



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO**

**BRUNO FERRAZ DE AGUIAR**

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA GARANTIA DA  
ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO PARA A  
PRISÃO PREVENTIVA E A VIOLAÇÃO À PRESUNÇÃO  
DE INOCÊNCIA SOB O PRISMA DO PROCESSO PENAL  
DO INIMIGO**

SALVADOR

2017

**BRUNO FERRAZ DE AGUIAR**

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA GARANTIA DA  
ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO PARA A  
PRISÃO PREVENTIVA E A VIOLAÇÃO À PRESUNÇÃO  
DE INOCÊNCIA SOB O PRISMA DO PROCESSO PENAL  
DO INIMIGO**

Monografia apresentada na Faculdade  
Baiana de Direito, como requisito para  
obtenção do título de Pós-graduação.

SALVADOR

2017

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a DEUS, por me ajudar todos os dias a trilhar meus caminhos da melhor forma.

A minha família, sem a qual hoje eu não estaria alcançando meus objetivos.

Aos meus mestres por todo suporte prestado, por todo conhecimento transmitido, contribuindo significativamente para o resultado do presente trabalho.

Aos meus grandes amigos, que sempre estiveram presentes e que, direta ou indiretamente, influenciaram em que sou hoje.

A todos, meus sinceros, agradecimentos.

## RESUMO

Esse trabalho tem como escopo a elaboração de uma breve análise sobre a teoria das medidas cautelares penais, sobretudo aquelas de caráter pessoal. Tratando das espécies de medidas cautelares presentes no ordenamento jurídico brasileiro, com enfoque nas prisões preventivas, principalmente após o advento da Lei 12.403/11. Discute-se ainda a constitucionalidade da garantia da ordem pública como fundamento para as prisões preventivas. Após, trabalha-se com o direito processual do inimigo, com a finalidade de compreender como ele se relaciona com a garantia da ordem pública. Noutro vértice é abordado um viés constitucional do processo penal, enquanto instrumento de concretização de garantias fundamentais, voltado mais especificamente para o princípio da presunção de inocência. E por fim, será feita uma abordagem ampla relacionando todos esses institutos, para que se avalie a constitucionalidade da garantia da ordem pública como fundamento para a prisão preventiva.

**Palavras-chave:** Prisão Preventiva; Garantia da ordem pública; Processo Penal do Inimigo; Presunção de Inocência; Direitos e garantias fundamentais.

## SÚMARIO

### 1.INTRODUÇÃO

09

### 2. PRISÃO CAUTELAR: CONTORNOS E FUNDAMENTOS

13

#### 2.1 PRISÃO CAUTELAR E PENA: DISTINÇÕES

22

#### 2.2 MODALIDADE DE PRISÕES CAUTELARES 28

##### 2.2.1. Prisão em Flagrante

28

##### 2.2.2. Prisão Temporária

34

##### 2.2.3. Prisão Domiciliar

37

##### 2.2.4. A Prisão Preventiva no Estado Democrático de Direito

39

###### 2.2.4.1. Breve Recorte Acerca das Origens Históricas da Prisão Preventiva

40

###### 2.2.4.2. Conceito e Pressupostos

42

###### 2.2.4.3. Requisitos para a decretação

47

###### 2.2.4.3.1. Garantia da Ordem Econômica

47

###### 2.2.4.3.2. Conveniência da Instrução Criminal

49

###### 2.2.4.3.3. Assegurar a aplicação da lei penal

50

2.3. PANORAMA GERAL DAS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI Nº. 12.403/2011 E SUAS IMPLICAÇÕES	
51	
<b>3. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA</b>	<b>53</b>
3.1. CONTORNOS TEÓRICOS E PRÁTICOS	55
3.2. A HERMENÊUTICA DO JULGADOR: A CONSCIÊNCIA, A PRÉ-COMPREENSÃO E A INFLUÊNCIA MIDIÁTICA COMO INSTRUMENTOS (I)MATERIAIS DA COMPREENSÃO DO MAGISTRADO ACERCA DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA	59
3.3 A FUTUROLOGIA PERIGOSISTA EXACERBADA E A PSEUDO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA	62
3.4. A (IN)ADEQUAÇÃO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA EMPREGADA ENQUANTO FUNDAMENTO PARA MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR	65
3.5. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DAS JUSTIFICATIVAS EMPREGADAS PARA A UTILIZAÇÃO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA	68
3.6. BREVÍSSIMA ANÁLISE ACERCA DOS ARGUMENTOS DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO FUNDAMENTO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA	76
<b>4. SOCIEDADE CRIMINÓGENA: A PERSECUÇÃO CRIMINAL ESTATAL AO INIMIGO</b>	<b>78</b>
4.1. AS FUNÇÕES DO DIREITO PENAL E OS FINS DA PENA	79
4.2.DIREITO PENAL DO INIMIGO	81

4.3. A CRISE DO GARANTISMO PENAL E A ASCENÇÃO DO DIREITO  
PENAL DO INIMIGO

85

4.4. O DIREITO PENAL DO FATO X DIREITO PENAL DO AUTOR

87

4.5. O PROCESSO PENAL DO INIMIGO

90

4.5.1. Contornos e Características

92

4.5.2 O Processo Penal Como Instrumento de Opressão ao “Inimigo”: A Quem  
Interessa?

94

4.6 O MODELO ADOTADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO:  
PARADOXOS

96

**5. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**  
**99**

5.1 BASES INSTRUMENTAIS

100

5.2. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA ENQUANTO UM DIREITO  
FUNDAMENTAL

**103**

5.3 TUTELA INTERNACIONAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE  
INOCÊNCIA

105

5.4. PRINCÍPIOS DECORRENTES E RELACIONADOS À PRESUNÇÃO DE  
INOCÊNCIA

106

5.5.A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

108

5.5.1. CONFLITO ENTRE NORMAS E PRINCÍPIOS: A PREVALÊNCIA DO  
NEOCONSTITUCIONALISMO

111

5.6. O NEOPROCESSUALISMO COMO BALIZA (RE) INTERPRETATIVA DO  
PROCESSO PENAL GARANTISTA

113

**6. CONCLUSÃO**

**115**

**7. REFERÊNCIAS**

**120**



## 1. INTRODUÇÃO:

O Direito Penal e o Processo Penal têm como uma de suas funções precípua atuar como um limitador do poder punitivo estatal em relação aos indivíduos, a sua atuação apenas gozará de legitimidade quando houver rigorosa observância às regras que versam sobre essas matérias, além da obediência aos ditames constitucionais.

Com relação ao processo, é possível afirmar, que ele possui um caráter instrumental, muito embora não se resuma a um mero instrumento do direito material (Direito Penal), ele deve ser visto como um vetor de concretização de garantias e direitos fundamentais, não sendo apenas um meio.

Nesse sentido, observa-se que os institutos vinculados ao processo são dotados de acessoriedade, ou seja, asseguram o curso regular da marcha processual, para que, ao final do processo, haja uma “resolução” do caso, devendo este resultado ser obtido através da utilização de todos os direitos e garantias inerentes ao réu.

Nesse contexto surgem as prisões provisórias, criadas com a finalidade permitir que o Processo Penal tenha o seu curso regular, sem nenhum tipo de obstrução e que seja assegurado o resultado final do processo, devendo ser utilizada essa modalidade, apenas em último caso, quando a utilização de outras medidas de natureza cautelar se mostrarem inapropriadas ou insuficientes para o caso concreto.

Desse modo, se faz necessário analisar o panorama das prisões e das medidas cautelares de acordo com os preceitos da nossa Carta Magna, que corriqueiramente vem sendo desrespeitada.

Na seara das prisões provisórias, merece destaque a prisão preventiva, por ser a modalidade mais usual, devendo ser feita uma análise de cada um dos seus pressupostos e requisitos, dentre eles, merece uma atenção especial o requisito da garantia da ordem pública, devendo serem analisadas as suas especificidades e questões controversas.

O cerne desta monografia é a discussão acerca da (in) constitucionalidade do fundamento da garantia da ordem pública para decretação da prisão preventiva, através de uma análise específica da indeterminabilidade da expressão “ordem pública”, a sua cauteridade, uma inter-relação feita com o processo penal do inimigo e uma ponderação em face do princípio da presunção de inocência.

Nesse sentido, para elucidar a referida temática, essa monografia foi dividida em seis capítulos, sendo um de introdução, quatro de desenvolvimento e um de conclusão.

O primeiro capítulo de desenvolvimento do presente trabalho, se encarrega de traçar um panorama das prisões provisórias de acordo com a realidade brasileira, inicialmente busca-se diferenciar a prisão de natureza cautelar da prisão enquanto condenação.

Em seguida, se faz imperioso identificar quais as modalidades de prisões cautelares que existem no sistema brasileiro, para que possamos fazer uma breve análise de cada um deles e abordando quais as hipóteses de cabimento de cada uma dessas prisões.

Não obstante a explanação dos tipos de prisão no modelo brasileiro, é importante também identificar quais são as medidas cautelares diversas da prisão e quando elas podem e devem ser aplicadas, em virtude do caráter excepcional do cárcere.

Sedimentado um conhecimento apriorístico sobre um panorama geral das prisões, será definida a prisão preventiva, mencionando qual a sua relevância, suas especificidades, além de detectar os requisitos aplicáveis para a sua decretação. Em seguida será feita uma breve abordagem sobre o advento da lei 12.403/11 e as suas implicações na seara das prisões.

No segundo capítulo de desenvolvimento, será feita uma abordagem mais ampla e aprofundada sobre o panorama da garantia da ordem pública, conceituando-a, trazendo as suas questões problemáticas e além disso será feito um mapeamento do posicionamento dos tribunais superiores a respeito dessa matéria, além de uma abordagem sobre a interferência midiática sobre esse fundamento e como ela pode influenciar o poder judiciário.

Esse capítulo possui um viés mais crítico a respeito da garantia da ordem pública, fazendo uma confrontação entre a futurologia perigosista e analisando como ela tangencia a ordem pública.

No terceiro capítulo de desenvolvimento será observado ainda o Direito Penal do Inimigo e a sua teoria, avaliando as suas implicações para o ordenamento jurídico brasileiro, além de avaliar também o Direito penal do Fato em face do Direito Penal do Autor e as decorrências dessas duas teorias.

