa natureza provisória só possam ser impostas excepcionalmente.

Ao estudarmos Karam (2009 p. 3) viu-se que a prisão preventiva está vinculada ao processo, “buscando fazer com que esse seja desenvolvido com qualidade e tranquilidade ou que a sua decisão definitiva, sendo condenatória, possa ser executada ao final”.

Diante disso constata-se que para os doutrinadores a natureza jurídica da prisão preventiva é cautelar, e por ter a característica de excepcionalidade, ao decretar a prisão sem o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, deve ser demonstrada a real necessidade, entendida como fundamentação da utilização da medida preventiva.

2.2 Pressupostos da prisão preventiva

Para Capez (2009, p. 322/323) os pressupostos são vistos na doutrina tradicional como um dos requisitos para segregação cautelar, “o Juiz poderá decretar a prisão preventiva se além dos demais requisitos estiverem presentes os elementos que compõem o *fumus boni iuris*⁵”, que são as provas de materialidade do crime e indícios suficientes que seja realmente o réu o autor da atividade delitiva.

⁵ Fumaça do bom direito. Dicionário de Latim Forense. Almicare Carletti. Ano: 2006, p. 180.

É importante ressaltar que referente a esses pressupostos Capez (2009 p. 323) salienta que:

Nessa fase, não se exige prova plena, bastando meros indícios, isto é, que se demonstre a probabilidade de o réu ou indiciado ter sido o autor do fato delituoso. A dúvida, portanto, milita em favor da sociedade, e não do réu (princípio do *in dubio pro societate*⁶). Nesse sentido: “Não se pode exigir para a prisão preventiva a mesma certeza que se exige para a condenação. O *in dubio pro reo*⁷ vale ao ter o juiz que absolver ou condenar o réu. Não, porém, ao decidir se decreta ou não a custódia provisória” (RT, 554/386).

Em função disso, Cunha (2009 p. 199) explica que para decretação da prisão preventiva está ausente o princípio que beneficia o réu quando a de ser prolatada a sentença definitiva, qual seja, o princípio do *in dubio pro réu*, lecionando que:

Em relação à autoria, se satisfaz o legislador com meros indícios. Ou seja, aqui não se exige a certeza absoluta da autoria do delito, necessária apenas quando da prolação da sentença, hipótese em que eventual dúvida é dirimida em favor do réu (*in dubio pro réu*). Bastam indícios, isto é, a probabilidade razoável da autoria delitiva, que deverão ser analisados caso a caso, segundo o prudente arbítrio do juiz, sem uma regra preconcebida que os definam.

Vale destacar que Tourinho Filho (2009 p. 638/639) observa que os pressupostos são que se encontram na parte final do artigo 312 do Código de Processo Penal, compartilhando do pensamento do autor acima citado, afirmando ser os referidos pressupostos a “Prova da existência do crime” e os “Indícios suficientes da autoria”, declarando ainda que “em caso algum se poderá decretá-la se ausente qualquer um deles”.

Nesse sentido, ressaltamos que Cunha (2009 p.199) reforça esse entendimento a cerca dos pressupostos, pois para ele o *fumus bon iuris e periculum in mora*, necessários para a decretação da medida cautelar, se caracterizam quando verificada a apresentação de “a) Prova de existência do crime e b) Indícios suficientes de autoria”. Coadunando que sem eles não há que se falar em aplicação ou manutenção da prisão preventiva

⁶ Na dúvida, a favor da sociedade. Dicionário de Latim Forense. Almicare Carletti. Ano: 2006, p. 192.

⁷ Na dúvida, a favor do réu. Dicionário de Latim Forense. Almicare Carletti. Ano: 2006, p. 192.

Dessa perspectiva que tange aos pressupostos, Karam (2009 p. 5) complementa que “A legitimidade da excepcional prisão provisória condiciona-se, portanto a concreta demonstração de fatos reveladores de sua necessidade”.

