



FACULDADE EVANGÉLICA DE GOIANÉSIA
CURSO DE DIREITO

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE E O (AB)USO DA PRISÃO PREVENTIVA SOB O
FUNDAMENTO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**

JOHNATAN EDUARDO FREITAS

Goianésia-GO

2018

JOHNATAN EDUARDO FREITAS

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE E O (AB)USO DA PRISÃO PREVENTIVA SOB O
FUNDAMENTO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**

Trabalho apresentado à Faculdade Evangélica de Goianésia, como requisito parcial para aprovação na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II. Orientadora Prof. Me. Maxilene Soares Correa.

Goianésia-GO

2018

FOLHA DE APROVAÇÃO

JOHNATAN EDUARDO FREITAS

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE E O (AB)USO DA PRISÃO PREVENTIVA SOB O FUNDAMENTO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

Goianésia, 12 de dezembro 2018.

BANCA EXAMINADORA

Professora Orientadora Me. Maxilene Soares Correa

Professor Me. Carlos Alberto da Costa

Professora Me. Cristiane Ribeiro

“O segredo do sucesso é a constância do propósito”

Benjamin Disraeli.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus por ter me dado saúde e força para superar todas as dificuldades, e a toda minha família, especialmente a minha mãe e minha noiva, pelo incentivo, amor e apoio incondicional, e ao meu pai e meu filho que tão cedo partiram, mas que durante esses anos de academia me serviram como inspiração, estejam onde estiverem, meu muito obrigado por tudo.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE E O (AB)USO DA PRISÃO PREVENTIVA SOB O FUNDAMENTO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

Johnatan Eduardo Freitas¹

Resumo: O presente artigo apresenta uma reflexão acerca da decretação da prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública. O objetivo deste trabalho é descobrir se a garantia da ordem pública é um fundamento idôneo e apto a ensejar a decretação da prisão preventiva, bem como desvendar o motivo da banalização desta modalidade de prisão cautelar, sobretudo embasada na garantia da ordem pública, tendo como principal indagação: A prisão preventiva decretada sob este fundamento transcende as delimitações dos preceitos constitucionais, funcionando como uma antecipação da pena, violando inclusive o princípio da presunção de inocência? E por que a garantia da ordem pública é banalizada como fundamento da prisão preventiva? Teria ela o poder de dissuadir os potenciais criminosos a não mais cometerem crimes? As respostas para tais questionamentos restarão evidentes ao longo deste artigo, onde em seu primeiro tópico será realizada uma breve síntese acerca da prisão gênero, suas espécies e subespécies, tendo como foco a prisão preventiva. Após, no segundo tópico, será abordada a questão da (in)constitucionalidade da prisão preventiva sob o fundamento da garantia da ordem pública, e por último realizar uma análise com a finalidade de descobrir como a banalização desta prisão contribui para o aumento da população carcerária, e se de fato surte os efeitos esperados na sociedade. Para desvendar esta problemática, o presente artigo foi realizado com estudo predominantemente bibliográfico e documental, com uma abordagem tanto quantitativa quanto qualitativa, tendo propósito exploratório e explicativo, que mostraram resultados preocupantes, e que devem ser estudados a fim de rever este cenário.

Palavras-Chave: Prisão Preventiva. Garantia da ordem pública. Banalização. Presunção de inocência. População carcerária.

INTRODUÇÃO

As prisões são temas corriqueiramente objeto de debate, pelo fato de serem medidas que restringem um dos direitos mais importantes de um indivíduo o direito fundamental de liberdade de locomoção. Prisão é um gênero que comporta algumas espécies, dentre elas, a prisão cautelar, que por sua vez possui três subespécies, quais sejam, a prisão em flagrante delito, a prisão temporária, e a prisão preventiva, sendo esta última o objeto central da presente pesquisa.

A prisão preventiva está prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal, onde encontram-se seus fundamentos e pressupostos. Um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva é a garantia da ordem pública, fundamento este que

¹ Acadêmico do 9º Período do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Goianésia.

divide opiniões na doutrina e no meio acadêmico, no sentido de ser a garantia da ordem pública um fundamento pautado pelos preceitos constitucionais, ou não.

A divergência de opiniões ocorre, pois, como supramencionado, a prisão preventiva é uma subespécie de prisão cautelar, e por ser uma prisão cautelar, sua finalidade está adstrita à tutela do processo penal. Todavia, a garantia da ordem pública é usada para decretação da prisão preventiva quando há receio de que o indiciado/acusado cometa novos delitos durante o processo, ou seja, com finalidades extraprocessuais.

Nesse diapasão, surge uma dúvida. Se a prisão preventiva está adstrita à tutelar o processo penal, mas trivialmente é usada para tutelar a sociedade, ante o receio de reiteração delituosa de um indivíduo, não estaria àquela extrapolando as delimitações dos preceitos constitucionais, funcionando como uma antecipação da pena, violando inclusive o princípio da presunção de inocência?

Lado outro, indubitavelmente o conceito de garantia da ordem pública é demasiadamente amplo, pois não possui uma delimitação legal adequada, ficando a aplicação deste fundamento ao alvedrio da discricionariedade interpretativa do magistrado. Sendo assim, o que se nota hodiernamente é a banalização da prisão preventiva alicerçada no fundamento da ordem pública, pois esta pode ser aplicada em incalculáveis hipóteses.

Ocorre que esta banalização contribui para o aumento desenfreado da população carcerária, fato que coloca o Brasil como o país com a terceira maior população carcerária do mundo, e é exatamente aqui que surge outra questão a ser respondida. Se no Brasil se prende tanto, por que a criminalidade não recua, já que tantos criminosos estão e continuam sendo presos todos os dias?

Para responder a estas perguntas, realizar-se-á de forma qualitativa e quantitativa, uma pesquisa baseada em bibliografias e dados documentais, tais como jurisprudências, e o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Em um primeiro momento será abordado, os aspectos gerais e conceito de prisão, sempre voltado para as prisões cautelares, mormente a prisão preventiva, em seguida, a análise se volta para problemática acerca da idoneidade e constitucionalidade do fundamento da garantia da ordem pública para decretação da prisão preventiva, e por fim, como a banalização desta, influencia no aumento da população carcerária, e se está sendo usada como meio de encarceramento em massa de indivíduos, em razão de classe social e raça.

1 PRISÕES: SUAS ESPÉCIES E ELEMENTOS CONCEITUAIS.

As prisões por serem medidas que atacam a liberdade de locomoção e outros direitos fundamentais de um indivíduo, corriqueiramente são tema de debate e reflexões, portanto, antes de tudo faz-se necessário conceituar e conhecer as espécies de prisões. Lima (2012, p.1168), conceitua prisão da seguinte forma:

A prisão deve ser compreendida como a privação da liberdade de locomoção, com o recolhimento da pessoa humana ao cárcere, seja em virtude de flagrante delito, ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, seja em face de transgressão militar ou por força de crime propriamente militar, definidos em lei.

Nesse sentido, prisão é a privação da liberdade de ir e vir, retirando-se a pessoa do seio social mantendo-a em cárcere, em razão de flagrante delito ou por ordem de autoridade judiciária competente, seja diante de transgressão militar ou crime propriamente militar. No entanto, entende-se que a prisão civil do devedor de alimentos — embora não seja tratada pelo direito processual penal, e nem faça parte do conceito supracitado — não deixa de ter caráter de prisão, e deve portanto, fazer parte de tal conceito.