Outro ponto que também será abordado nesse capítulo é a confrontação do garantismo penal de Ferrajoli, em face do Direito Penal do Inimigo de Jakobs.

Após enfrentar todos os pontos relacionados acima, adentraremos o panorama do Processo Penal do Inimigo, avaliando como o ele se relaciona com a garantia da ordem pública e a presunção de inocência.

No quarto capítulo de desenvolvimento, será feita uma abordagem sobre o conteúdo jurídico do princípio da presunção de inocência, inicialmente estabelecendo as bases instrumentais, depois disso será feita uma análise da presunção de inocência não apenas como um princípio, mas como um direito fundamental. Posteriormente será analisado o panorama internacional desse “direito fundamental” e finalmente uma relação com o requisito da garantia da ordem pública, ainda será feita uma análise entre o conflito da presunção de inocência com a garantia da ordem pública e como resolver adequadamente essa questão.

Na segunda parte desse capítulo será feita uma abordagem constitucional do tema, de como o Neoprocessualismo constitucional pode interferir na concretização de um processo penal mais garantista e que não dê ensejo a um processo penal do inimigo, eminentemente emergencial.

O último capítulo dedica-se à conclusão, fazendo uma retomada das principais questões problemáticas enfrentadas em cada um dos capítulos do presente trabalho, relacionando todas as controvérsias para que seja possível apresentar uma conclusão sobre todas as análises e reflexões realizadas, contextualizando sempre com os ditames constitucionais.

Impende salientar que o presente tema é bastante atual e repleto de questões controversas, principalmente na realidade brasileira, em que a prisão provisória tem se tornado a regra ao invés da exceção, sendo alvo de arbitrariedades todos os dias na rotina do poder judiciário.

Nesse sentido, o presente trabalho foi construído a partir de pesquisas doutrinárias e em teses de doutorado, abordando os diferentes pontos de vista acerca das prisões preventivas fundamentadas sob a garantia da ordem pública.

Além disso, o presente trabalho também buscou estudar o entendimento dos Tribunais Superiores, juízos *a quo* e Tribunais de Justiça, verificando as controvérsias a respeito desse tema.

Encerradas as digressões sobre cada um dos pontos chave do presente trabalho, será feita uma análise relacional da presunção de inocência e da garantia da ordem pública, com o intuito de perceber se é possível uma coexistência desses dois “conceitos” no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, caso não seja possível essa existência harmônica ponderaremos: o que é mais relevante para o Processo Penal Constitucional, a garantia da ordem pública ou a presunção de inocência?

## 2. PRISÃO CAUTELAR: CONTORNOS E FUNDAMENTOS:

Primeiramente, cumpre estabelecer algumas premissas básicas norteadoras das prisões cautelares, sendo de importância crucial compreender onde ela está inserida.

Sobre isso, merece destaque o fato da prisão cautelar ser encarada como uma “Tutela Cautelar”, no entanto, essa tutela cautelar é um instituto originário do Processo Civil, se adequando aos conceitos e institutos daquele ramo, sendo insuficiente e superficial para atender os anseios do Processo Penal, gerando dois graves problemas, como evidencia João Gualberto Mercês Ramos:

Há, nesse passo, que identificar dois subproblemas. O primeiro decorre da suprema pobreza que há na atitude de importar uma conceituação de outro ramo do direito, mormente quando o conceito a ser importado é comum e igualmente relevante para ambos. A importação, pois, mostra-se apenas desnecessária e indica certa preguiça intelectual. O segundo subproblema é o de que a doutrina do processo civil que serviu de base para essa cópia de conceitos manifesta-se agora, à luz de modernos questionamentos, insegura e incorreta. Importou-se, portanto, uma doutrina inadequada para a tarefa a que se destinava. Finalmente, a outra realidade que se revela, para decepção de quem se engaja num estudo sério a respeito, é a de que, além da doutrina do processo civil importada ter sido insegura e pouco correta, a doutrina brasileira do processo penal pouco se preocupou com a apreensão e o desenvolvimento dos conceitos, aplicando mal o que já não se apresentava inteiramente correto. O resultado, pois, é duplamente trágico.<sup>1</sup>

Nesse esboço, podemos notar um problema bastante recorrente da seara processual penal, que é a “importação” de conceitos e institutos do Processo Civil, muitas vezes inadequados, ou até mesmo inaplicáveis à realidade do

---

<sup>1</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. **A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro**. Belo Horizonte- Del Rey. 1998. P. 79.

Processo Penal, sendo algo bastante delicado e que acaba por comprometer toda a sistemática processual penal.

Sobre a tutela cautelar, temos os mais diversos posicionamentos, de grandes processualistas civis, que capitanearam o estudo da tutela Cautelar, dentre eles, temos Chiovenda, que entende que a Tutela cautelar tem um conteúdo objetivo próprio, no caso, a própria ação cautelar, que serviria como proteção de cunho jurisdicional para evitar que o direito do demandante fosse frustrado.<sup>2</sup>

Piero Calamandrei foi mais além do que Chiovenda, quando se dedicou a sistematizar o estudo da Tutela Cautelar, pois entendeu o caráter instrumental da tutela cautelar, dotada de uma acessoriedade em relação ao processo de conhecimento, não se voltando apenas para uma mera conceituação desse instituto, mas a preocupação em caracterizá-lo e proporcionar a sua aplicabilidade.<sup>3</sup>

Não resta dúvida que os estudos encabeçados por Calamandrei foi o ponto de partida para a tutela cautelar, sabia-se o que não fazia parte dela, contudo, não era possível defini-la.

Nesse sentido, a doutrina se encarregou de informar as seguintes características da tutela cautelar: urgência, sumariedade procedimental, sumariedade material,

aparência, temporariedade, incapacidade de gerar coisa julgada material, referibilidade e a instrumentalidade, demonstrando cada uma das características.

A urgência, nada mais é do que a existência de um perigo atual e concreto que foi gerado à um direito, sobre isso, se posiciona Claudio Heleno Fragoso:

Perigo é a probabilidade de dano: não basta, para configurar o perigo, mera possibilidade de dano, pois a possibilidade abrange também o eventual e o raro. A ideia de perigo deve implicar na possibilidade de iminente superveniência do dano e se expressa na probabilidade.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Dell' azione nascente del contratto preliminare. Rivista di diritto commune. 1911 e posteriormente, Saggi di diritto processuale civile. Roma 1930, v1. P.110. *apud* RAMOS, João Gualberto Garcez. **A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro**. Belo Horizonte- Del Rey. 1998. P. 80 a 81.

<sup>3</sup> CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares** 2000, p. 04.

<sup>4</sup> FRAGOSO, Claudio Heleno. **Lições de direito penal: A nova parte geral** 10ª ed. rev por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense. 1986 p. 173-174 *apud*<sup>4</sup> RAMOS, João Gualberto

Ainda sobre a caracterização do perigo, existem duas subdivisões, uma subjetiva, que considera que o perigo não teria uma existência concreta, sendo mero desdobramento de nossa imaginação e de nossa incapacidade de conhecer todos os fenômenos e outra objetiva, que sustenta haver perigo objetivamente baseado na possibilidade de superveniência do dano, poderíamos chama-lo de “trecho da realidade”

No cenário atual, as duas concepções de perigo estão superadas, pois entende-se que ele é formado por uma comunhão dos elementos subjetivos e objetivos, o perigo seria uma realidade e uma abstração, devendo ser avaliado através de uma prognose póstuma pelo julgador.

Outra característica apresentada pela tutela cautelar é a sumariedade, que se subdivide em material e procedimental.

A importância da sumariedade procedimental na tutela cautelar é evidenciada por João Gualberto Garcez Ramos:

A tutela cautelar, porque voltada à tarefa de eliminar, o tão rapidamente possível a situações de perigo real, está sempre inserida em procedimento formalmente sumário. De fato, o procedimento construído para a inserção do provimento cautelar é sumário, o que atende a um imperativo de lógica pragmática.<sup>5</sup>

No entanto, deve-se atentar para o fato de que nem todo o processo sumário é cautelar, além disto, também é preciso observar que a sumariedade não implica na mera redução de prazos ou, então, a simplificação, ou, ainda, a adoção da oralidade, entre outras providências. A sumariedade procedimental se caracteriza *in casu* pela atenuação efetiva ou postergação do direito de defesa por parte do requerido.

Sobre a sumariedade material, percebe-se que há uma redução da amplitude de defesa, enquanto no vetor oposto está celeridade dada ao procedimento. Essa cognição pode ser avaliada sob dois aspectos, no caso, a cognição no plano vertical quanto no plano horizontal. Sobre tal tema expõe Luiz Guilherme Marinoni:

---

Garcez. **A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro**. Belo Horizonte- Del Rey. 1998. p. 87.

<sup>5</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. **A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro**. Belo Horizonte- Del Rey. 1998. p.88

A cognição pode ser referida a dois planos distintos: horizontal, que diz respeito à amplitude de conhecimento do juiz; e, vertical, pertinente à profundidade da cognição do magistrado acerca da afirmação dos fatos. No plano horizontal, portanto, a cognição vincula-se à lide carneluttiana, ou ao conflito de interesses. O processo terá cognição plena ou parcial, segundo se permita, ou não, o conhecimento de todo o conflito de interesses. [...] A cognição no plano vertical diz respeito à intensidade de relação entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível, ou seja, ao grau de cognição do objeto. Nessa perspectiva, a cognição pode ser exauriente, sumária e superficial.<sup>6</sup>

Sobre a sumarização, percebe-se que ela não almeja uma profundidade em seu campo de cognição, pois ocorrera uma redução, sendo dotada, portanto, de um “juízo de aparência” e não de certeza a respeito da matéria.

Enquanto na fase de conhecimento é necessário a existência de uma certeza para que seja realizado o julgamento, na tutela cautelar basta a mera aparência da existência do direito, ou seja, a probabilidade que determinado direito possa ser confirmado mais adiante, nesse contexto surge a expressão “*fumus boni iuris*”.

Outro aspecto inerente à tutela cautelar é a temporariedade, ou seja, ela é feita para durar um certo período, enquanto a questão principal ainda não foi enfrentada e é alvo de discussões, nesse sentido, quando existe uma resolução a respeito do mérito ela é substituída por uma medida de caráter definitivo.