Nesse sentido, Capez (2010 p. 322) avigora que:

A prisão provisória somente se justifica e se acomoda dentro do ordenamento pátrio, quando decretada com base no poder geral de cautela do juiz, ou seja, desde que necessária para uma eficiente prestação jurisdicional.

Essa necessidade fica caracterizada pela presença dos já citados princípios *fumus bon iuris e o periculum in mora*, pressupostos indispensáveis para a decretação da prisão preventiva, sem a averiguação desses requisitos Capez (2010 p. 322) salienta que:

Sem necessidade para o processo, sem caráter instrumental, a prisão provisória, da qual a prisão preventiva é espécie, não seria nada mais do que uma execução da pena privativa de liberdade antes da condenação transitada em julgado.

Ainda se tratando desses pressupostos, Oliveira (2008, p. 434), reforça o que foi dito expondo que por se tratar de uma medida que terá por consequência a privação da liberdade de um simples acusado ou indiciado, se explicaria quando se busca a persecução penal e não se encontra outro meio para tal e acresce que:

Quando o juiz puder verificar pelas provas constantes dos autos terem o agente praticado o fato em legítima defesa, ou estado de necessidade ou qualquer outra excludente de ilicitude (artigo 23, CP), não será decretada a prisão preventiva, nos termos de artigo 314 de CPP.

Assim, percebemos que as possibilidades excludentes da punibilidade previstas no Código Penal se enquadram também no que tange a prisão preventiva.

2.3 Competência para a decretação da prisão preventiva

O artigo 311 do Código de Processo Penal estabelece a competência da decretação, como também, quem poderá requerê-la:

Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial.

No que diz respeito à competência para decretação da prisão cautelar em questão Tourinho Filho (2009 p. 639) observa que:

Em se tratando de processo da competência originária dos Tribunais, a competência é do Relator, nos termos do art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 8.038/90, porque é o Juiz da instrução, como se vê pela leitura do *caput* desse artigo.

Ante tal observação, se faz importante a análise do citado dispositivo legal. A referida Lei institui normas procedimentais para os processos de competência originária do Superior Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal Federal e em seu artigo 2º dispõe que “O relator, escolhido na forma regimental, será o juiz da instrução, que se realizará segundo o disposto neste capítulo, no Código de Processo Penal, no que for aplicável, e no Regimento Interno do Tribunal.” Complementado pelo seu parágrafo único estabelecendo que “O relator terá as atribuições que a legislação processual confere aos juízes singulares.”.

Voltando ao estudo do artigo 311 do Código de Processo Penal, percebemos que a decretação da prisão preventiva poderá ser de ofício, quando o juiz perceber por si só a necessidade da aplicação de tal medida, ou por requerimento do Ministério Público, do querelante ou ainda da autoridade policial.

A respeito dos sujeitos que podem requerer a medida cautelar, vale destacar as ressalvas feitas por Tourinho Filho (2009 p. 639) discorrendo sobre as formas em que será solicitada a prisão preventiva:

Os dois primeiros (Ministério Público e Querelante), sob a forma de requerimento e a Autoridade policial, sob a forma de representação. Requerimento é pedido, solicitação. Representação, aí tem um sentido unívoco: exposição escrita de motivos. Observa-se que o Juiz pode decretá-la de ofício, isto é, sem provocação de quem quer que seja.

Assim, vemos que os legitimados ativos para requerer a prisão preventiva são, cada um a sua forma, o Ministério Público, o querelante, a autoridade policial e até mesmo o juiz poderá de ofício decretá-la.

2.4 Hipóteses autorizadoras para a decretação da prisão preventiva

As hipóteses em que pode ser decretada a prisão preventiva estão descritas, de formas taxativas, no artigo 312 do Código de processo penal, que se segue:

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.

Analisando o artigo citado, nota-se ser quatro as hipóteses em que será autorizada a decretação da prisão preventiva, quais sejam para se garantir da ordem pública, a ordem econômica, por conveniência da instrução criminal e por fim, para assegurar a aplicação da lei penal.