Outros doutrinadores lecionam de forma menos abrangente, como Fernando Capez (2010, p. 296): "prisão é a privação de liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito". Por sua vez, Nucci (2012, p. 606) ensina que prisão é:

A privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena. Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, forma de cumprimento e regime de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, enquanto necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Conceituada a prisão, importa saber que no ordenamento jurídico brasileiro hodierno existem três espécies diferentes de prisões, a prisão pena, prisão extrapenal, e prisão processual. De acordo com Nucci (2012) a prisão pena *stricto sensu* é a “regra”, sendo entendida como aquela que decorre de uma sentença

condenatória transitada em julgado, não possui natureza cautelar, pois esta visa atender a pretensão executória do Estado. Por sua vez, a prisão extrapenal é aquela que não possuem caráter penal, pois não decorrem de um ilícito penal, como exemplo das prisões civis (em casos de dívida de alimentos) e as prisões militares. E por fim, a prisão processual: também conhecida como prisão cautelar ou prisão provisória, que, como sugere o nome, são usadas para acautelar e assegurar o andamento e o êxito do processo, sem, contudo, haver ainda uma sentença condenatória transitada em julgado. Feito um apanhado geral a despeito de conceitos e espécies de prisões, a partir daqui, analisar-se-á somente as prisões tipicamente denominadas “prisões processuais” ou cautelares.

1.1 Modalidades e aspectos gerais das prisões cautelares.

As prisões processuais, também denominadas de cautelares ou provisórias, são aquelas que acautelam e asseguram o êxito da persecução penal, bem como o fim buscado por esta, não obstante, nesse momento ainda não há uma sentença condenatória com trânsito em julgado, nota-se portanto, o caráter instrumental e precário desta espécie de prisão. Nesse sentido são as palavras de Jardim (2007, p.45):

(...) a prisão em nosso direito tem a natureza acauteladora, destinada a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada ao final, bem como a possibilidade regular instrução probatória. Trata-se de tutelar os meios e os fins do processo de conhecimento e, por isso mesmo, é tutela da tutela.

Outro aspecto da prisão processual, é que esta, dependendo da modalidade poderá ser decretada na fase investigatória e/ou na fase de instrução processual, ou até mesmo antes de qualquer uma destas, como ocorre em alguns casos de prisão em flagrante delito, quando não há investigação prévia. Veja então que, quando da ocorrência dessa modalidade de prisão processual, não há ainda um inquérito policial instaurado, haja vista que a fase investigatória se iniciará de fato com a instauração do inquérito policial, a fim de se apurar a autoria e a materialidade do crime. Portanto, a prisão em flagrante delito nos casos em que não exista uma prévia investigação, ocorrerá antes da fase procedimental investigatória e conseqüentemente antes da fase instrutória do processo.

Ultrapassada a análise do que se entende por prisão cautelar, faz-se necessário conhecer e explorar as modalidades desta espécie de prisão, quais sejam, prisão em flagrante delito, prisão temporária, prisão preventiva. Há quem entenda que a prisão domiciliar antes do trânsito em julgado de sentença condenatória seja uma modalidade autônoma de prisão cautelar, porém, coaduna-se aqui com o entendimento de que a prisão domiciliar nada mais é do que uma forma diferenciada de cumprimento da prisão preventiva. A despeito da prisão domiciliar discorre Lopes Júnior (2014, p,163):

Não se trata, por evidente, de uma nova modalidade de prisão cautelar, mas apenas de uma especial forma de cumprimento da prisão preventiva, restrita aos poucos casos estabelecidos no artigo 318 do CPP.

Corroborando com este entendimento Nucci (2013) acentua: Que a prisão domiciliar decorre da decretação da prisão preventiva, onde simplesmente, mantém-se o preso recolhido em domicílio, diante de suas condições especiais, no lugar de mantê-lo em um presídio convencional. Vale lembrar ainda, que antes das mudanças realizadas pela Lei nº 12.403, de 2011², que deu nova redação e revogou respectivamente os artigos 282 e 393 do Código de Processo Penal, existiam ainda mais duas modalidades de prisões: as prisões desinentes da sentença de pronuncia (artigo. 282), e as prisões decorrentes da sentença condenatória recorrível (artigo. 393). Posto isso, passa-se a analisar então as modalidades de prisões cautelares.

A primeira delas é a prisão em flagrante delito, primordialmente, importa destacar que tratar-se-á da prisão em flagrante delito como prisão de natureza cautelar, por entender-se que o caráter cautelar desta prisão, não pressupõe necessariamente características jurisdicionais. Tal consideração faz-se necessária pois há entendimento doutrinário no sentido que a prisão em flagrante delito possui natureza pré-cautelar, como por exemplo Lopes Júnior (2008, p, 63), que ensina:

A prisão em flagrante não é uma medida cautelar pessoal, mas sim pré-cautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas destina-se a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar.

² A Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, modificou dispositivos constantes no Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares dando outras providências. Teve como finalidade instituir diversas medidas cautelares processuais penais de natureza pessoal, com o objetivo de assegurar a excepcionalidade da prisão preventiva, a fim de democratizar o Processo Penal.

Porém, o fato de no momento da prisão em flagrante delito não existir ainda atuação direta e imediata do magistrado, não a torna uma medida “pré-cautelar”, apenas não será entendida como uma prisão cautelar processual, e sim, uma prisão cautelar administrativa, é o que nos ensina Marques (2000, p, 25):

A prisão cautelar se divide em duas espécies: prisão penal cautelar administrativa e prisão penal cautelar processual, de acordo com a autoridade que a decreta. O autor ensina que a prisão cautelar administrativa é decretada na fase pré-processual, pela Autoridade Policial, no momento em que uma pessoa é detida em situação de flagrante delito. Já a prisão cautelar processual é aquela decretada pelo Juiz com o objetivo tutelar os meios e os fins do processo penal de conhecimento.

Superada esta questão, a prisão em flagrante delito é a única modalidade que prescinde de ordem escrita da autoridade judiciária para que se concretize, decorre do estado de flagrância de um indivíduo que está cometendo um delito, ou acaba de cometê-lo. O artigo 301 do Código Processual Penal, prevê que qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão, prender quem se encontre em situação de flagrante delito, a doutrina faz referência a tal instituto como flagrante facultativo e flagrante obrigatório ou compulsório.

Facultativo, pois, nos casos em que o flagrante delito ocorrer por qualquer do povo, será facultado a este realizar ou não a prisão em flagrante, tendo em vista que não há obrigação legal que imponha ao cidadão o dever de prender quem seja encontrado por ele, em situação de flagrante delito. Em contrapartida, o flagrante obrigatório ou compulsório recebe essa nomenclatura pois decorre de uma obrigação legal imposta as autoridades policiais e seus agentes, estes terão o dever de agir nos casos em flagrem qualquer delito.

A despeito da modalidade de flagrante prevê o artigo 302 do Código de Processo Penal:

Artigo. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido, ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração. (BRASIL. 1941, artigo.27)

A doutrina denomina as hipóteses elencadas acima como: flagrante próprio, impróprio e presumido respectivamente. Considera-se flagrante próprio aquele em que o agente é encontrado no momento em que está cometendo a

infração penal ou logo após cometê-la (inciso I e II). Por outro lado denomina-se flagrante impróprio, o fato de agente infrator, logo após a infração, ser perseguido pela autoridade, pelo ofendido ou qualquer outra pessoa, em situação que presumasse ser ele o autor de infração (inciso III). A terceira espécie de flagrante é o presumido, quando o infrator é encontrado logo após a cometer a infração, com qualquer objeto que faça presumir-se ser ele o autor da infração (inciso IV do artigo 302 CPP).