Merece destaque outra característica que permeia o estudo da tutela cautelar, que é a impossibilidade e a incapacidade para gerar a “coisa julgada material”, isso porque o elemento norteador é a provisoriedade, que caminha em sentido oposto à imutabilidade, justamente pelo fato de não se estender à totalidade do conflito, mas apenas a um determinado recorte.<sup>7</sup>

Em que pese a lide cautelar possua um caráter de acessoriedade com o processo principal, eles possuem objetos completamente distintos, enquanto um busca “preservar” a pretensão jurídica, outro tem o caráter satisfativo de

---

<sup>6</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1992. P.21-22.

<sup>7</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. **A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro**. Belo Horizonte- Del Rey. 1998. p. 91 a92



apresentar uma resposta definitiva para a situação, justamente por já ter realizado a cognição a respeito do mérito.

Por fim, outra característica de grande relevância para a tutela cautelar é a referibilidade, ela se encarrega de distinguir a tutela cautelar da tutela antecipatória.

A referibilidade é justamente o elo existente entre o direito que está sendo acautelado com a ação de conhecimento que originou aquele direito que está sendo resguardado, sobre a aplicabilidade específica da referibilidade à tutela cautelar na seara processual penal merece destaque o seguinte trecho:<sup>8</sup>

A medida cautelar penal é referível no sentido de que se liga somente ao processo de conhecimento no bojo do qual é requerida. A situação de perigo e a tutela correspondente se conectam ao caso penal e os seus aspectos mais diretos, como a situação da vítima, das testemunhas dos elementos sensíveis do fato criminoso etc... Se transcende o caso penal e suas ramificações mais diretas, não há o que se falar em tutela cautelar.<sup>9</sup>

Nesse espeque, pode-se observar que a tutela cautelar estaria limitada apenas ao objeto da ação principal, ou seja, a baliza para a tutela cautelar são os elementos do processo de conhecimento, sendo assim, a cautela só seria justificável com base nos elementos constantes do processo de conhecimento; e nunca em questões alheias e externas que não estão sendo discutidas no processo principal.

Após o aprofundamento sobre as características da tutela cautelar, merece destaque a existência de pressupostos específicos aplicáveis à tutela cautelar, sem prejuízo das condições da ação que são exigidas para o processo de conhecimento e execução, existem ainda o “*fumus boni iuris*” e o “*periculum in mora*” que são específicos da tutela cautelar.

Sobre o “*fumus boni iuris*”, já foi feito um breve panorama de qual seria sua peculiaridade, no caso, a avaliação da aparência e da plausibilidade do direito que está sendo pleiteado, ou seja, deve haver a “aparência do bom direito” dispensando a certeza sobre essa questão.

Sobre essa questão, merece destaque a transcrição do trecho da obra do professor Alexandre Freitas Câmara:

---

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> *Ibidem*. P.94

Não é pacífica, porém, a doutrina quando se trata de definir o *fumus boni iuris*. Há quem afirme tratar-se ele de mera "aparência do bom direito". Outros autores, por sua vez, definem o *fumus boni iuris* como a "plausibilidade do direito". Outros, ainda, se referem a este requisito de concessão das medidas cautelares como a verossimilhança do direito afirmado pelo demandante. Todos estes conceitos, embora tenham sutis diferenças entre si, conduzem, todos, a uma mesma idéia: a de que a cognição a ser realizada no processo cautelar é sumária, não se exigindo, nesta sede, a certeza quanto à existência do direito substancial. Parece-nos, porém, que mais adequado é definir o *fumus boni iuris* como o fez importante processualista e magistrado pátrio: "probabilidade da existência do direito invocado pelo autor da ação cautelar"<sup>10</sup>

Sobre o *Periculum in mora*, esse se relaciona com a proteção dada a um bem jurídico a respeito de uma possível lesão, ou seja, a finalidade desse requisito é evitar o perecimento do direito, de forma que a decisão proferida no processo principal perca o objeto.

Sobre esse ponto se posiciona Frederico Marques:

Na conjugação do *fumus boni iuris* com o *periculum in mora* é que reside o pressuposto jurídico do processo cautelar. [...] A *ratio essendi* do processo cautelar, [...] é a dilação processual, ou o chamado *periculum in mora*. O que se procura na tutela jurisdicional que nesse processo o Estado exerce, é evitar que a duração do processo altere a posição inicial das partes. A *dilatio temporis*, enfim, é que torna necessário o processo cautelar.<sup>11</sup>

Após elucidar a função do *periculum in mora* e do "*fumus boni iuris*", merece destaque uma controvérsia que existe acerca desses dois requisitos, se eles seriam condições da ação ou o próprio mérito do processo cautelar.

Existem aqueles que defendem que o "*fumus boni iuris*" e o *periculum in mora* são condições específicas da ação cautelar, é o caso de Pestana de Aguiar, e existem aqueles que sustentam que eles fazem parte das condições tradicionais da ação, para Frederico Marques tratar-se-ia de interesse de agir, enquanto para Humberto Theodoro seria a possibilidade jurídica do pedido.<sup>12</sup>

Contudo não parece o posicionamento acima o mais adequado, pois esse binômio seria parte do próprio mérito da ação ou da medida cautelar, sobre isso merecem destaque as palavras de Alexandre Freitas Câmara:

<sup>10</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil. V III**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2001. P.30

<sup>11</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal Vol. 1**. Campinas: Bookseller. 1998. p. 43.

<sup>12</sup> LIMA, Marcellus Polastri. **Tutela Cautelar no Processo Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2009. p. 73

Com efeito, pode-se verificar, sem grande dificuldade, que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* são elementos estranhos às chamadas "condições da ação", dizendo respeito ao mérito da causa. As condições da ação são, apenas, as três tradicionalmente conhecidas. [...] presentes as condições da ação, e não havendo nenhum outro vício que impeça a análise do mérito da causa, passa-se ao exame destes. É neste momento que deverá ser verificada a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Demonstrada a presença de ambos, será o pedido julgado procedente. A ausência de algum deles terá como consequência a improcedência do pedido cautelar. [...] será ela procedente se estiverem presentes tanto o *fumus boni iuris* como o *periculum in mora*. A ausência de qualquer deles terá como consequência a declaração da improcedência daquela pretensão<sup>13</sup>.

Após a análise desses fundamentos e premissas da tutela cautelar, é imprescindível salientar as controvérsias e as aplicações desses institutos especificamente na seara processual penal.

Sabe-se que o processo civil possui uma finalidade completamente distinta do Processo Penal, nesse ponto é de grande importância a releitura de certos institutos importados do Processo Civil sob a ótica do Processo Penal, para que seja possível compreender se eles teriam aplicabilidade e como se amoldariam.

Sobre essa temática se posiciona J. Goldschmidt:

Grave problema existe no paralelismo entre processo civil e processo penal, principalmente quando são buscadas categorias e definições do processo civil e pretende-se sua aplicação automática no processo penal. Assim, vemos alguns conceitos erroneamente utilizados pelo senso comum teórico (e também jurisprudencial) em torno do requisito e fundamentos da prisão, bem como de seu objeto.<sup>14</sup>

Nesse sentido, um dos maiores debates que permeiam o processo penal no campo das prisões cautelares é se existiria um processo Penal Cautelar, ou apenas medidas de natureza cautelar.

Sobre isso, existem dois posicionamentos completamente distintos, um deles encabeçado por Frederico Marques que defende a existência de um processo penal cautelar, ao lado do processo de conhecimento e de execução, são essas as palavras dele:

Todavia, afigura-se indiscutível a existência do processo cautelar ao lado do de conhecimento e do executivo. O fim da atividade

<sup>13</sup> <sup>13</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. V III, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2001. p.38

<sup>14</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. P.8 apud. LOPES JUNIOR, Aury. **O Novo Regime jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. P.12.

jurisdicional nas providências preventivas ou cautelares é diverso daquele que se verifica nas duas outras espécies de processo. E admitido assim o processo cautelar, inquestionável será a existência das ações de igual nome.<sup>15</sup>

Por outro lado, existe uma parcela minoritária da doutrina que entende sobre a inexistência de uma ação cautelar, se posicionam nesse sentido o professor Aury Lopes Junior e Rogério Lauria Tucci, ambos refutam categoricamente a existência de um processo de natureza cautelar, para eles existiriam apenas ações cognitivas e executivas, ao passo que se teria apenas “medidas cautelares penais” devendo serem adotadas no curso da investigação e do processo de conhecimento, ou ainda, no processo de execução.

No mesmo sentido se posiciona Badaró:

No processo Penal a tutela cautelar é prestada independentemente do exercício de uma ação da mesma natureza, que daria origem a um processo cautelar, mas sim por meio de simples medidas cautelares, sem necessidade de um processo cautelar autônomo, com base procedimental própria(...) é possível afirmar, portanto, que não há no campo penal um verdadeiro processo penal cautelar. O que existe são medidas cautelares que funcionam como incidentes de outro processo. Não há processo cautelar autônomo.<sup>16</sup>

Enfrentada a discussão sobre a existência ou não de um processo cautelar ou de medidas cautelares no processo penal, merece destaque as críticas feitas aos institutos de processo civil importados para o processo penal, e a impropriedade daqueles institutos para lidar com a especificidade do processo penal.

Um dos principais institutos que foi importado do Processo Civil e que em nada se adequa ao Processo Penal é o “*fumus boni iuris*”, sobre esse tema merece destaque a severa crítica formulada por Aury Lopes Junior:

Constitui uma impropriedade jurídica (e semântica) afirmar que para a decretação de uma prisão cautelar é necessária a existência de *fumus boni iuris*. Como se pode afirmar que o delito é a “fumaça de bom direito?” Ora, o delito é a negação do direito, sua antítese! No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o requisito para decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais

---

<sup>15</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal** Vol. 1. Campinas: Bookseller. 1998. P. 301.

<sup>16</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. **Ônus da prova no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2003. Pp. 414 e 417.

especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.<sup>17</sup>

Conforme foi evidenciado no seguinte trecho, o *fumus boni iuris* é inadequado para ser aplicado ao Processo Penal, sendo necessário, portanto, uma releitura desse instituto, pois ele estaria relacionado a questões de cunho patrimonial, não possuindo nenhuma relação com a liberdade.