A hipótese, a garantia da ordem econômica recebe algumas críticas dos doutrinadores, para Capez (2010 p. 324) ela nada mais é do que a repetição da expressão garantia da ordem pública. Ao tempo que para Tourinho Filho (2009, p. 642) não seria ela a medida ideal para coibir os abusos contra a ordem econômica, o autor expõe ainda outra forma de resguardar a

ordem econômica, asseverando que a medida adotada deveria ser sanção contra a empresa, como, por exemplo, seu fechamento por determinado tempo.

Tourinho Filho (2009 p. 643) cita como uma definição do que venha a ser as infrações contra a ordem econômica, o artigo 20 da Lei 8.884/94 (Lei Antitruste) que normativa:

Art. 20 – Constituem infração de ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;
III – aumentar arbitrariamente os lucros;
IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

A prisão preventiva poderá ser fundamentada também pela conveniência da instrução criminal, o que para Capez (2010 p. 324) “Visa impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de provas”. Poderá fundamentar a prisão preventiva do agente que, em liberdade, esteja ameaçando testemunhas, eliminando vestígios do ilícito, destruindo documentos, que de uma forma ou de outra atrapalhe a investigação. Ainda nas palavras do referido autor “evidente aqui o periculum in mora, pois não se chegará à verdade real se o réu permanecer solto até o final do processo”.

Coaduna-se com essas reflexões Oliveira (2008 p. 434) quando ressalta que:

Por conveniência da instrução criminal há de se entender a prisão decretada em razão da perturbação ao regulamento do processo, o que ocorrerá, por exemplo, quando o acusado, ou qualquer outra pessoa em seu nome, estiver intimidando testemunhas, peritos ou o próprio ofendido, ou ainda provocando qualquer incidente do qual resulte prejuízo manifesto para a instrução criminal.

A terceira hipótese em que se poderá ser fundamentada a prisão preventiva é a garantia de aplicação de lei penal, ao entendimento de Capez (2010 p. 324) será utilizada “No caso de iminente fuga do agente do distrito da culpa, inviabilizando a futura execução da pena”. Essa hipótese será aplicada no caso em que o agente não tem ocupação lícita, residência fixa, ou

nada que o fixe no distrito do delito, assim se o acusado se evadir, de nada terá valor a sentença ao final do processo.

A mesma visão dessa hipótese tem Oliveira (2008 p. 434) e Cunha (2009 p. 200), ao afirmarem em outras palavras, que o foco dessa hipótese é assegurar que ao final do processo, a sentença sendo condenatória, o réu não tenha se evadido, já que para a decretação da prisão preventiva fundada em nessa hipótese, averiguará se há elementos que o impeçam a fugir ou motive a sua permanência no distrito do delito.

Outra hipótese autorizadora da prisão preventiva é a garantia da ordem pública, que Tourinho Filho (2009 p. 639) entende como sendo uma “expressão de conceito indeterminado”.

Acerca dessa última hipótese em que se pode fundamentar a medida cautelar estudada, existem muitas conceituações, divergências na sua aplicação, desarmonia no que tange a sua legalidade e legitimidade e dúvidas a respeito da sua eficácia como fundamento para a decretação e manutenção do encarceramento do indiciado.

O próximo capítulo buscará expor conceitos, tentando a sua uniformização, dirimir as dúvidas existentes em torno de sua eficácia, demonstrando os vários pontos controversos desse instituto.

3. A EFICÁCIA DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Para compreendermos de onde se origina a aplicação no nosso ordenamento da “Garantia da ordem pública”, analisemos a lição de Oliveira (2000, p. 76), onde afirma que o Código de Processo Penal Brasileiro foi alicerçado no Código Processual Italiano de 1930, o qual “Foi elaborado sob os olhares fascistas, traz em suas disposições várias marcas relevantes de autoritarismo, ou seja, é caracterizado pelo destaque que se dá ao poder Estatal”.