A segunda modalidade de prisão cautelar é a prisão temporária, esta não está prevista no Código de Processo Penal, porquanto é regulada pela Lei. 7.960 de 1989. Que em seu artigo 2º estabelece que, a decisão de decretação da prisão temporária será sempre feita pelo juiz no prazo de vinte e quatro horas, após requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial, e antes de decidir pela decretação o juiz ouvirá o representante do Ministério Público. Sendo assim, não se admite a decretação de ofício pelo juiz.

Quanto aos prazos da prisão, em regra, será de no máximo cinco dias, que poderá ser prorrogado por mais cinco. Nada obstante, os prazos da prisão temporária aplicados aos crimes hediondos ou equiparados serão mais dilatados do que os de regra, terá o prazo máximo de trinta dias podendo ser prorrogado por igual período, em todos casos deve haver necessidade e autorização judicial. Decorrido esse prazo o preso será colocado imediatamente em liberdade, sem a necessidade de expedição de alvará de soltura, haja vista o prazo pré-delimitado da prisão temporária. desde que não tenha havido a conversão em prisão preventiva.

No que tange ao momento da decretação da prisão temporária, esta não poderá ocorrer durante a fase processual, mas tão somente durante a fase investigatória, isso porque ela serve como instrumento para assegurar as investigações, e não ao processo, nesse sentido Mossin (1998, p, 423) pontua:

[...] à evidência, a prisão temporária, não reúne no seu bojo nenhuma das finalidades apresentadas. Não se presta a qualquer atividade de caráter processual. Serve exclusivamente, e de forma precária, para atender a necessidades de ordem investigatória, com limitação temporal, o que tira de sua natureza jurídica possível condição de caráter cautelar.

O artigo 1º da lei 7.960 de 1989. Elenca as hipóteses de cabimento da prisão temporária, e conhece-las é de suma importância, assim dispõe o artigo supramencionado:

Artigo. 1º Caberá prisão temporária:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
 - a) homicídio doloso;
 - b) sequestro ou cárcere privado;
 - c) roubo;
 - d) extorsão;
 - e) extorsão mediante sequestro;
 - f) estupro;
 - g) atentado violento ao pudor;
 - h) rapto violento;
 - i) epidemia com resultado de morte;
 - j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte;
 - l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
 - m) genocídio, em qualquer de suas formas típicas;
 - n) tráfico de drogas;
 - o) crimes contra o sistema financeiro. (BRASIL. 1989, artigo. 1º)

O rol de crime apresentados pelo inciso III é taxativo, o que significa que apenas os integrantes deste rol comportarão prisão temporária. Em análise aos incisos do artigo retromencionado, nota-se que não faz-se necessário o preenchimento de todos os requisitos previstos no artigo, para que seja possível a decretação da prisão temporária. Basta apenas a observância aos incisos I e III, para que seja isto seja viável. Neste viés, é notável a prescindibilidade de preenchimento do inciso II.

Por fim tem-se a Prisão preventiva, que é o tema central deste trabalho, e é entendida como, uma medida cautelar de constrição da liberdade pessoal (NUCCI, 2012) que de acordo com o artigo. 311 do Código de Processo penal será cabível tanto na fase processual, quanto na fase investigatória. No entanto esta tem caráter excepcional devendo ser decretada como *ultima ratio*, ou seja, deverá ser a última opção a ser considerada. Durante a fase processual a prisão preventiva poderá ser decretada *ex officio*, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante, do assistente, ou por representação da autoridade policial no curso do procedimento investigatório.

É vedada, entretanto, a decretação de prisão preventiva *ex officio*, na fase investigatória, esse ato fere a Constituição Federal, pois tem caráter inquisitorial, e portanto, incompatível com Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o

iminente desembargador federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Tourinho Neto, relator do *Habeas Corpus*: 12599 GO 0012599-83.2012.4.01.0000. Proferiu seu voto ao julgar o *Habeas Corpus* mencionado, *verbis*:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. INVESTIGAÇÃO POLICIAL. PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO. 1. Para que a Justiça seja justa, o juiz não deve, no nosso regime democrático, decretar de ofício prisão preventiva. No nosso regime democrático, um acusa, outro defende e o terceiro julga. As funções são distintas e bem definidas. 2. Diante da Constituição Federal de 1988 não é mais possível a decretação de prisão preventiva de ofício pelo juiz. O modelo inquisitorial é incompatível com o Estado Democrático de Direito. O juiz deve ser imparcial. Daí se pretender o juiz de garantias. A posição do Magistrado deve ser *supra partes*. 3. A nova redação do artigo. 311 do Código de Processo Penal estabelece expressamente, portanto, que o juiz não tem mais legitimidade para decretar a prisão preventiva de ofício durante a investigação policial. (e-DJF1. 2012, p.920)

Diferente da prisão temporária, a prisão preventiva, no que diz respeito a prazo, não tem previsão definida em lei, ela se estenderá enquanto houver necessidade. Será regulada pela presença de seus pressupostos. Sendo assim, se seus pressupostos eventualmente desaparecerem, a prisão preventiva deverá ser revogada, porém, nada obsta uma nova decretação, caso algum dos pressupostos reapareçam. Caso a prisão preventiva se estenda no tempo de maneira desproporcional, se transformará em prisão ilegal, e, assim, merecerá relaxamento.

Em relação aos fundamentos da prisão preventiva, o Código de Processo Penal em seu artigo 312 *caput*, e seu parágrafo único, preveem que a prisão preventiva poderá ser aplicada como garantia da ordem pública ou da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou ainda para assegurar a aplicação da lei penal, desde que haja prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Em seu parágrafo único o artigo 312 CPP, ainda prevê a possibilidade de decretação de prisão preventiva nos casos de descumprimento de obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

O disposto no artigo supracitado traduz as expressões latinas *Fumus commissi delicti*³ e *Periculum libertatis*⁴, aquele significa que há fortes provas de materialidade e autoria do crime, este sugere que a liberdade do acusado, ameaça o

³ *Fumus Commissi delicti* é um brocardo latino que em outras palavras significa “fumaça da prática de um fato punível” é um pressuposto próprio do direito processual penal, e embora tenha algumas semelhanças com o *Fumus Boni Iuris* do direito processual civil, com este não se confundi.

⁴ *Periculum libertatis*, é um aforismo jurídico que basicamente quer dizer que a liberdade do acusado oferece risco a marcha processual.

regular andamento do processo e/ou das investigações (LOPES JÚNIOR, 2008), são os pressupostos da prisão preventiva, e a observância a estes pressupostos é imprescindível para que a prisão possa ser decretada.

Quanto à aplicabilidade o artigo. 313. do Código Processual Penal *caput*, seus incisos, e parágrafo único, reúne todas as hipóteses de aplicabilidade:

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

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;.

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

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Posto isto, deve-se ressaltar que não há exigência de combinação de todos os elementos, basta estar presente um elemento, para autorizar a decretação da preventiva. Outro ponto importante, é que o juiz verificando que o suspeito agiu sob qualquer condição de excludente de ilicitude, este não poderá ter sua prisão preventiva decretada.

A prisão preventiva é objeto de debate entre a doutrina, sobretudo quando fundada na garantia da ordem pública, seria constitucional ou não tal fundamento? Nesse diapasão, analisar-se-á doravante, a prisão preventiva decretada sob o pressuposto da garantia da ordem pública, à luz do princípio constitucional da presunção de inocência.