Sobre o *Periculum in mora*, esse também está completamente dissociado da finalidade do Processo Penal, pois não possui relação com a questão do decurso do tempo frustrar o direito, também sobre esse aspecto se posiciona Aury Lopes:

Aqui o fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta. Fala-se nesses casos, em risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou no risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta (em relação à coleta da prova). O perigo não brota do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo. Não é o tempo que leva ao perecimento do objeto. O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo. Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver que o *periculum in mora* no processo penal assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição da prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo. Logo, o fundamento é um *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado.<sup>18</sup>

Ante o exposto, percebe-se a inadequação dos termos processuais civis empregados muitas vezes de maneira errônea ao processo penal, sem que a eles tenha sido dada uma reinterpretação, prejudicando assim a solidificação de uma teoria condizente com os anseios desse ramo.

Após a análise da tutela cautelar e a sua relação com o Processo Penal, é importante estabelecer dois caminhos que são seguidos em relação às medidas cautelares Processuais Penais, pois existe uma categorização desses institutos, no caso, as cautelares pessoais, as cautelares reais e as cautelares relacionadas às provas.

Sobre as cautelares reais, sabe-se que elas possuem o condão de assegurar o patrimônio suficiente para a reparação do dano causado e ao perdimento de bens como efeito da condenação, tais medidas encontram-se dispostas do

---

<sup>17</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **O Novo Regime jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. P. 14

<sup>18</sup> *Ibidem*. p. 14 a 15

artigo 125 até o 144 do Código de Processo Penal, são elas: sequestro, arresto, hipoteca legal, além da restituição de coisa apreendida.<sup>19</sup>

As cautelares de natureza probatória são a busca e a apreensão previstas no artigo 240 e seguintes da norma processual penal, assim como a produção antecipada de prova testemunhal, essas medidas possuem a finalidade de assegurar elementos probatórios suficientes para o processo, evitando que ocorra o perecimento delas<sup>20</sup>.

A respeito das cautelares pessoais, são aquelas que lidam diretamente com a liberdade do sujeito, adotadas no curso do processo ou da fase investigatória com o intuito de assegurar um objeto para o processo principal que é a possível aplicação de uma pena, muito embora não exista um processo penal de natureza cautelar, todas essas medidas processuais para serem adotadas devem estar em consonância com a norma processual penal, sobretudo com as alterações implementadas pela Lei 12.403/11.

## 2.1 PRISÃO CAUTELAR E PENA: DISTINÇÕES

Após as considerações realizadas sobre as cautelares de natureza pessoal, patrimonial e probatória, além dos embates travados sobre a tutela cautelar, é importante que façamos a diferenciação entre a prisão enquanto “pena” propriamente dita e a “prisão cautelar”, muito embora, ambas se assemelhem por lidar com a restrição da liberdade, elas possuem premissas completamente distintas.

Sobre a disciplina das modalidades das prisões, merece destaque a categorização realizada por Macellus Polastri, que divide em “prisão pena”, “Prisão Processual”, “Prisão Civil”, “Prisão Administrativa” e “Prisão Disciplinar”, ainda sobre isso, Frederico Marques de modo proveitoso traça algumas distinções dentre essas modalidades de “Prisão”.<sup>21</sup>

No primeiro caso temos a prisão penal propriamente dita, isto é, a prisão como pena ou sanção específica decorrente da violação ou

---

<sup>19</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão cautelar Doutrina, Jurisprudência e Prática**. Niterói, Impetus, 2011. p. 2

<sup>20</sup> *Ibidem*. p.3

<sup>21</sup> LIMA, Marcellus Polastri. Tutela Cautelar no Processo Penal. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2009. Pag. 183

ameaça de um bem jurídico penalmente tutelado; no segundo caso, temos a prisão penal cautelar, que pode ser processual quando emana do juiz (prisão preventiva, ... ou prisão provisória(...)) ou prisão administrativa, quando emana de outra autoridade (prisão em flagrante). (...) A prisão em flagrante é, de início, administrativa; mas ela se torna processual porque é um fato que produz consequências na relação processual que se forma no juízo penal.<sup>22</sup>

No entanto, dentre as modalidades de “Prisão”, aquelas que mais merecem destaque são: a Prisão enquanto pena ou *carcer ad poenam* é aquela obtida exclusivamente após a prolação de uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado, só sendo possível após o curso do devido processo penal, em que devem ser observadas todas as garantias do réu, caracterizando-se essencialmente pela sua definitividade, sendo o fim do processo penal, muito embora não seja a melhor providência em razão da falência das finalidades das penas, ainda é encarado como um “mal necessário”.

Já as prisões de natureza cautelar são decretadas apenas antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, figurando como uma medida de caráter essencialmente provisório.

A prisão está para a fase cautelar como a pena está para a fase de conhecimento, para tanto se faz imperioso delinear que o processo de conhecimento e a fase cautelar.

Para que se consiga interpretar a relação entre as cautelares e a fase de conhecimento é preciso compreender que se trata uma relação de meio e fim, no caso a cautelar se trataria de um meio assecuratório (prisão) para o fim que seria a aplicação ou não da pena.

“Toda medida cautelar tem por objetivo imediato a proteção dos meios ou dos resultados do processo, servindo como instrumento do instrumento<sup>23</sup>”

Por outro lado, é necessário observar que ainda que se trate de uma cautelar, a prisão por si só já traz em seu bojo um caráter penoso, portanto, é indispensável então se observar critérios e parâmetros adequados para a sua aplicação, pois ela por si só já se confunde com uma pena.

---

<sup>22</sup> MARQUES, José Frederico. **Estudos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, P. 215 222

<sup>23</sup> CALAMANDREI. Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares** 2000, p. 42

É necessário que não tragamos para a prisão um caráter antecipatório da pena, como temos observado. De modo brilhante o autor Rogério Schietti Machado Cruz pontua que tem se buscado antecipar a pena para a prisão cautelar os efeitos que seriam decorrentes de uma sentença penal condenatória.

Por outro lado, é importante ainda observar que os processos estão com uma duração bastante excessiva, fator que agrava mais ainda a situação das prisões cautelares, que por muitas vezes duram mais do que o próprio período da pena que é aplicada na sentença.

Ou seja, tem-se observado que muito embora exista uma profunda diferença entre a prisão “medida cautelar” e a “pena”, ambas vem sendo utilizadas com a mesma finalidade, mas de forma mascarada, já que se transferiu para a prisão cautelar uma função que em verdade nunca foi e nunca será dela.

Historicamente, as prisões tinham por finalidade garantir que o réu não se ausentasse no distrito da culpa para que lhes fosse assegurado o cumprimento da pena, conforme podemos extrair do seguinte trecho “Na verdade, a prisão era utilizada tão somente como forma instrumentária de manutenção do acusado no distrito da culpa, a fim de assegurar a tramitação do processo e posterior aplicação das sanções definitivas”.

Diante da leitura do trecho supramencionado, poderíamos enquadrar as prisões de antigamente como uma prisão que tinha como finalidade assegurar o cumprimento da lei penal. Com o decorrer do tempo, foram feitos diversos aprimoramentos, sobretudo no que diz respeito à ampliação das finalidades das prisões cautelares.

As prisões de natureza cautelar estão intrinsecamente ligadas a alguns princípios, dentre eles o que mais se destaca é o da presunção de inocência, *a priori* a prisão só seria possível com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, se levássemos ao pé da letra esse princípio, ocorre que, tal princípio sofre uma mitigação quando se trata de Prisão Cautelar, sendo



necessária a sua utilização para não fustigar o objeto principal do processo criminal.<sup>24</sup>

Sobre tal ponto, merece destaque o seguinte trecho, segundo os ensinamentos do Professor Renato Brasileiro:

Enquanto a prisão penal (carecer ad poenam) objetiva infligir punição aquele que sobre sua decretação, a prisão cautelar (carecer ad custodiam) destina-se única e exclusivamente a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no Processo Penal. Como toda medida cautelar, tem por objetivo imediato a proteção dos meios ou os resultados do processo, servindo como instrumento do instrumento, de modo a assegurar o bom êxito tanto do processo de conhecimento quanto do processo de execução. Logo, a prisão preventiva não pode – e não deve – ser utilizada pelo Poder Público como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito. Isso significa que a prisão cautelar não pode ser utilizada com objetivo de promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado, pois, se assim fosse lícito entender, subverter-se-ia a finalidade da prisão preventiva, daí resultando grave comprometimento ao princípio da presunção de inocência.<sup>25</sup>

Ainda sobre a relativização do princípio da presunção de inocência, merece destaque que todo princípio pode ser relativizado, desde que em busca de outros bens jurídicos que também merecem a tutela do estado, ocorre que, tal “relativização” tem se elastecido de um modo excessivo, dando ensejo a verdadeiras arbitrariedades no campo das prisões, tal tema será abordado exaustivamente no capítulo específico.

Ainda sobre as prisões cautelares, merece destaque a redação do artigo 282 do Código de Processo Penal, que prevê a aplicação das medidas cautelares e consequentemente a prisão cautelar.

As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - 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;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

---

<sup>24</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão Cautelar. Doutrina, Jurisprudência e Prática.** Niterói, Impetus. 2011. Págs. 77 a 78

<sup>25</sup> Ibidem. Pag. 80

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).”<sup>26</sup>

Diante da leitura desse dispositivo, podemos extrair uma série de conclusões acerca das prisões cautelares e das medidas cautelares diversas.

A primeira delas diz respeito à utilização do binômio necessidade e adequação enquanto condição para a imposição de alguma medida cautelar ao acusado, em que pese pareça redundante, a medida cautelar só deve ser utilizada em casos em exista uma necessidade evidente de se aplicar a lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.

Muito embora essa “necessidade para aplicação da lei penal” tenha sido abordada dessa forma pelo Código de Processo Penal, tal redação traz uma série de problemas, uma vez que é equivocada a compreensão de que a aplicação da lei penal na fase investigatória estaria abarcada pela tutela cautelar, vez que a cautelar como já foi dito anteriormente é “instrumento do instrumento” ou seja, serve ao processo criminal e não à investigação criminal.