Desta feita, segundo Oliveira (2000, p. 76), tal particularidade fica bem evidente no texto que se trata das prisões preventivas. “Suas aplicações eram decretadas sem o foco da fundamentação legal, perdendo-se assim o verdadeiro ensejo a qual se destina, qual seja o caráter cautelar, haja vista ser a liberdade regra e a prisão exceção”. Necessitando para legalidade da aplicação efetiva da restrição à liberdade uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

Podemos inferir na lição de Costa (1989, p. 6), que a convenção Americana sobre os Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica de 1.969, em seu art. 8º, II, trouxe o princípio da presunção de inocência, ao asseverar que: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma a inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Por conseguinte, ao analisar-se a Constituição Federal de 1.988, se vislumbra que em seu artigo 5º, inciso LVII, estabeleceu que: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, majorando o princípio supracitado para nível de Lei Constitucional, conferindo assim, uma visão mais humanística ao acusado, não possibilitando a imposição de pena sem o devido processo legal.

Veremos a seguir alguns dos principais entendimentos doutrinários acerca do tema, que em suma tratam de explicar as situações que podem ensejar à aplicação da garantia da ordem pública, como fundamento autorizador a privação da liberdade prévia do acusado ou réu.

Nestas lições, perceberemos que existem doutrinadores que defendem veementemente a ineficácia da garantia da ordem pública como fundamento para a prisão preventiva, os quais deixam claro que tal fundamentação não se adéqua os estreitos limites em que seria autorizável a privação da liberdade prévia à condenação definitiva, por não atender a exigência direta derivada do princípio da legalidade preceituado pela Constituição Federal.

3.1 Conceito de Ordem Pública

Acerca de ordem pública, Pacheco (2008, p. 748), a abarca como sendo “O estado de paz e de ausência de crimes na sociedade. Paz é a ausência de violência”, assim, esclarece a fundamentação da prisão preventiva como legítima, quando a “liberdade de alguém acarreta perigo para a ordem pública”, e vê nesta situação a presunção de que o cerceamento da liberdade de um indivíduo possa evitar o perigo para a ordem pública, em outras palavras, se justificaria a segregação cautelar em prol da manutenção da paz social.

Seguindo a análise conceitual de ordem pública, Nucci (2008, p. 618) a princípio, já delinea que se trata “Da hipótese de interpretação mais extensa na avaliação da necessidade da prisão preventiva” e prossegue afirmando que por ordem pública entende-se:

A necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, em regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àquelas que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao judiciário determinar o recolhimento do agente.

Nucci (2008, p. 618), esclarece, ainda, que a garantia da ordem pública deve ser analisada pelo binômio correspondente a gravidade da infração em conjunto com a repercussão social. Assim, firma a necessidade existente na atuação do Estado, determinando a prisão cautelar, visando a manutenção da garantia da ordem pública em casos de visível “Intranquilidade da população, após o cometimento de grave infração penal”, bem como, leciona que um outro fator responsável pela repercussão social que a prática de um crime pode adquirir é “A periculosidade do agente demonstrada pela análise de seus antecedentes e pela execução do crime”.

Coaduna-se com estas reflexões, Tourinho Filho (2009, p. 639) principalmente, firmando ordem pública como “Expressão de conceito indeterminado”. Lecionando que em linhas gerais, entende-se por ordem pública a paz, a tranquilidade no meio social e especificando as situações que se justificaria invocar como fundamento a prisão preventiva:

Se o indiciado ou réu estiver cometendo novas infrações penais, sem que se consiga surpreendê-lo em estado de flagrância; se estiver fazendo apologia de crime, ou incitando ao crime, ou se reunindo em quadrilha ou bando, haverá perturbação da ordem pública.

Importante salientar que a lição de Tourinho Filho (2009, p. 640), aborda que tais situações não seriam taxativas e sim exemplificativas, abrindo a possibilidade de que outras circunstâncias possam traduzir a expressão ordem pública, deixando a cargo da sensibilidade do Magistrado os critérios de aplicação da medida cautelar.