2 PRISÃO PREVENTIVA FUNDADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.

Quando o assunto é prisão preventiva, mormente quando é decretada sob o fundamento da garantia da ordem pública, não há como ignorar o embate doutrinário acerca da possibilidade, ou não, de se decretar a preventiva sob este fundamento. O debate, basicamente gira em torno do choque de direitos

fundamentais, e da (in)constitucionalidade da prisão preventiva decretada sob o argumento de garantia a ordem pública.

Como foi visto anteriormente, o Código de Processo Penal, em seu artigo. 312, preceitua que a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

E o ponto de interrogação reside justamente no primeiro pressuposto do Artigo. 312 (garantia da ordem pública). Uma vez que, a prisão preventiva se reveste de natureza puramente cautelar, e a garantia da ordem pública é comumente usada para se evitar que o indivíduo volte a delinquir, ou seja, é usada como uma forma de punir. E é exatamente aqui que as divergências surgem.

A doutrina se divide basicamente em duas correntes, uma primeira que defende a inconstitucionalidade da prisão preventiva funda na garantia da ordem pública, pois assim fazendo, a prisão não estaria tutelando o processo, e perderia seu caráter cautelar (LOPES JÚNIOR, 2012).

E uma segunda corrente preceitua que não há inconstitucionalidade, e a prisão deve servir como instrumento a favor da justiça, e havendo prova suficiente de materialidade e autoria do crime, deve-se optar pela decretação da prisão preventiva, neste caso seria uma forma de acautelar a sociedade (CAPEZ, 2007).

Posto isto, antes de uma análise mais aprofundada destas duas correntes doutrinárias, faz-se necessário entender os direitos fundamentais que entram em conflito quando a garantia da ordem pública é usada como fundamento para decretação da prisão preventiva, e buscar na Constituição Federal e nas demais normas infraconstitucionais a expressão ordem pública, tentando compreender de que forma ela é interpretada e aplicada, e se é utilizada com o mesmo sentido no Artigo.312 do Código de Processo Penal.

2.1 Presunção de inocência e o direito à segurança garantido a todos.

Quando a prisão preventiva é decretada sob o argumento de garantir a ordem pública, ou então, deixa de ser aplicada pelo julgador, por entender que este argumento não goza de idoneidade para fins de decretação de prisão, dois direitos fundamentais entram em conflito, o direito à segurança assegurado a todos, e o

direito à presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Mas antes de entender o motivo destes dois direitos entrarem em conflito, faz-se necessário entender o que é, e onde se encontra positivado tais direitos.

O princípio da presunção de inocência é um direito fundamental que se encontra inserido na Carta Política Brasileira (1988) em seu artigo. 5º inciso LVII, e dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, e consagra-se como um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, sendo uma garantia processual penal, e visa amparar a liberdade pessoal. Este princípio teve sua gênese com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que se originou a partir da Revolução Francesa, que em seu Artigo 9º dispõe:

Artigo. 9º Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Tal disposição foi reafirmada na Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, que em seu artigo 11, que preceitua:

Artigo. 11º Toda pessoa acusada de um delito tem o direito a que se lhe presuma inocente, até que se demonstre a culpabilidade segundo a lei e em um juízo público em que terá todas as garantias necessárias para a sua defesa.

No Brasil este princípio só foi positivado com a edição de 1988 da Magna Carta, embora em momentos anteriores, na prática jurídica, já se pudesse notar a presença deste princípio de forma implícita. Mas de fato, só com a sua positivação na Constituição Federal de 1988 foi que se tornou efetivo, sobretudo por integrar o rol de direitos e garantias fundamentais. O princípio da presunção de inocência foi concebido expressamente em uma forma negativa, tendo em vista que a Constituição não afirma que o indivíduo será considerado presumidamente inocente, mas sim que ele não será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Diante disso, surgiram divergências na doutrina, com relação ao alcance semântico do dito princípio, o argumento utilizado é que o conceito de presunção de inocência não deve ser confundido com conceito de não-culpabilidade, porquanto

terem significados diversos. Todavia, na prática judiciária as expressões são usadas indistintamente, como se sinônimos fossem.

Mas a respeito desta divergência não se entrará no mérito, sendo um assunto a ser discutido em outro momento. O que de fato importa, é saber que este princípio foi concebido como uma forma de limitar o poder do Estado, evitando abusos, tutelando assim a liberdade dos indivíduos.

Lado outro, temos o direito fundamental à segurança, que pode ser verificado no também no *Caput* do artigo. 5º da Constituição Federal de 1988, que diz:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à propriedade, nos termos seguintes: (grifo nosso)

Depreende-se então que a Carta Política garante a inviolabilidade do direito à segurança, sendo dever do Estado garantir a segurança pública, de forma integral, protegendo a integridade física dos cidadãos, e os bens a estes pertencentes. A respeito da segurança pública discorre de maneira sucinta e objetiva Moraes (2010, p.812):

A Constituição Federal preceitua que a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da **ordem pública** e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, sem contudo reprimir-se abusiva e inconstitucionalmente a livre manifestação do pensamento. (grifo nosso)

O trecho citado por é a literalidade do artigo.144 da Constituição Federal, que trata da segurança pública como dever do Estado, a ser realizada pelos órgãos definidos nos incisos do Artigo. 144. Conclui-se portanto, que assim como o principio da presunção de inocência, o direito à segurança é um direito fundamental, e assim sendo, resta saber qual deles prevalece em detrimento do outro quando entram em conflito. E por fim, insta salientar que na citação supra de Moraes nota-se que a expressão ordem pública é utilizada, e por este motivo faz-se necessário entender o que é ordem pública, e de que maneira esta expressão é interpretada.

2.2. Ordem pública no código de processo penal.

A expressão ordem pública no Código de Processo Penal pode ser encontrada em alguns artigos, todavia, foi no artigo 312 do CPP – que trata da prisão preventiva – que ela tornou-se razão de grande debate no meio acadêmico. O legislador de 1941 ao apor a expressão ordem pública no Código Adjetivo Penal, não se deu o trabalho de definir o que de fato é ordem pública, tornando-a desse modo, uma expressão aberta, passível de várias interpretações. Desta forma, alguns autores tentam conceituar ordem pública. Neste sentido Távora (2012, p. 581) discorre acerca do significado desta expressão:

A ordem pública é expressão de tranquilidade e paz no seio social. Em havendo risco demonstrado de que o infrator, se solto permanecer, continuará delinquindo, é sinal de que a prisão cautelar se faz necessária, pois não se pode esperar o trânsito em julgado da sentença condenatória. É necessário que se comprove este risco. As expressões usuais, porém evasivas, sem nenhuma demonstração probatória, de que o indivíduo é um criminoso contumaz, possuidor de uma personalidade voltada para o crime etc., não se prestam, sem verificação, a autorizar o encarceramento.

Nesta mesma esteira, Pacheco (2016) discorre que “ordem pública é o estado de paz e de ausência de crimes na sociedade”, por sua vez, Tourinho Filho (2013, p.554) alerta para os perigos da vaguidade desta expressão aduzindo que:

Ordem pública, enfim, é a paz, a tranquilidade no meio social. Várias situações podem traduzi-la, tamanha a vaguidade da expressão. Perigosidade do réu, crime perverso, insensibilidade moral, os espalhafatos da mídia, reiteradas divulgações pelo rádio ou televisão, tudo, absolutamente tudo, ajusta-se àquela expressão genérica “ordem pública”

Outros defendem que o artigo 282 inciso I do Código de Processo Penal legitima a prisão preventiva com fundamento da ordem pública, e de lá extrai-se o conceito para este fundamento, visto que o artigo supramencionado em seu inciso I dispõe que as medidas cautelares deverão ser aplicadas observando-se: “a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.” BRASIL (2011, artigo.282).