Sobre a evitabilidade da prática de infrações penais, previstos expressamente em lei, merece destaque que tal redação é completamente inaplicável no ordenamento processual penal do Brasil, vez que não há previsão expressa acerca da evitabilidade em nenhum artigo dos Códigos de Processo Penal e Penal do Brasil a respeito dessa matéria.

Sendo assim, restou para a necessidade para aplicação da lei penal apenas aos casos de instrução criminal.

---

<sup>26</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm) Acessado em 30 de setembro de 2015.

Em que pese as caracterizações realizadas acerca da necessidade, tais requisitos não são observados, sendo assim observa-se que não são respeitadas as questões supramencionadas, sendo a necessidade empregada em todos aqueles casos, ainda que de maneira equivocada.

A adequação é outro elemento que o código de Processo Penal prevê para a aplicação das medidas cautelares, no entanto, existem uma série de equívocos em relação a caracterização da adequação, primeiramente por utilizar como parâmetro a gravidade do delito, algo que não faz sentido, uma vez que a gravidade do delito deve se ater à pena cominada a ele.

Em segundo plano, de modo completamente retrogrado e “determinista” leva em consideração as condições pessoais do acusado/indiciado, sendo rum verdadeiro traço do direito penal do autor (do inimigo).

Em relação as ponderações feitas sobre as características descritas da adequação, percebe-se que são constantemente ignoradas, pois na prática todos esses elementos da adequação são levados em consideração, dando ensejo a um direito processual penal do inimigo, como descreveremos mais adiante.

Cumprе salientar, também, que as medidas cautelares podem ser aplicadas de diversas formas, podendo ser cumulada ou isolada, ou ainda, substituídas, caso a medida que foi aplicada não surta o efeito desejável.

As medidas cautelares têm como elemento norteador a clausula “*rebus sic stantibus*”, ou seja, a qualquer momento é possível a aplicação, substituição ou a sua revogação de uma medida cautelar, desde que as condições fáticas sejam alteradas e ensejem a aplicação ou modificação da medida.

Aliado a isso, não podemos perder de vista que a prisão preventiva sempre foi e sempre será considerada a última medida cautelar a ser adotada, sendo possível apenas nos casos que nenhuma das medidas cautelares diversas da prisão se mostrem adequadas ao caso, devendo para tanto existir uma fundamentação adequada no sentido de demonstrar o porquê da inaplicabilidade das demais cautelares em detrimento da prisão.

Com efeito, outro ponto que merece destaque nesse artigo é o elemento ensejador para a aplicação das medidas cautelares, prevendo a lei que as

medidas cautelares no poderão ser decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes, desde que no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público ou ainda pelo querelante, sendo tal medida bastante acertada, pois evita a inquisitorialidade do juiz.

Por outro lado, no curso da instrução processual o juiz não necessita de nenhuma provocação para aplicar, substituir ou revogar qualquer medida cautelar, no entanto tal “liberdade” ocasiona um gritante ofensa ao sistema acusatório, pois o juiz assume certas vezes um papel de “xerife” o que compromete absolutamente a parcialidade desse magistrado em relação ao processo, ao meu sentir, a única hipótese que o juiz poderia agir de ofício seria pra a revogação de alguma medida, pois deve atuar sempre atento à presunção de inocência.

Por fim, destaco o parágrafo terceiro do artigo em comento que se mostra meramente ilustrativo, já que raríssimos são os casos que existe um contraditório prévio à decretação da medida. Por obvio existem casos que é impossível um contraditório prévio em relação a decretação de uma medida cautelar, mas esses casos são apenas os de comprovada urgência, no entanto a “urgência” vem sendo utilizada como a regra e não como exceção.

Feitas as devidas considerações a respeito das distinções entre as prisões cautelares e as prisões de natureza punitiva, é importante delinear um breve panorama a respeito das modalidades de prisões cautelares existentes no ordenamento jurídico pátrio e as suas características.

## **2.2. Modalidade de Prisões Cautelares:**

Atualmente possuímos em nosso ordenamento jurídico brasileiro quatro modalidades de prisões cautelares, que sofreram alterações ao logo das mudanças que incidiram no Código de Processo Penal, sobretudo em 2011 com a Lei 12.403 e as profundas alterações no regime das prisões, de modo

que hoje subsistem apenas as seguintes modalidades, sendo elas: Prisão em flagrante, Prisão Temporária e Prisão Preventiva.<sup>27</sup>

### 2.2.1. Prisão em Flagrante:

A prisão em flagrante encontra amparo constitucional no inciso LXI, do artigo 5º, da Constituição, podendo ser feita por qualquer cidadão, ou, por autoridade policial, surpreendendo o indivíduo no momento exato do cometimento da infração.

Para Frederico Marques, a Prisão em Flagrante assumiria uma posição de prisão de natureza administrativa, já que foi decretada pela autoridade policial.<sup>28</sup>

No mesmo sentido se posiciona Nucci, ao afirmar que “ A prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal<sup>29</sup>”

Quando da certeza visual do cometimento de um crime, obriga-se a efetivação da prisão sem qualquer oposição, sendo obrigada a autoridade a fazê-la e autorizado a qualquer um do povo, sobretudo nos casos em que o particular exerça uma função pública.

Segundo os ensinamentos de Aury Lopes Jr. A prisão em flagrante não se configura em uma prisão cautelar e sim de uma prisão “pré cautelar” como ele mesmo denomina, pois entende que a noção de flagrância estaria diretamente relacionada a “la llama que denota com certeza la combustión, cuando se v ella llama es indubidable que alguna cosa arde”<sup>30</sup>, de todos os posicionamentos, esse parece o mais adequado.

---

<sup>27</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão Cautelar. Doutrina, Jurisprudência e Prática.** Niterói, Impetus. 2011. P. 58

<sup>28</sup> MARQUES, Jose Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 4, p.62.

<sup>29</sup> NUCCI, Guilherme de. **Código de processo penal comentado.** 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 560.

<sup>30</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Leciones Sobre el Proceso Penal.** Trad. Santiago Sentins Melendo. Tomo II. Buenos Aires, 1950, p.77 apud LOPES JUNIOR, Aury. **O Novo Regime**

No mesmo sentido, destaca que a prisão é uma medida de cunho precário, mera detenção, que não está dirigida a garantir o resultado final do processo, mas assegurar a adoção de uma posterior medida cautelar. Merece transcrição o seguinte trecho que evidencia esse caráter “pré cautelar”:

O flagrante, ou la detención imputativa, 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<sup>32</sup>

Coaduna com esse entendimento Ferrajoli e Dalia.<sup>33</sup>

A prisão em flagrante, embora se apresente como medida de natureza processual justifica-se primeiramente em razão da necessidade de uma rápida repreensão do Estado para com a conduta criminosa, razão pela qual exige-se uma imediaticidade, além disso alguns entendem que ela funciona também para a colheita de provas.

O Código de Processo Penal fragmenta a situação de flagrância em momentos, no momento do crime (art. 302, I), ou logo em seguida ao cometimento do crime (art. 302, II), sendo as duas denominadas de flagrante próprio. Por outro lado, temos o flagrante impróprio, que consiste na perseguição do infrator pela autoridade, pelo ofendido ou qualquer pessoa do “povo” (art. 302, III). Finalmente, temos o Flagrante presumido ocorre quando o autor da infração é encontrado com instrumentos, armas, objetos ou papéis que indiquem ser ele o autor da infração (art. 302, IV), tal modalidade é sem dúvidas a mais questionável, sendo objeto de críticas de parcela da doutrina.

Em todos os casos expostos acima, a prisão sem ordem judicial, em flagrante ou, terá a duração de 24 horas, prazo máximo para a situação do preso ser encaminhada para o juiz, conforme a previsão do artigo 306,§1º do Código de Processo Penal, nessa ocasião, o magistrado analisará os motivos da prisão, e caso perceba alguma ilegalidade, colocará o suspeito imediatamente em

---

**jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011, P.35

<sup>31</sup> *Ibidem.* P. 35

<sup>32</sup> BANACLOCHE PALAO, Julio. La Libertad Personal y sus limitaciones. Madri. Mc Graw Hill, 1936, p. 22 apud LOPES JUNIOR, Aury. **O Novo Regime jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011, P36

<sup>33</sup> *Ibidem.* P. 37

liberdade, nos termos do artigo 310, I, assim como se a prisão for legal e tiver acompanhada de um requerimento (Ministério Público, Autoridade Policial e querelante), poderá ser decretada a prisão.

Ultimamente temos presenciado algumas mudanças práticas bastante positivas que vem sendo implementadas em relação à prisão em flagrante, tal mudança é a audiência de custódia, que impõe o dever do preso em flagrante ser apresentado diretamente ao magistrado no prazo máximo de 24 horas, em que será decidida a situação prisional do suspeito.

Ainda na seara das prisões, temos um tema bastante palpitante que são algumas espécies específicas de prisões em flagrante, possuindo diversas divergências doutrinárias acerca dessas modalidades, são elas: Flagrante preparado, flagrante esperado, flagrante forjado e por fim o flagrante retardado (diferido, postergado, ação controlada).

O primeiro deles, o flagrante preparado, tem como característica toda uma montagem de um cenário onde o agente é o “artista principal”, nesse caso, os policiais e as pessoas ao redor tem conhecimento de tudo que irá acontecer, exceto o próprio agente que nem imagina que trata-se de uma emboscada dirigida intencionalmente para que o sujeito pratique o delito.