A lição de Pacheco (2008, p. 749), apresenta de modo esclarecedor a razão da divergência existente, acerca da conceituação de ordem pública, afirmando que “a expressão ordem pública é muito atacada na doutrina, tendo em vista sua indeterminação conceitual diante de um direito tão fundamental quanto ao da liberdade”.

Assim sendo, saliente-se que Pacheco (2008, p. 749) tece comentários, os quais evidenciam a garantia da ordem pública como fundamento a prisão preventiva, visando uma resposta da justiça ao clamor social e não efetivamente a necessidade de que se imponha a medida cautelar ao acusado:

Ainda mais criticada na doutrina pátria é a garantia da ordem pública na perspectiva social, pois não estaria sendo aferido o perigo que a própria pessoa poderia acarretar e, assim se há risco para a ordem pública nessa perspectiva, não deveria ser presa a pessoa a quem se imputa o crime, mas evitar-se que, por exemplo, a população revoltada perpetrasse depredações.

Nesse sentido, destacamos que Pacheco (2008, p. 749) cogita a possibilidade, com o advento de reformas no CPP, de se retirar a expressão ordem pública da redação legal do artigo 312 do referido regramento “Há uma tendência de supressão da expressão ordem pública do texto legal, para ser substituída por fundadas razões de que o acusado ou indiciado venha a praticar determinadas infrações penais, com maior gravidade”.

Por fim, é importante notar que Oliveira (2008, p. 435), trata da expressão garantia da ordem pública como sendo de “Difícilima definição”. Asseverando que esta “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”.

Como visto não se tem na doutrina pátria uma noção sedimentada sobre ordem pública, ficando a cargo do julgador e de sua consciência, a análise da necessidade de aplicação da prisão preventiva, ante o clamor social em conjunto ou não com os maus antecedentes do acusado.

3.2 A eficácia da prisão preventiva no tocante a garantia da ordem pública

No que tange a garantia da ordem pública, como fundamento para a decretação da prisão preventiva, Oliveira (2008, p. 435) afirma que, pela possibilidade de amplas interpretações do termo, a aplicação da medida acautelatória, com fulcro nesta previsão, poderia implicar em uma antecipação de culpabilidade:

No Brasil, a jurisprudência ao longo desses anos, tem se mostrado ainda, um pouco vacilante, embora já dê sinais de ter optado pelo entendimento da noção de ordem pública como risco ponderável da repetição da ação delituosa objeto do processo, acompanhado do exame acerca da gravidade do fato e de sua repercussão.

Todavia, houve tempo em que se defendia a prisão preventiva do acusado até mesmo para o fim da proteção de sua integridade física, como se não fosse do Estado à responsabilidade pela atividade não jurisdicional da segurança pública.

Há ainda entendimentos no sentido de se aferir o risco a ordem pública a partir unicamente da gravidade do crime praticado, a reclamar uma providência imediata por parte das autoridades, até mesmo para evitar o

mencionado sentimento de intranquilidade coletiva que pode ocorrer de tais situações.

Mas o argumento, quase incontornável, contrário a semelhante modalidade de prisão, é no sentido de que estaria violado o princípio da inocência, já que, quer se pretenda fundamentar a prisão preventiva para garantia da ordem pública em razão do risco de novas infrações penais, quer se sustente a sua justificação em razão da intranquilidade causada pelo crime (aqui, acrescido de sua gravidade), de uma maneira ou de outra, estar-se-ia partindo de uma antecipação de culpabilidade. Como se percebe, a questão é bastante complexa.

Nessa perspectiva, Capez (2010, p. 323), descreve em suma quais as situações em que caberia a interferência do Estado na liberdade do indivíduo visando tal garantia, “A prisão cautelar é decretada com a finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir ou de acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça em crimes que provoquem grande clamor social”.

Ainda, segundo Capez (2009, p. 323) quando se tratar de finalidade de impedir que o agente, solto, continue delinquir, “Há evidente perigo social decorrente da demora em se aguardar o provimento definitivo, porque até o trânsito em julgado da sentença condenatória o sujeito já terá cometido inúmeros delitos”. Assim, os maus antecedentes e a reincidência são características que demonstram à provável prática de novos delitos, o que viria a autorizar a decretação da prisão preventiva nesta hipótese.