À vista disso, nota-se que a ordem pública é corriqueiramente usada como sinônimo de tranquilidade social ante a ausência de crimes, todavia, pode ser interpretada de muitas outras formas, e justamente por este motivo é alvo de tantas críticas, pois fica ao livre arbítrio interpretativo de quem a aplica, Lopes Jr. (2012. p. 854-855) acerca disto pontua:

A garantia da ordem pública, por ser um conceito vago, indeterminado, presta-se a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante. [...] Não sem razão, por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer.

Nesse diapasão, é praticamente uníssono o entendimento de que não há uma definição concreta para a expressão “ordem pública”, fato pelo qual, foi inclusive cogitada sua retirada do artigo.312 Código de Processo Penal no Projeto de Lei nº 4.208/2001, porém a câmara dos deputados optou por manter a expressão no artigo supramencionado. E mesmo na grande reforma do Código de Processo Penal ocorrida em 2011 pela Lei 12.403, que trouxe importantes mudanças no que diz respeito às medidas cautelares pessoais, o termo “ordem pública”, manteve-se intacto.

2.3 Inconstitucionalidade da ordem pública como fundamento da prisão preventiva – divergências doutrinárias.

Após o breve exame realizado nos tópicos anteriores, a fim de descobrir o que se entende por ordem pública, e uma sintética observação a respeito dos direitos fundamentais que entram em conflito quando o assunto é prisão preventiva para garantia da ordem pública, passa-se à análise das correntes doutrinárias que divergem acerca da constitucionalidade deste pressuposto.

A doutrina basicamente se divide em dois lados, de um lado os defensores da tese de que a prisão preventiva deve servir apenas como instrumento ao processo, e opondo-se a esta tese os doutrinadores que entendem que com base no postulado da proporcionalidade, deve prevalecer o direito de todos à segurança, sacrificando-se, destarte, o estado de inocência do imputado e o seu direito de liberdade, tendo como respaldo a função objetiva dos direitos fundamentais.

Como visto anteriormente, a prisão preventiva é uma prisão cautelar por excelência, ou seja, ela não tem a finalidade de infligir uma pena ao imputado, e como a própria terminologia sugere, ela serve apenas como forma de acautelar-se o processo, caso assim não o faça, funcionaria como uma forma de antecipação da pena, haja vista ser assegurado a todos o direito fundamental de ser presumido inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Todavia, a parte da doutrina que milita em favor da prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública, entende que a depender do caso em concreto não seria conveniente aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para segregar-se o imputado, nessa sintonia Capez (2004, pág.243) adverte:

[...] a brutalidade do delito provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, de tal forma que, havendo *fumus boni iuris*, não convém aguardar-se até o trânsito em julgado para só então prender o indivíduo.

Gomes Filho (2009, pág.67) neste mesmo sentido leciona:

[...] à ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, 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; ou, ainda, a prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitar novos crimes.

Nota-se, portanto, que a prisão preventiva para garantir a ordem pública, para estes autores funciona como uma espécie de medida que acautela a sociedade, e é usada principalmente com a finalidade de se evitar reiterações criminosas, sempre que se verificar a periculosidade do agente. Sarlet (2012) pondera que a sociedade não pode ficar a mercê de indivíduos inveterados na vida do crime, pois o direito individual de liberdade deve ser exercido de forma adequada e em conformidade com a coletividade, sem abusos, sob pena de ter seu direito reprimido pelo Estado.

Segundo este autor tal ação teria total respaldo na Supremacia do Interesse Público, e encontrariam guarida na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais de acordo com os ensinamentos de Canotilho (1998) basicamente significa que os direitos fundamentais objetivos podem limitar o exercício dos direitos subjetivos individuais, na medida em que exprimem valores objetivos fundamentais da sociedade, e seria com respaldo exatamente nesta perspectiva que o Estado agiria.

Lado outro, fazendo contraponto a este entendimento, uma outra parte da doutrina entende que a ordem pública como fundamento da prisão preventiva, seria

uma verdadeira antecipação da pena, visto que se cerceia a liberdade do indivíduo para evitar que este possa cometer crimes.

Nesta concepção Lopes Jr. (2012) diz que a prisão preventiva sob o fundamento da garantia da ordem pública não pode servir de instrumento para a proteção da sociedade, mas sim do processo. Para ele, isso seria uma forma de antecipação da pena, pois se reveste de caráter de prevenção geral. Este autor defende que em se tratando de matéria processual penal é imprescindível a observância a estrita legalidade e taxatividade. Para ele é inadmissível que se faça uma interpretação extensiva *in malam partem*, que faça uma ampliação do conceito de cautelaridade até o ponto de transformar este conceito em uma medida de segurança pública, e diga-se de passagem, não cabe ao processo penal garantir a segurança pública.

Coadunando-se com este entendimento Tourinho Filho (2005, p.507-508) leciona:

[...] a garantia da ordem pública é utilizada por conveniência da sociedade ou visando a critérios utilitários, concluindo que a prisão preventiva com esse fundamento tem finalidade extraprocessual, o que a transforma em um instrumento de segurança pública que serve para combater a criminalidade, antecipando um juízo de culpabilidade.

Outro ponto criticado é que “garantia da ordem pública” seria usualmente aplicada como uma espécie de “coringa” pelos magistrados, que diante da dificuldade de se definir um conceito exato para o dito pressuposto, o utiliza para suprir a falta de fundamentação legal, é o que Rosa (2016, p.26) denomina de anemia semântica:

[...] a legislação utiliza-se de termos claramente ‘vagos’ e ‘ambíguos’ para acomodar matreiramente em seu universo semântico qualquer um, articulando-se singelos requisitos retóricos valendo, por todos, a anemia semântica do art.3122 do CPP: ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal, assegurar a aplicação da lei penal. De fato, àquele que conhece um pouquinho da estrutura linguística pode construir artificialmente tais pseudo requisitos, cuja falsificação – pressuposto –, diante da contenção, será inverificável. Em outras palavras, se deferida a prisão, os argumentos se desfazem. Afinal, o acusado estará preso e não se poderão verificar os ditos motivos da prisão.

O princípio da legalidade e o princípio da reserva legal proíbe o legislador criar tipos penais com expressões abertas, vagas e imprecisas, ele deve taxativamente prever com a maior clareza possível quais condutas não devem ser praticadas, nada obstante tais princípios estarem diretamente ligados ao direito

material como forma de limitação na criação de normas penais incriminadoras, a crítica feita à criação de expressões imprecisas e subjetivas se aplica perfeitamente no campo do direito processual.