Nos casos de flagrante preparado, o artigo 5º, LXV da Constituição Federal prevê que se tratando de flagrante preparado, deverá ser imediatamente relaxado, além disso, a súmula 145 do Supremo Tribunal Federal destaca que “não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”

Merece destaque o surgimento histórico do flagrante preparado, conforme podemos observar do seguinte trecho:

O flagrante preparado, o delito putativo por obra do agente provocador, surgiu na França, durante o período do *Ancien Regime* (Antigo Regime, quando o estado não mais conseguia fazer frente à onda de criminalidade que assolava a cidade, necessitando criar o cargo de “Lugar-tenente de polícia” no ano de 1667. Como o cargo era dispendioso para o governo, (...) necessitavam de outras pessoas para ajuda-los no combate ao crime (...) os inspetores valiam-se de pessoas de classe mais baixa da sociedade parisiense, tais como reclusos, que negociavam sua liberdade em troca de cooperação (...) O papel desses espíões era o que hoje é exercido pelo “alcaguete” ou modernamente chamado X9 “Seguir, escutar criminosos, mas também provoca-los para praticar crimes para

prendê-los” Tudo com a permissão dos inspetores. A revolução francesa não põe fim a esse estado de coisas e esses agentes passam a ser utilizados pelo governo para se libertar de sujeitos incômodo, mas contra os quais não há provas suficientes para a condenação.<sup>34</sup>

O enquadramento desse flagrante como crime impossível se justifica em razão da limitação ao poder do estado, mesmo não provocando para que o sujeito cometa o crime ele cria um cenário favorável, não é papel dele se encarregar dessas situações, de modo que arme ciladas para realizar prisões, tal conduta foge a alçada do estado.

Por outro lado, em relação ao flagrante esperado, a maioria da doutrina entende ser aplicável, não ensejando nenhum vício formal, pois em relação a essas situações o agente não interfere para que o delito ocorra, a ordem natural das coisas não é alterada, já que não há interferência, no entanto, a autoridade espera o melhor momento para realizar o flagrante, em regra esperando que ocorra a consumação.

Contudo o flagrante não pode ser esperado ao ponto de esperar que o sujeito cometa a conduta para que apenas aí a situação seja feita a prisão em flagrante, podemos exemplificar com a situação em que um sujeito agarra a força uma mulher com a intenção de estuprá-la, enquanto naquela ocasião a autoridade policial observa a atitude suspeita, nesse caso é impensável que a autoridade espere o estupro acontecer para realizar a prisão em flagrante, devendo interferir imediatamente para impedir o ato.

Na grande maioria das vezes a polícia se coloca em posição de vigilância (campana) após receber alguma denúncia, esperando que o delito aconteça.

Nesse caso existe uma linha bastante tênue entre o flagrante preparado e o esperado, com apenas uma simples conduta o tipo de flagrante pode ser completamente alterado, o elemento diferenciador seria a participação da autoridade policial, quando ela interfere fica descaracterizado o flagrante esperado, incidindo a hipótese de flagrante preparado, portanto é necessário

---

<sup>34</sup> MEIREIS, Manuel Augusto Alves. **O Regime das Provas Obtidas Pelo Agente Provocador em Processo Penal**. Coimbra: Almedina. 1999. Pag. 21 apud Paulo Rangel Ibook Pag. 976



que se tenha bastante cuidado com relação a análise das condições fáticas para que não incorra em confusões.

Atualmente tem sido encampada uma severa crítica à súmula 145 do Supremo Tribunal Federal pois ela já que o elemento que deve ser levado em conta não seria a impossibilidade do cometimento do delito, mas o fato de um agente externo interferir para que ele ocorra, nesse sentido se posiciona Andrey Borges de Mendonça:

Parece-nos que é momento do STF repensar a Súmula 145, editada há quase 50 anos (1963). Atualmente, pela referida Súmula, o que é relevante para considerar o crime como impossível são dois elementos: provocação por determinado agente e que seja impossível a consumação. Porém, na verdade, comparando o flagrante provocado (inválido) com o esperado (válido), verifica-se que neste último também é inviável, muitas vezes, a consumação do delito. Nem por isto, porém, a jurisprudência afasta valor ao flagrante esperado.' Mostra--se esta incoerência não para estender ao flagrante esperado a Súmula 145 do STF — o que seria um equívoco — e sim para demonstrar que não deve ser a inviabilidade de consumir o delito o critério a distinguir os dois flagrantes, mas sim a existência ou não de agente provocador e, mais ainda, a questão da gênese ou não da vontade delitativa. A crítica à Súmula 145 se reforça porque, mesmo tendo sido evitado o resultado, pode ter ocorrido uma real ameaça ao bem jurídico, que somente não foi concretizada porque o próprio agente provocador conseguiu evitar o resultado. No entanto, isto não significa que o bem jurídico não tenha sido ao menos ameaçado. Tanto assim que é plenamente possível que o agente consiga escapar e consumir o delito<sup>35</sup>

O flagrante forjado é uma conduta “criminosa”, pois nesse caso é criada uma situação de flagrância que em verdade nunca existiu, fabricando um simulacro com o intuito de prender alguém, enquanto na verdade o sujeito não cometeu crime algum, mas é vítima de uma trama contra ele, é o caso de drogas que são plantadas no veículo de alguém, de uma mulher ressentida que forja um estupro para prejudicar alguém.

Nesses casos, o sujeito que forjou o crime que deve ser punido, pois a conduta dele que se caracteriza como crime, não a do outro. Temos a denúncia caluniosa prevista no artigo 339 do Código Penal para incidir a quem forja, podemos ter ainda o abuso de autoridade, por fim merece destaque que em

---

<sup>35</sup> MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. São Paulo. Editora Gen e Editora Método. P. 162

todos esses casos a pessoa que teve contra si um “flagrante forjado”, merece ter a prisão relaxada imediatamente. .

Por fim, temos a situação do flagrante diferido ou postergado, que acontece na maior parte das vezes com um trabalho investigativo da autoridade policial em relação a um grupo criminoso, que mesmo observando o cometimento de delitos anteriores aguarda para flagrar o delito principal, “deixa escapar o peixe pequeno para capturar o peixe grande”, tais casos ocorrem mediante ações controladas em sua grande maioria.

Nos casos de ações controladas é prescindível a autorização judicial, já que a lei não exige, muito embora exista uma lei que discipline especificamente como devem ser os procedimentos adotados, para evitar que se incorra em alguma irregularidade, trata-se da Lei 12.850/13 (Lei de Organizações Criminosas), por outro lado deve ser feita a comunicação sobre a execução da ação controlada, para que, se o juiz entender necessário fixará limites, além de comunicar ao Ministério Público, inteligência do parágrafo primeiro do artigo 8º da Lei supramencionada.

Merece a transcrição do artigo 8º que trata da ação controlada:

Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

§ 1º O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público.

§ 2º A comunicação será sigilosamente distribuída de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada.

§ 3º Até o encerramento da diligência, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações.

§ 4º Ao término da diligência, elaborar-se-á auto circunstanciado acerca da ação controlada.<sup>36</sup>

Como podemos observar, existe uma autorização legal para que ocorra o procedimento do flagrante retardado, com a finalidade de abarcar o maior número de agentes e de crimes, para que seja possível não prender apenas

---

<sup>36</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm).

um sujeito ponta de lança da organização criminosa, mas conseguir desarticular todo o grupo, capturando todos, inclusive o líder.

Contudo, devemos observar que a lei não define um marco temporal preciso para o retardamento do flagrante, ficando a critério da autoridade policial avaliar o melhor momento para efetuar o flagrante, podendo ser bastante perigoso sob o ponto de vista do respeito aos direitos e garantias individuais, pois dá ensejo a alguns abusos e ilegalidade, em virtude do grau de indeterminabilidade.<sup>37</sup>

### **2.2.2. Prisão Temporária:**

Com relação à prisão temporária, trata-se de uma modalidade de prisão cautelar prevista pela Lei 7.960/89, tendo como sua principal característica ser no curso das investigações (Inquérito Policial).

Por outro lado, temos essa prisão como a que mais rememora aos tempos sombrios e tenebrosos da história do nosso país, no caso, a Ditadura Militar (1964- 1988), intitulada à época de “Prisão para averiguação” onde a regra era prender para depois de tudo proceder a investigação.

Sobre essa prisão, não nos parece adequado seguir o caminho da “vala comum” traçando um panorama dogmático a respeito desse diploma prisional, já que o tema é exaustivamente tratado pela doutrina, possuindo conceitos e características já delineadas.

Embora saibamos que a prisão preventiva se diferencia completamente da prisão temporária, em um sistema em que possuímos a prisão preventiva como uma modalidade de prisão é completamente dispensável a utilização da prisão temporária, já que ela encontra-se fundada em uma inconstitucionalidade.

A prisão temporária por si só já viola dois dos principais princípios previstos pela CFRB, são eles o Devido Processo Legal e a Presunção de Inocência, conforme o artigo 5º, Inciso LVII da nossa Carta magna: “ninguém poderá ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista a esse respeito, decisão judicial condenatória, transitada em julgado.

---

<sup>37</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **O Novo Regime jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. P.51

Percebia-se que o intuito das prisões temporárias era um “extra penal”, ou seja, completamente alheio às finalidades do Direito Penal e do Direito Processual Penal, sendo ele o auxílio à segurança pública e a tentativa frustrada de redução dos índices de criminalidade do país, ocorrendo exatamente o oposto, já que desde a sua criação os números só aumentam.

A prisão Temporária surge como uma forma de “apagar incêndio” em que o legislador cria uma justificativa para que momentaneamente consiga manter o indivíduo preso e *pari pasu* angarie provas para num momento posterior mantê-lo preso.

A prisão temporária disciplinada pela Lei 7.960/89 nada mais é do que uma nova roupagem, uma nova face dada aquela prisão para averiguações, só que hoje encontra-se institucionalizada e regularizada, ao menos formalmente.

Nesse sentido, merecem destaque as palavras de Paulo Rangel:

No Estado Democrático de Direito não se pode permitir que o Estado lance mão da prisão para investigar, ou seja, primeiro prende, depois investiga para saber se o indiciado, efetivamente, é o autor do delito. Trata-se de medida de constrição da liberdade do suspeito que, não havendo elementos suficientes de sua conduta nos autos do inquérito policial, é preso para que esses elementos sejam encontrados.<sup>38</sup>

Afinal, faço o seguinte questionamento, qual o sentido de prender alguém já que nem sequer existem elementos para prendê-lo, se ainda ocorrerá a investigação significa que inexistem elementos para a prisão, ou seja, a prisão temporária por si só é uma contradição.