Quanto à proteção da sociedade e a garantia da credibilidade da justiça, Capez (2010, p. 323) assevera que “A brutalidade do delito provoca comoção no meio social, gerando a sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, de tal forma que havendo *fumus bom iuris*⁸, não convém aguardar até o trânsito em julgado para só então prender o indivíduo”.

No que concerne à fundamentação da segregação cautelar em razão da garantia da ordem pública, faz-se importante a lição de Tourinho Filho (2009, p. 640), que expõe seu entendimento acerca do tema, afirmando que “Ordem pública é um fundamento geralmente intocável, sob diversos pretextos, para se decretar a preventiva, fazendo-se total abstração de

⁸Fumaça do Bom Direito. Fonte: Dicionário de latim, disponível à <<http://www.multcarpo.com.br/latim.htm#F>>, acesso em 28/05/2011, às 17h00.

que esta é uma coação cautelar e sem a demonstração de necessidade e legalidade, não se admite a luz da Constituição, prisão provisória”.

Podemos então perceber que a eficácia, a legalidade da aplicação, da prisão preventiva nos termos acima delineados são temas controvertidos na doutrina pátria.

Neste passo, Karam (2009, p. 19) trata a questão com posicionamento firme pela ineficácia de tal previsão, asseverando que “As desautorizadas generalidade e indeterminação da expressão ordem pública abrem um ilegítimo caminho para as mais disparatadas interpretações sobre o que esta seria dando lugar à utilização na viciada prática da justiça criminal, dos mais diversos pretextos para a imposição da privação da liberdade”.

Registre-se, ainda que Karam (2009, p. 19) vê na aplicação desta vaga prisão preventiva, manifesta violação ao princípio da legalidade, o que evidentemente já seria suficiente para a proclamação da invalidade (ou ineficácia) das regras que a contenham.

Dando continuidade a sua lição, Karam (2009, p. 20), enfatiza que:

Qualquer que seja a ideia que se faça de “Ordem Pública”, sua perturbação e sua garantia não estão diretamente vinculadas ao resultado do processo principal (o processo penal de conhecimento), nada tendo haver com o risco de inviabilização da satisfação prática do alegado direito do específico crime atribuído ao réu (ou ao investigado), e, portanto, nada tendo haver com a exigência do *periculum in mora*, nada tendo haver com a natureza cautelar indispensável à admissibilidade da providência consistente na prisão provisória.

Coaduna-se com esses ensinamentos, Delmanto Júnior (2001, p. 155), que tem entendido também, pela ineficácia da invocação da garantia da ordem pública como encenadora da prisão preventiva:

É de se esclarecer, porém, ser indisfarçável que nesses termos a prisão preventiva se distância de seu caráter instrumental – de tutela do bom andamento do processo e da eficácia de seu resultado – ínsito a toda e

qualquer medida cautelar, servindo de instrumento de justiça sumária, vingança social etc.

Do mesmo modo, leciona Gomes Filho (1991, p. 67/68) compartilhando de tal ideologia ao dizer:

À ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente dita, mas constituem formas de privação da liberdade adotadas como medidas de defesa social; fala-se, então, em “exemplaridade”, no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade;

Karam (2009, p. 19) aduz, ainda, severa crítica acerca da garantia da ordem pública como fundamento a prisão preventiva, afirmando, em suma, que tal fundamento, legalmente não justifica a aplicação da segregação cautelar e ainda, fere princípios constitucionais como o da presunção de inocência e do devido processo legal:

Pensem-se nos variados pretextos acenados, na desviada prática da justiça criminal, para ilegitimamente utilizar a garantia da ordem pública como apontado fundamento para decretações de prisões preventivas. Costuma-se acenar com a grande repercussão do alegado crime, com a gravidade de suas consequências, com a indignação da chamada opinião pública, com o clamor público, com a suposição de que o réu ou o investigado praticará outros crimes, com sua periculosidade, ou sua dedicação a atividades criminosas. Em todos esses pretextos está clara a violação à garantia do estado de inocência e a própria cláusula do devido processo legal.