Diante desta imprecisão semântica, Lopes Jr. (2012) pontua que a ordem pública é constantemente aplicada como sinônimo de “clamor público” ante crimes que geram abalo na sociedade, e a despeito disto o Supremo Tribunal Federal no RHC nº 123871 decidiu:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA NO STJ POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. SUBSTITUTIVO DE RECURSO CONSTITUCIONAL. TRÁFICO DE DROGAS. **PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MOTIVAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA.** 1. O Superior Tribunal de Justiça observou os precedentes da Primeira Turma desta Suprema Corte que não vem admitindo a utilização de habeas corpus em substituição a recurso constitucional. **2. Inobstante a gravidade dos delitos imputados ao Recorrente, o decreto prisional foi motivado de forma genérica e abstrata, sem elementos concretos, amparados em base empírica idônea, quanto aos fundamentos da prisão preventiva.** 3. **A jurisprudência desta Corte Suprema reputa inidônea a fundamentação de prisão preventiva lastreada em circunstâncias genéricas e pessoais. Precedentes.** 4. Substituição da prisão preventiva por medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a serem fixadas pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 5. Recurso ordinário em habeas corpus provido, para que o Recorrente seja colocado em liberdade, salvo se por outro motivo tiver que permanecer preso, com a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal. (grifo nosso)

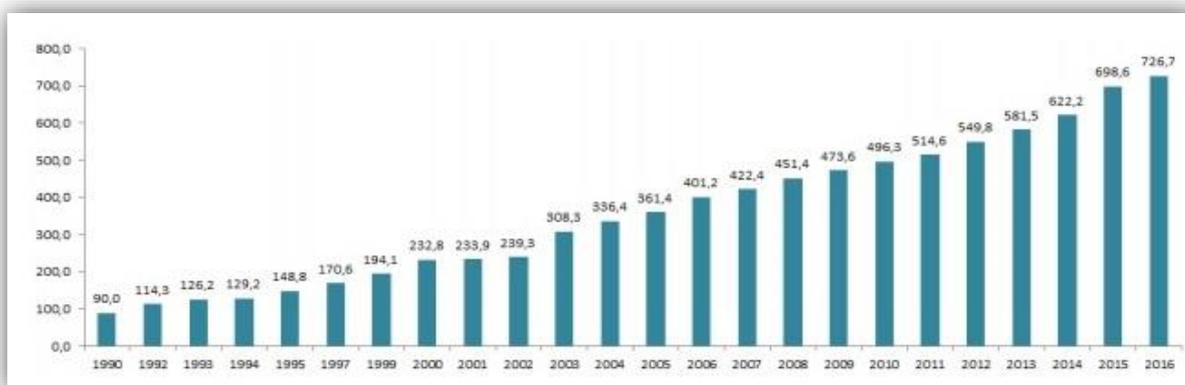
Muito embora a Suprema Corte já tenha se posicionado quanto ao tema aqui tratado, a prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública é usualmente decretada para asseverar a existência do *periculum libertatis*, pela maioria dos magistrados. Todavia não se pode confundir a prisão cautelar com a prisão pena, como, devendo àquela, se pautar apenas em tutelar o processo, e nesse viés a prisão preventiva poderá ser decretada apenas baseada em fundamentos que de fato guardem pertinência com o processo, como por exemplo, quando houver risco de fuga do imputado, ou quando este atrapalhar a colheita de provas, prejudicando assim o resultado útil do processo.

Adiante, tratar-se-á no próximo tópico da banalização da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública e de que formar isso contribui para o aumento da população carcerária e a superlotação dos presídios Brasileiros, fazendo uma análise do perfil dos presos provisórios.

3. BANALIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA: REFLEXOS NO AUMENTO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA E PERFIL DOS PRESÍDIARIOS.

Os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), com sua última atualização em Junho de 2016 demonstram que o Brasil possui a 3ª maior população carcerária do mundo com 726.712 presos. De acordo com esse levantamento, em um período de 10 anos, 2006 á 2016, a população carcerária Brasileira quase dobrou, chegando aos números que o colocaram em terceiro lugar na lista dos países com maior população carcerária do mundo, ultrapassando inclusive a Rússia, maior país em extensão do planeta, ficando atrás apenas dos Estados Unidos que é o primeiro da lista e China que ocupa o segundo lugar. O gráfico abaixo mostra o gradativo crescimento da população carcerária brasileira do ano de 1990 ao ano de 2016:

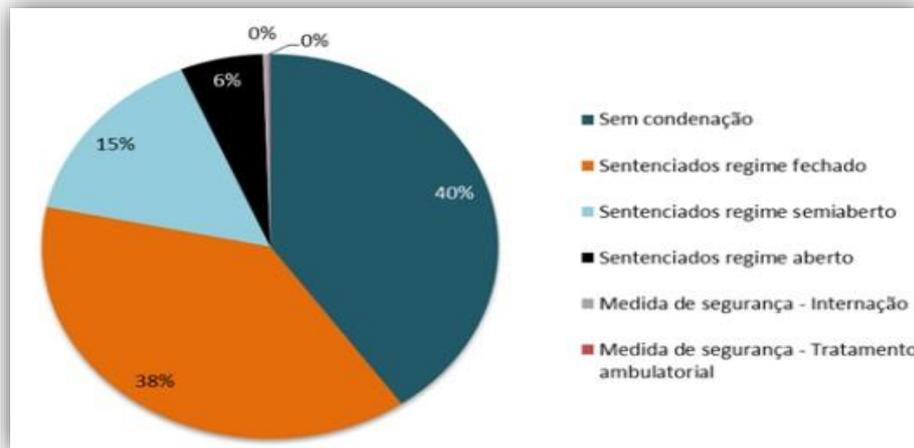
GRÁFICO I: POPULAÇÃO CARCERÁRIA DE 1990 À 2016



Fonte: Ministério da Justiça. A partir de 2005, dados do INFOPEN. (2016, p.9)

Dentre o total de pessoas privadas de liberdade, os dados mais recentes do INFOPEN, mostram que 40% dessas pessoas estão presas provisoriamente, ou seja, sem uma condenação penal transitada em julgado. E uma pesquisa realizada em parceria, pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) aponta que em 37,2% dos casos de prisões provisórias os presos não são condenados ao final do processo, ou são aplicadas penas menores do que o período em que ficou encarcerado provisoriamente (IPEA, 2015). O gráfico a seguir mostra a porcentagem de pessoas presas sem condenação em Junho de 2016, data da ultima atualização e divulgação dos dados:

GRÁFICO II: PRESIDÁRIOS POR REGIME DE PRISÃO



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. INFOPEN (2016, p,13)

É cediço que a prisão cautelar é medida excepcional, conforme inteligência do artigo. 282 §4º e §6º do Código de Processo Penal, que respectivamente informam que a prisão preventiva só será cabível quando não for possível a sua substituição por outra medida cautelar, e quando decretada medida cautelar diversa da prisão mesmo esta sendo descumprida, o juiz deverá *a priori* substituir ou impor outra medida cautelar em cumulação com a primeira, e só em ultimo caso deverá decretar a prisão preventiva. Contudo, na prática a prisão preventiva parece ser a regra e não a exceção, sobretudo a decretada sob o fundamento da garantia da ordem pública, que segundo Lopes Jr (2014) é sem dúvida o fundamento mais invocado pelos magistrados que parecem ser seduzidos a invoca-lo a fim de afirmar a existência do *periculum libertatis*.

Nesse sentido, o magistrado ao preferir a prisão preventiva sobrecarrega ainda mais o sistema penitenciário que já sofre com a superlotação, onde de acordo com os dados do INFOPEN a taxa de ocupação chega a 197,4%. Este fato aliado ao déficit de agentes carcerários, e as condições insalubres e precárias da maioria dos presídios Brasileiros, serve como estopim para rebeliões como a que ocorreu em 2017 na Penitenciária de Alcaçuz no Rio Grande do Norte, e o massacre em Manaus-AM onde em uma semana uma série de rebeliões nos presídios da cidade deixaram 67 mortos.

Diante disto, surge a pergunta: será que prender é a melhor saída para resolver o problema da criminalidade? Provavelmente não. Pois como dito

anteriormente o Brasil é o país com a terceira maior população carcerária do mundo – e ainda assim é popularmente chamado de “País da impunidade” – todavia mesmo com tantos presos a criminalidade não recua, pelo contrário, tem aumentado ano após ano.

Isso não quer dizer que não se deva punir os infratores de normas penais, nem soltar a esmo os que se encontram presos, quer dizer que deve-se ter cautela e buscar meios mais inteligente para solucionar os conflitos sociais, aplicar medidas cautelares diversas da prisão por exemplo para infratores primários que não sejam envolvidos com organizações criminosas, e que em tese não apresentem periculosidade elevada para a sociedade.