A propósito, embora a doutrina clássica insista em classificar a prisão temporária como uma prisão cautelar, não parece adequado o enquadramento enquanto uma modalidade de prisão cautelar, pois lhe falta os principais requisitos da cautelaridade, quais sejam, *fumus commissi delicti* e *periculum libertates*,

A prisão cautelar exerce um papel inimaginável em que o estado já mais forte que o indivíduo, torna-se mais forte ainda, na medida em que se transforma num estado inquisidor que restringe a liberdade sem nenhuma possibilidade de

---

<sup>38</sup> <http://jus.com.br/artigos/34514/a-nova-lei-da-prisao-preventiva-e-o-novo-requisito-para-a-sua-decretacao>.

defesa, para que depois consiga coletar elementos para provar algo que deveria ter sido demonstrado antes do sujeito ser preso.

Merece relevo os ensinamentos de Aury Lopes Jr, no seguinte trecho:

Nasce logo após a promulgação da Constituição de 1988, atendendo a imensa pressão da polícia judiciária brasileira, que teria ficado 'enfraquecida' no novo contexto constitucional diante da perda de alguns importantes poderes, entre eles o de prender para 'averiguações' ou 'identificação' dos suspeitos. Há que se considerar que a cultura policial vigente naquele momento, onde prisões policiais e até a busca e apreensão eram feitas sem a intervenção jurisdicional, não concebia uma investigação policial sem que o suspeito estivesse completamente à disposição da polícia. (...) Então não se pode perder de vista que se trata de uma prisão cautelar para satisfazer o interesse da polícia, pois, sob o manto da 'imprescindibilidade para as investigações do inquérito', o que se faz é permitir que a polícia disponha, como bem entender, do imputado. (...) A prisão temporária cria todas as condições necessárias para se transformar em uma prisão para tortura psicológica, pois o preso fica à disposição do inquisidor. A prisão temporária é um importantíssimo instrumento na cultura inquisitória que ainda norteia a atividade policial, em que a confissão e a 'colaboração' são incessantemente buscadas. Não se pode esquecer que a 'verdade' esconde-se na alma do herege, sendo ele o principal 'objeto' da investigação.<sup>39</sup>

Por outro lado, sabemos da realidade dos nossos presídios, sobretudo das cadeias públicas e da carceragem das Delegacias de polícia, diante disso, é importante que façamos a reflexão de que a prisão temporária nunca teve e nunca terá objetivos de cunho penal ou processual penal, muito pelo contrário, foi criada apenas como uma forma de tortura psíquica, em que o sujeito fica a disposição do seu inquisidor, para que possa "extrair a verdade".

Sendo assim, é dispensável qualquer tipo de análise de um instituto que não serve ao processo penal, mas sim aos anseios de uma "pseudo segurança pública".

### **2.2.3. Prisão Domiciliar:**

Inicialmente devemos elucidar que a prisão domiciliar não deve ser encarada como uma nova modalidade autônoma de prisão, e sim como uma forma de

---

<sup>39</sup> <sup>39</sup> LOPES JUNIOR, Aury. O Novo Regime jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. P. 144 e145.

cumprimento para a prisão preventiva, merecendo destaque as palavras de Aury Lopes JR:

Como as demais medidas cautelares, é substitutiva da prisão preventiva, estando, portanto submetida aos mesmos requisitos e princípios. Não se trata, por evidente, de 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<sup>40</sup>

prisão domiciliar teve sua origem através da derivação do artigo 117 da Lei 7.210 (LEP) em que prevê hipóteses em que o sujeito poderia ser preso em sua casa, até 2011 não existia nenhuma previsão legal sobre a aplicabilidade desse instituto aos presos provisórios, sendo adotada de forma “atípica”, em que pese devesse ter uma previsão legal para ser aplicável, muitos magistrados aplicavam-na fundado em um “poder geral de cautela” ainda que erroneamente, mas por óbvio nenhuma das partes se insurgia contra tal medida, afinal, é melhor ficar em casa ou em uma cadeia?

Nesse sentido, a Lei 12.403/2011 traz em sua redação a Prisão Domiciliar como uma modalidade de cumprimento da prisão preventiva, transformando-a numa hipótese de medida cautelar “típica” regularizando essa situação anteriormente existente, no entanto, essa modalidade de prisão não é aplicável a qualquer um, mas apenas aqueles que estejam nas condições previstas nos artigos 317 e 318 do CPP:

#### **CAPÍTULO IV DA PRISÃO DOMICILIAR**

Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial. ”

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - Maior de 80 (oitenta) anos;

II - Extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - Gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.<sup>41</sup>

É curial salientar que a prisão domiciliar surgiu com o objetivo precípuo de proporcionar uma condição mais digna aquele sujeito que encontra-se em

---

<sup>40</sup> *Ibidem*. P. 142.

<sup>41</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm)

situação de debilidade, necessitando de mais cuidados e que em hipótese alguma receberia caso estivesse encarcerado.

Podemos dizer que infelizmente a prisão domiciliar não conseguiu atender de forma satisfatória o objetivo para qual foi criada, pois desde a inserção da Lei 12.403/11 no nosso ordenamento jurídico, até os tempos mais recentes, percebe-se que diversas vezes indivíduos morrem dentro das cadeias em virtude da inércia estatal, já que deveria ser posto em liberdade em razão de alguma condição fragilizada de saúde, enquanto em verdade o estado negligenciou essa situação fechando os olhos para isso.

Ainda existem os casos em que o judiciário é provocado a se manifestar sobre a concessão de uma prisão domiciliar e que os sujeitos acabem morrendo enquanto aguardam uma “resposta” do judiciário, existem ainda os casos extremos em que o judiciário aprecia a tempo a medida, mas ela ainda assim é negada, pasmem, sob o argumento de que a necessidade de garantir a ordem pública é mais relevante do que a condição frágil do indivíduo, sugerindo ainda que seja feito um acompanhamento pela junta médica atuante do presídio em que o sujeito se encontra.

Em que pese rotineiramente nos deparemos com decisões com o fundamento supramencionado, esse discurso acima é completamente vazio e falacioso, beirando ao fascismo, de modo que é inadmissível punir o acusado com uma medida mais gravosa pela simples justificativa da necessidade de garantir a ordem pública. É inimaginável que o sujeito abstratamente tenha direito a uma medida mais benéfica, deixe de ter acesso a ela por conta de um argumento vazio.

#### **2.2.4. A Prisão Preventiva no Estado Democrático de Direito**

Feitas as devidas abordagens sobre as prisões, sobretudo em relação à Prisão Cautelar, é chegado o momento da realização da abordagem da modalidade de prisão que possui o maior destaque no ordenamento jurídico brasileiro e que

é responsável atualmente pelo encarceramento de 1/3 da população carcerária do Brasil<sup>42</sup>, é a prisão preventiva.

Nesse ponto, o objetivo desse trabalho não é apenas a realização de uma construção dogmática acerca dessa temática, mas a realização de um diálogo entre a dogmática processualística penal do instituto da prisão preventiva e a sua inserção no estado democrático de direito.

Em antelóquio, merece destaque o “estado democrático de Direito” dentre demais formas de estado, e em que isso interfere no regramento das prisões preventivas no contexto jurídico penal brasileiro. Nessa senda, o estado democrático de direito representa o respeito das liberdades individuais, ou seja, o respeito aos direitos humanos e as garantias fundamentais, através do estabelecimento de um regramento que proporciona uma proteção jurídica. Em

---

<sup>42</sup> A nova população carcerária brasileira é de 711.463 presos. Os números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a representantes dos tribunais de Justiça brasileiros, nesta quarta-feira (4/6), levam em conta as 147.937 pessoas em prisão domiciliar. Para realizar o levantamento inédito, o CNJ consultou os juízes responsáveis pelo monitoramento do sistema carcerário dos 26 estados e do Distrito Federal. De acordo com os dados anteriores do CNJ, que não contabilizavam prisões domiciliares, em maio deste ano a população carcerária era de 563.526. “Até hoje, a questão carcerária era discutida em referenciais estatísticos que precisavam ser revistos. Temos de considerar o número de pessoas em prisão domiciliar no cálculo da população carcerária”, afirmou o supervisor do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF/CNJ), conselheiro Guilherme Calmon. A prisão domiciliar pode ser concedida pela Justiça a presos de qualquer um dos regimes de prisão – fechado, semiaberto e aberto. Para requerer o direito, a pessoa pode estar cumprindo sentença ou aguardando julgamento, em prisão provisória. Em geral, a prisão domiciliar é concedida a presos com problemas de saúde que não podem ser tratados na prisão ou quando não há unidade prisional própria para o cumprimento de determinado regime, como o semiaberto, por exemplo. **Provisórios – Além de alterar a população prisional total, a inclusão das prisões domiciliares no total da população carcerária também derruba o percentual de presos provisórios (aguardando julgamento) no País, que passa de 41% para 32%.** Em Santa Catarina, a porcentagem cai de 30% para 16%, enquanto em Sergipe, passa de 76% para 43%. “A porcentagem de presos provisórios em alguns estados causava uma visão distorcida sobre o trabalho dos juízos criminais e de execução penal. Quando magistrados de postura garantista concediam prisões domiciliares no intuito de preservar direitos humanos, o percentual de presos provisórios aumentava no estado”, disse o coordenador do DMF/CNJ, juiz Douglas Martins. **Ranking** – Com as novas estatísticas, o Brasil passa a ter a terceira maior população carcerária do mundo, segundo dados do ICPS, sigla em inglês para Centro Internacional de Estudos Prisionais, do King’s College, de Londres. As prisões domiciliares fizeram o Brasil ultrapassar a Rússia, que tem 676.400 presos. **Déficit** – O novo número também muda o déficit atual de vagas no sistema, que é de 206 mil, segundo os dados mais recentes do CNJ. “Considerando as prisões domiciliares, o déficit passa para 354 mil vagas. Se contarmos o número de mandados de prisão em aberto, de acordo com o Banco Nacional de Mandados de Prisão – 373.991 –, a nossa população prisional saltaria para 1,089 milhão de pessoas”, afirmou o conselheiro Guilherme Calmon.



um estado de direito, todos os cidadãos encontram-se em pé de igualdade, possuindo os mesmos direitos e garantias.

Feito esse brevíssimo panorama do estado democrático de direito, pode-se observar então, que as prisões preventivas devem estar em consonância com o respeito as liberdades individuais e sobretudo às garantias dos cidadãos, nesse sentido, passemos à análise das prisões preventivas.