A minuciosa análise da garantia da ordem pública pela ótica do princípio da legalidade, feita por Karam (2009, p. 17), evidencia a incompatibilidade de tal fundamento dentro dos preceitos estabelecidos:

A generalidade e a indeterminação da expressão “ordem pública” começa por desatender a exigência de precisão (ou taxatividade) na descrição de comandos legais quem impliquem em restrições ao espaço de liberdade do

indivíduo, exigência essa diretamente derivada do próprio enunciado genérico do princípio da legalidade.

O princípio da legalidade atua desde o momento em que o legislador define a criminalização de determinada conduta até o momento em que eventual pena é concretamente executada, seja em aspectos estritamente penais, seja em aspectos processuais, que, direta ou indiretamente repercutam sobre a situação do indivíduo.

Dentre outros postulados diretamente derivados do princípio da legalidade está o mandato de certeza, a determinar que a lei seja formulada com precisão. Implicando no conhecimento prévio da proibição, para que possa ser exigida a abstenção da conduta proibida, o princípio da legalidade exige a determinação da lei, vedando dispositivos criminalizadores vagos e indeterminados.

Karam (2009, p.18) deixa ainda mais clara sua lição, firmando a ineficácia da garantia da ordem pública ao asseverar que “A exigência de precisão na descrição legal, naturalmente, não se limita ao mero campo de definição das condutas penalmente típicas, alcançando sim qualquer proibição ou qualquer restrição à liberdade do indivíduo”.

Nesta perspectiva, Batista (1985, p. 77) observou que “A medida decretada para a garantia da ordem pública não tem uma relação direta com o processo, se volta na verdade para a proteção de interesses estranhos a ele, tendo nítidos traços de medida de segurança”.

Assim, Karam (2009, p. 21) conclui pela manifesta incompatibilidade de tal privação da liberdade com a garantia do estado de inocência e com a própria cláusula do devido processo legal, demonstrando de maneira inquestionável em suas próprias palavras “A invalidade (ou ineficácia) dos dispositivos legais que elegem a indefinida garantia da ordem pública como pretense fundamento para a imposição de prisões provisórias”.

Ante a tais lições e estudos doutrinários percebemos a divisão existente a cerca do tema, alguns entendem como legítima a medida cautelar em estudo, por entender que a ordem pública é a ausência de crimes e paz social, ao passo que para outros a prática da aplicação da legislação penal tem se utilizado de tal pretexto para se encarcerar indiciados ou investigados sem que se verifique a sua cautelaridade, que em tese é a sua real característica, ou ainda, que com essa medida se faz um pré-julgamento, ao fundamentar a restrição da liberdade alegando periculosidade ou antecedentes, institutos que devem sim, ser considerados, mas tão somente na dosagem da pena na sentença penal condenatória.

Vale frisar que a análise da legalidade da referida medida cautelar nos termos nos quais são aplicados na prática, como exposto, segundo a posição dominante na doutrina, fere princípios constitucionais e assim sua aplicação se caracteriza como ilegal, pois a restrição da liberdade do indivíduo somente se acarretará em casos tipificados, o que para uma parte dos doutrinadores não se verifica no caso em estudo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao estudarmos a garantia da ordem pública como fundamento para a prisão preventiva, constata que tal instituto fere direitos resguardados pela Constituição Federal, pois apesar de ser previsto na Legislação Brasileira as medidas excepcionais, onde a prisão preventiva se enquadra aos requisitos para aplicação de tais medidas devem ser claros e bem fundamentados, vendo que, a referida medida irá encarcerar um acusado, que tem direito ao devido processo legal, um dos direitos resguardados na Carta Magna.