Portanto, nota-se que há uma banalização da prisão preventiva, e a ordem pública por ser um fundamento com conceito tão aberto, abre um leque gigantesco de possibilidades para que esta seja decretada inadvertidamente, nota-se que de nada adiantou a tentativa do legislador em democratizar o Processo Penal ao criar a Lei nº 12.403/2011, pois na prática o que se presencia é o uso da prisão preventiva de forma inadequada e indevida, e acerca disto Lima (2012, p. 89) discorre:

Infelizmente, não é isso o que se vê no dia a dia forense, em que há uma massificação das prisões cautelares, a despeito do elevado custo que representam. Como bem ressaltam Aury Lopes Jr. e Gustavo Henrique Badaró, infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de eficiência do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser excepcional torna-se instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares, quadro esse agravado pela duração excessiva.

Nesse prisma, percebe-se que o Poder Judiciário sofre grande influência do clamor social e da opinião pública, ou melhor, opinião publicada (LOPES JR. 2013). Pois na maioria das vezes a opinião pública é influenciada pela mídia, que exageram em notícias sobre crimes, emitindo opiniões sobre questões jurídicas das quais não têm o mínimo conhecimento, inflamando a sociedade a cobrar do Poder Judiciário ações imediatas, que se curva diante do apelo midiático e do clamor público, que assim fazendo, atropela a legislação e a própria Constituição Federal, a

fim de resguardar a credibilidade do Poder Judiciário em detrimento das garantias do Estado Democrático de direito.

Nesse sentido Greco (2011) pontua que a mídia nos dias hodiernos possui grande influência e poderia ser considerada como um quarto Poder, posicionando-se junto ao Executivo o Legislativo e o Judiciário, haja vista que criminosos são condenados ou absolvidos, presidentes são destituídos ou eleitos de acordo com o que é divulgado e defendido pela mídia, que funciona como uma verdadeira massa de manobra.

Diante do crescimento desenfreado da população causado em parte pelo excesso de prisões provisórias, decretadas de forma inadvertida, e o estado deplorável e desumano que se encontram a grande maioria dos presídios brasileiros, o Supremo Tribunal Federal na ADPF 347 reconheceu o estado de coisa inconstitucional do atual cenário do sistema penitenciário nacional. Todavia, não é suficiente que apenas se reconheça o estado de coisa inconstitucional, é necessário agir, no sentido de elaborar políticas públicas a fim de reverter este quadro.

Da forma em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro as chances de ressocialização do preso – prevenção especial da pena – são praticamente nulas, pois diante nas condições atuais, os presídios funcionam muito mais como uma espécie de “faculdade do crime”. A verdade é que a hodierna política de execuções penais tem se mostrado demasiadamente onerosa, além de trazer resultados catastróficos, tanto em relação a ressocialização dos presos, como em relação a reincidência.

3.1. Perfil da população carcerária brasileira.

Como dito anteriormente, a prisão preventiva parece ter deixado de ser medida excepcional e se tornado a regra, motivo que contribui para o encarceramento em massa, todavia, nota-se – ainda de acordo com os dados do Infopen – que a grande maioria dos presidiários são negros, números que ultrapassam os 60% da população total de presos, como nota-se no gráfico a seguir:

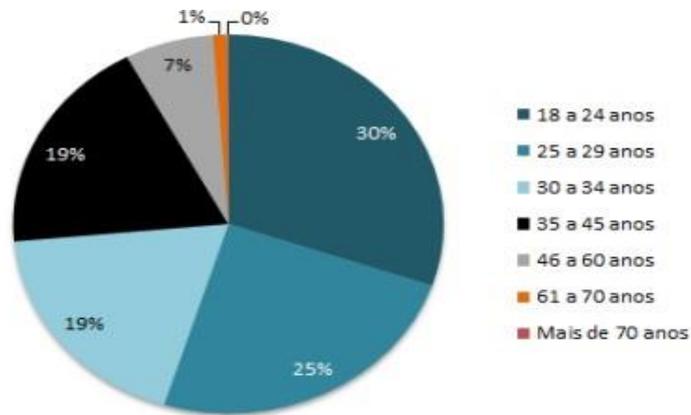
GRÁFICO III: POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA EM JUNHO DE 2016.



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

O gráfico seguinte representa a porcentagem da população carcerária brasileira por faixa etária:

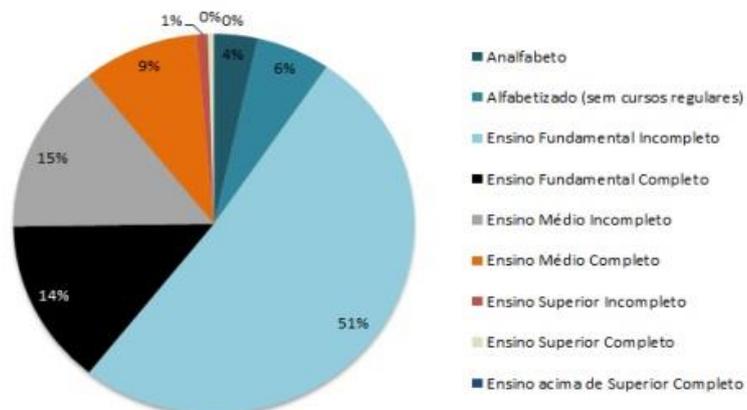
GRAFICO IV: FAIXA ETÁRIA DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA.



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

A seguir pode-se notar que a porcentagem de presidiários que não possuem ao menos o ensino fundamental completo corresponde á parcela de 60%.

GRÁFICO III: ESCOLARIDADE DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA.



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

Desse modo, depreende-se que a possibilidade de ser preso no Brasil está diretamente ligada a raça/cor, classe social, nível de escolaridade e faixa etária. Esse fato pode ser atribuído a diferença de tratamento entre ricos e pobres perante a justiça brasileira. Mesmo sendo garantindo assistência judiciária a todos, é cediço que as defensorias públicas do país sofrem com a falta de estrutura e com falta de pessoal, fato que faz com estas fiquem saturadas com a quantidade de processos, que por consequência – e isso é evidente – impossibilitam os defensores se dedicarem a uma ação penal até a última instância, da mesma forma que fazem os advogados contratados por doleiros, e políticos envolvidos em esquemas de corrupção por exemplo, que recebem “rios de dinheiro” para se dedicarem exclusivamente aos processos que aqueles respondem.

Assim, pode-se dizer que um traficante – “aviãozinho” – portando 5 gramas de qualquer droga ilícita, preso em flagrante, onde as provas se dão única e exclusivamente pelos objetos apresentados e pelo relato da polícia que realizou o flagrante, sem nenhuma outra testemunha, este muito provavelmente terá sua prisão em flagrante convertida em preventiva.

Enquanto políticos denunciados por corrupção, lavagem de dinheiro, dentre outros crimes graves, embolsam dezenas de milhões de reais, ostentam bens incompatíveis com seus subsídios, o judiciário possui provas suficientes de materialidade e autoria do crime, e mesmo assim estes raramente são presos preventivamente, ou sequer são presos, devido as manobras de advogados que agravam, interpõem e opõem respectivamente e sucessivamente recursos e embargos, que muitas vezes conduzem o processo a prescrição penal.

Vale ressaltar que os famigerados crimes do colarinho branco são os responsáveis pelo caos que se instalou em todas as áreas públicas do Estado, e estão diretamente ligados a miséria e a situação aviltante que o país se encontra, todavia, quem abarrota os presídios são os jovens pobres, negros e vítimas do descaso do Estado com a educação no país.

Tomando como base a criminologia, a teoria da anomia de Durkheim (1991) que se desenvolveu com Merthson, explica bem a realidade brasileira acerca da criminalidade e da criminalização, sinteticamente diz que o desligamento da sociedade e passagem para a violência de um indivíduo, se dá pelo pela pressão da sociedade pelo consumo e prosperidade econômica, sem contudo, ser oferecido a este indivíduo meios para isso.

Sendo assim, quando um país forma consumidores e não cidadãos, o indivíduo que almejar padrão econômico superior e não encontrar referência nas instituições do Estado, e não reconhecer a educação – negligenciada pelo Estado – como meio de transpassar as barreiras que a vida em sociedade lhe apresenta, este indivíduo terá uma porcentagem grande de partir para a criminalidade como meio de alcançar o que almeja.

Conclui-se então que um equilíbrio se estabelece numa sociedade quando o contrato social consolida, e todos os membros da sociedade se sentem parte dela, quando há uma paridade de direitos e oportunidades entre todos, e quando o princípio da intervenção mínima do Estado é de fato colocado em prática, onde o direito penal é aplicado quando pertinente, sendo mínimo, e última alternativa. Cabe ao Estado instituidor da Lei a consciência disto, e a implementação de políticas públicas, a fim de criar um sistema criminal mais racional.

CONCLUSÃO

Levando em conta o que foi observado, nota-se que a decretação da prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública, aplicada como meio de se evitar novos delitos durante o processo, muito embora seja legítima, viola direitos fundamentais como a Presunção de Inocência, pois funciona como verdadeira antecipação da pena, descaracterizando a prisão preventiva que, deve ter como única e exclusiva finalidade a tutela do processo penal.

Não obstante, o fundamento da garantia da ordem pública por possuir uma vasta possibilidade de aplicação em virtude de sua vagueza, funciona como uma “carta coringa” aos magistrados, pois quando não há outro fundamento legítimo a ensejar a aplicação da prisão, é àquele que se socorrem. É imprescindível ao Processo Penal a estrita observância ao princípio da legalidade, haja vista que ficar ao livre alvedrio interpretativo de juízes, é afrontar o Estado Democrático de Direito, e um retrocesso ao sistema inquisitorial.

Os dados aqui apresentados mostram que o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, e 40% dos presidiários não possuem condenação, dessa forma, a utilização da prisão preventiva de forma banalizada, contribui de forma direta para a superlotação de presídios, os quais se encontram em condições

sub-humanas, e conseqüentemente se torna o estopim para as rebeliões, onde dezenas de pessoas são mortas.

Conclui-se desta forma, que mesmo depois de tantas reformas no Código de Processo Penal, o atual legislador ao optar por manter a ordem pública como fundamento da prisão preventiva, tacitamente reconhece a incapacidade do Estado como um todo, em combater a criminalidade. Insuficiência do poder legislativo na criação de leis que não demonstram poder de dissuadir a prática de novos delitos. Insuficiência do Estado quando desempenha a função administrativa na patrulha ostensiva a fim de se coibir a criminalidade. E insuficiência do próprio poder judiciário devido a morosidade no julgamento de processos, que aos montes abarrotam e sobrecarregam os fóruns e tribunais.

O que se depreende de tudo isso é que este problema transcende para além do direito, pois com ele não se coaduna, este revés deve ser tratado pelo Estado com políticas públicas eficientes, a fim de se assegurar a segurança pública. Tal como está, a prisão preventiva fundada na ordem pública é incompatível com o Estado Democrático de Direito, e se mostra uma verdadeira teratologia jurídica. Ante a falência do sistema penal, nota-se que a aplicação de tal medida, implica em uma prevenção especial negativa, e isso é facilmente perceptível, pois o sistema penitenciário Brasileiro tal como se encontra, é incapaz de ressocializar qualquer pessoa, muito pelo contrário a superlotação de penitenciárias favorece ainda mais a criminalidade.

Muito embora seja cediço a inexistência de direitos absolutos no ordenamento jurídico brasileiro, é evidente que suprimir direitos individuais subjetivos – Presunção de Inocência – em favor de direitos objetivos coletivos – Direito a Segurança – não mostra eficácia no sentido de reduzir a criminalidade e a reincidência.

Sendo assim, atropelar a Constituição e os direitos fundamentais com o objetivo de prender para satisfazer um falso sentimento de segurança, não se mostra eficiente, a banalização da prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública causa a ilusão de que ao se prender, o problema está sendo resolvido, mas não é bem assim. O julgador deve ter em mente que independente do crime que ocorra, a única coisa que deve ser aplicada é o direito, deve-se separar racionalidade e emoção, sob pena de se viver regulado por esta e não por àquela.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Republica Federativa do. **Decreto Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941.**
Código de Processo Penal.

BRASIL, Republica Federativa do. **Lei 12.403, de 04 de maio de 2011.**

BRASIL, Republica Federativa do. **Lei 7960, de 21 de dezembro de 1989.**

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da**

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal. 11 ed. rev. e atual.** São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal. 14ª edição.** São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

Constituição. 2ª. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

FRANCESIA, Republica. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.** Artigo 9.

FRANCESIA, Republica. **Declaração Universal dos Direitos humanos de 1948.** Artigo 11.

DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN),** Brasília 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf. Acesso em: 21/10/2018.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e prisão cautelar.** São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal . 13 .ed.** Rio De Janeiro: Impetus, 2011.

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas. Relatório de Pesquisa.** Rio de Janeiro 2015. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf. Acesso em: 22/10/2018.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal. 11ª ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal. Vol. 1. 2ª ed.** Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal. Volume único. 5ª ed.** Salvador: JusPodivm, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática.** Niterói, RJ: Editora Impetus, 2012.

LOPES JR, Aury. **Prisões Cautelares. 4ª ed.** São Paulo. Saraiva. 2013.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade com a Constituição. 3ª edição.** Editora Lúmen Júris, 2008.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal. 12ª ed.** São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal. 9ª. ed.** rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2012.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal. 2ª edição:** Millennium, 2000.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais.** São Paulo: Método, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional. 25 ed.** São Paulo: Atlas, 2010.

MOSSIN, Heráclito Antonio. **Curso de Processo Penal. Vol. 2.** São Paulo: Atlas, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado. 11ª ed.** São Paulo: RT, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: de acordo com a Lei 12.403/2011. 3ª ed.** São Paulo. Revista dos Tribunais. 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal. 11ª ed.** Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2009.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito Processual Penal. 4ª ed.** Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal. 19ª ed.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 6 de fevereiro de 2015, Conjur. **Crise de identidade da "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva**
Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-crise-identidade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva>. Acesso em 25/09/2018.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos. 3ª ed.** Florianópolis: Empório do Direito, 2016

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11ª Edição,** revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

STF- RHC 123871. Relatora. Ministra Rosa Weber. 10/02/2015. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25363417/recurso-ordinario-em-habeas-corporus-rhc-123871-sp-stf?ref=juris-tabs>.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal. 7ª ed.** Salvador: Editora JusPodvim, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal. 35ª ed.** São Paulo: Saraiva, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal. vol 3. 27 ed.** São Paulo, Saraiva, 2005.

TRF-1- HC: 12599 GO 0012599-83.2012.4.01.0000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 02/04/2012, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.920 de 13/04/2012. Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21613030/habeas-corporus-hc-12599-go-0012599-8320124010000-trf1>. Acesso em: 17/10/2018.