A garantia da ordem pública por não ser bem definida deixa uma grande margem de interpretação para o julgador, que tem feito uso disso para privar de sua liberdade indivíduo que não representa nenhum perigo para a sociedade, além de não dificultar ou impedir a investigação, que são os principais requisitos para se encarcerar preventivamente um acusado antes do transito em julgado de sentença penal condenatória, que em regra é o meio pelo qual o acusado irá sofrer sanções.

Assim, o instituto estudado tem servido para se fazer vingança social e atender o clamor público, lecionado princípios e direitos fundamentais. O clamor público ao nosso entendimento não pode ser usado como motivação para se aplicar o mal maior, restringindo de sua liberdade um indivíduo, que antes do transito em julgado de sentença penal condenatória, a Constituição Federal lhe assegura ser considerado inocente.

Assim, a medida cautelar está sendo extraviada de sua verdadeira função e servindo a justiça sumária. A prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública em sua previsão legal busca manter a conveniência da instrução criminal ou verificada a periculosidade do agente, para que esse não venha a cometer ilícitos da mesma natureza enquanto aguarda em liberdade a decisão final do processo, Com isso já se faz um pré-julgamento, o que novamente vai contra o que está descrito na Carta Magna a presunção de inocência.

As hipóteses propostas foram confirmadas ao longo do estudo ao demonstrar a não delimitação do que se enquadra no conceito de ordem pública, assim como os julgados

fundados nessa hipótese não seguem uma única linha de raciocínio, variando conforme o entendimento dos julgadores.

Ante o exposto, conclui-se que a Garantia da Ordem Pública não é suficiente para a decretação da medida cautelar, já que sua definição legal afronta vários princípios constitucionais.

Assim se cumpre os objetivos projetados, ao mostrar a insuficiência da fundamentação da garantia da ordem pública para a prisão preventiva, pois assim, abusa-se do autoritarismo Estatal, remetendo a justiça as antiquadas aplicações da lei penal de décadas atrás.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros:

BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória**. São Paulo: Forense. 1985.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e Das Penas**. Marchesi. 1764.

BOSCHI, José Antônio Pagane. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva. 2010.

CARLETTI, Almicare. **Dicionário de Latim Forense**. 2006.

CERNICCHIARO, Luis Vicente. LYRA FILHO, Roberto. **Compendio de Direito Penal Parte Geral**. São Paulo: bushatsky. 1973.

COSTA, José Armando. **Estrutura Jurídica da Liberdade Provisória**. São Paulo: Saraiva. 1989.

CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Processo Penal: Doutrina e prática**. Salvador: Editora Jus Podvim, 2009.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. São Paulo: Renovar. 2001.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva. 1977.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

KARAM, Maria Lucia. **Escritos sobre a liberdade: Liberdade, presunção de inocência e prisões provisórias**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2009.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Milenium. 2000.

MARQUES, José Frederico. **Estudos de Direito Processual Penal**. Campinas : Milenium. 2001.

MEHMERI, Adilson. **Noções básicas de direito penal**. São Paulo: Saraiva. 2000

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**. Belo Horizonte: Del Rey. 2000.

PACHECO, Denílson Feitoza. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. Niterói: Impetus. 2008.

PIERANGELI, José Henrique.ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro parte geral**. São Paulo : Revista dos tribunais. 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva. 2009.

Códigos:

BRASIL. Constituição (1824) **Constituição Política do Império do Brasil** (De 25 de Março de 1824). Art. 179 § 8º.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. – 4 ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2006. Art. 5º, inciso LVII.

BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro de 1941**. Insitui o Código de Processo Penal. Brasília, DF: Senado, 1941. 311.

BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro de 1941**. Insitui o Código de Processo Penal. Brasília, DF: Senado, 1941. 312.

Endereços eletrônicos:

Dicionário de latim, disponível à <<http://www.multcarpo.com.br/latim.htm#F>>, acesso em 28/05/2011, às 17h00.

WUNDERLICH, Alberto. **Da prisão como pena à prisão preventiva**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?Id=1528>> Acesso em: 11/02/2011, as 04h52min h.