#### **2.2.4.1. Breve Recorte Acerca das Origens Históricas da Prisão Preventiva.**

Para entender a posição atual das prisões preventivas é indispensável que se faça uma breve regressão e uma análise histórica dessa modalidade de prisão, sobre isso merece destaque as celebres palavras de MALTA:

74. Entre os athenienses apparece a prisão preventiva para os crimes de peculato e de conspiração contra a patria e a ordem política. Fôra desses casos o accusado se defendia solto, sob caução ou fiança de tres cidadãos, — responsaveis pelo seu comparecimento em juizo. (...) São exceptuados os culpados de alta tração ou conspiração contra o governo popular, os rendeiros publicos, suas cauções e os recebedores. 76. Equivocou-se, assim, João ROMEIRO, apoiado, talvez, na autoridade de LUCCHINI, quando, em seu Diccionario de Direito Penal, affirmou: Na Grecia não se conhe-cia a prisão preventiva. Socrates, condetnnado á pena de morte, gosou de plena liberdade até o momento em que lhe foi apresentado o calice de cicuta. 77. Essa referencia a Socrates tambem merece reparo: O grande philosopho fôra accusado de desprezar a religião do Estado e de corromper a mocidade. Esses motivos da denuncia encobriam uma perseguição política. Julgado pelo tribunal dos beliasitas foi declarado culpado por 281 votos contra 275. (...) Consultado. Socrates podia ter reclamado o banimento — e, por certo, seria attendido, como a votação faz supor. Preferiu, porém, responder com viva mordacidade, e o tribunal, escandalizado, condemnou-o á cicuta (...) As condemnações não podiam, entretanto, ser executadas na ausencia de uma galera que ia levar offerendas ao templo de Appollo. E aconteceu que tal galera partiu no dia seguinte ao da conderanação, tendo Socrates que aguardar, na prisão, a sua volta, trinta dias depois, para tomar a cicuta. Como se vê, o crime não era daquelles que autorisassem a prisão preventiva. E, depois do julgamento, a prisão — porque Socrates, de facto, foi preso — não era mais preventiva: elle já estava condemnado e nenhum recurso cabia da decisão.<sup>43</sup>

Diante da leitura do riquíssimo trecho supramencionado, podemos compreender quando se deu o surgimento das prisões preventivas, ou seja, desde a antiguidade clássica.

<sup>43</sup> MALTA, Tostes, **Da Prisão Preventiva**. 1935. P. 49 a 50

Nesse diapasão, merece destaque ainda o contexto das prisões preventivas para os Romanos, em que a prisão preventiva tinha lugar apenas quando a natureza do crime exigisse um julgamento público, ainda assim, se diante do pretor, o acusado declarasse falsa a acusação, tinha o direito de ficar em liberdade sob caução, sendo assim, apenas a confissão seria capaz de autorizar ao sujeito responder a acusação preso até o julgamento.

Com o curso dos anos as prisões preventivas foram se adequando às necessidades da sociedade, de acordo com as previsões dos ordenamentos de cada localidade. Contudo diante dos referidos relatos históricos, podemos extrair a conclusão que desde a antiguidade a “prisão preventiva” tinha o caráter de “assegurar o corpo” para que posteriormente a pena pudesse ser aplicada.

No Brasil, a notícia histórica que temos a respeito das prisões diz respeito à constituição do império de 1824 em seu art. 179, §8º, em que admitia a custódia cautelar nos casos declarados em lei, em seguida no Código de Processo Criminal de 1832, que acolheu a prisão preventiva, mesmo sem a culpa estar formada, cabendo para os crimes inafiançáveis e mediante ordem escrita de autoridade legítima.

Em seguida surge o nosso atual Código de Processo Penal de 1941, com grandes inspirações no Código de Processo Penal Italiano que à época vivenciava a Ditadura Fascista de Benito Mussolini, ou seja, nosso código procedimental traz em seu bojo uma série de elementos vinculados ao fascismo. A prisão preventiva estava contida no artigo 311.

Ao longo dos anos uma série de modificações foram feitas em relação a disciplina das prisões preventivas no Código de Processo Penal de 1941, dentre elas uma das alterações mais garantistas que o nosso código sofreu foi em 1967 por meio da lei 5.349, em que foi suprimido do Código de Processo Penal a figura da Prisão Cautelar obrigatória aos crimes punidos com mais de dez anos.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão Cautelar. Doutrina, Jurisprudência e Prática.** Niterói, Impetus. 2011. P. 326

Além dessa alteração relevante, merece destaque a Lei 5.941 (Popularmente conhecida como a lei Fleury), criada em 22 de novembro de 1973, naquela ocasião o Delegado de Polícia do DOPS, Sérgio Fernandes Paranhos Fleury, comandante do esquadrão da morte, que atuou nos porões da Ditadura Militar, após uma série de manobras e recursos acabou sendo condenado em primeiro grau.<sup>45</sup>

Ocorre que, à época o réu não poderia apelar sem que fosse recolhido à prisão em hipótese alguma, mas em razão do risco que o Delegado Fleury representava a inúmeros membros da Ditadura Militar, foi criada a lei recordista em velocidade legislativa, alterando o CPP, passando a ter a seguinte redação: “ O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”<sup>46</sup>

Feitas as referidas digressões de caráter histórico sobre a origem das prisões e o seu contexto no ordenamento brasileiro, é necessário estabelecer algumas premissas básicas sobre o conceito e os pressupostos das prisões preventivas.

#### **2.2.4.2 Conceito e Pressupostos**

Para conceituar a prisão preventiva, nos valem das palavras de Tourinho Filho, que define da seguinte forma a prisão preventiva:

Prisão preventiva é espécie do gênero "prisão cautelar de natureza processual". É aquela medida restritiva da liberdade determinada pelo Juiz, em qualquer fase do inquérito policial 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. É como está na lei.<sup>47</sup>

Percebe-se nesse contexto, que a finalidade da prisão preventiva é semelhante às demais medidas cautelares, mencionadas acima, qual seja, prover o curso regular da marcha processual.

---

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 326 a 327

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 327.

<sup>47</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 682.

Coaduna com o referido posicionamento Rogerio Lauria Tucci nas seguintes palavras:

Dentre as modalidades de prisão provisória, insere-se, no processo penal, a prisão preventiva, como "a mais genuína das formas de prisão cautelar" (cf. José Frederico Marques, Elementos de direito processual penal, Rio de Janeiro, 1965, v. 4, p. 43, n. 932). Ressaltando, também, tal circunstância, Hélio Tornaghi (Instituições de processo penal, 2. ed., São Paulo, 1978, v. 3, p. 144-325 e s.) observa que a prisão provisória se distingue da definitiva exatamente por seu caráter de providência consistente em "meio apenas destinado a cessar logo que se atinge o fim, enquanto que a outra é fim (embora possa por sua vez ter certas finalidades)<sup>48</sup>

Outrossim, podemos destacar o posicionamento adotado por Andrey Borges de Mendonça, de que a prisão preventiva é a mais típica das modalidades de prisão, possui o intuito de tutelar valores relacionados à persecução penal (intraprocessual) além de atender interesses da sociedade (metaprocessuais), visando preservar a sociedade de um possível risco do autor do delito.<sup>49</sup>

Com a devida vênia, tal posicionamento soa completamente absurdo e uma verdadeira violação à natureza das medidas cautelares, pois não se trata dos objetivos das prisões cautelares, mais especificamente da prisão preventiva atender questões de cunho extraprocessual, pois colide frontalmente com a própria essência da medida cautelar.

Nesse espeque, merece destaque o posicionamento adotado por Paulo Rangel:

Não podemos confundir prisão cautelar com política pública séria de combate a violência, ou seja, nada tem a ver com a prisão cautelar os altos índices de violência urbana que assolam nosso País. Se há roubo, homicídios, estupros, etc, ocorrendo nas grandes metrópoles, deve o Estado adotar as medidas necessárias para conter essa onda de violência e não culparmos o Judiciário que não lançou mão de uma medida cautelar para contê-la. Uma coisa é a certeza de que nas ruas não há polícia, outra, bem diferente, é, em decorrência disso, haver necessidade de, no curso do processo, o réu ser preso. Não é a prisão cautelar que vai resolver o problema da violência nas ruas, mas sim a adoção de políticas públicas sérias de combate à violência pelo Executivo. O Judiciário não pode substituir a ação do Executivo. Polícia nas ruas, garantindo nossa segurança, é problema do

<sup>48</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução Penal, Prisão e Liberdade**. São Paulo, Saraiva. 1980, p. 235.

<sup>49</sup> MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais**. São Paulo, Gen, Método. 2011, p.223

Executivo. Prisão cautelar, para assegurar o curso do processo penal justo, é medida a ser adotada pelo Judiciário.<sup>50</sup>

Ante o exposto, concluímos que se queremos uma prisão preventiva que respeite os ditames do Estado Democrático de Direitos, é inconcebível deturpar determinados conceitos para atender a anseios extraprocessuais de problemas que são de ordem política, criando um processo penal de caráter emergencial e violador de garantias constitucionais para isso.

Em relação aos pressupostos da prisão preventiva, é necessário que façamos a análise de alguns dispositivos do Código de Processo Penal, dentre eles o artigo 313 que define alguns critérios para a aplicação da prisão preventiva

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).<sup>51</sup>

Feita a análise do dispositivo supramencionado, percebe-se que o primeiro critério objetivo para a decretação da prisão preventiva é que o crime seja punido com uma pena máxima superior a quatro anos, ou seja, em todos os crimes punidos com penas inferiores a quatro anos não podem ser aplicados a prisão preventiva.

Contudo, tal hipótese não é absoluta, já que o próprio artigo traz situações que excepcionam o prazo “objetivo” de quatro anos, são elas:

---

<sup>50</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011 (versão digital). p. 738.

<sup>51</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm)

A primeira delas diz respeito ao indivíduo que já tiver sido condenado por outro crime doloso, através de sentença penal transitada em julgado, ou seja, o segundo fato criminoso deve ter sido praticado após o trânsito em julgado do primeiro para que essa hipótese seja cabível.

Ademais, cumpre salientar que o inciso I do caput do artigo 64 do CP destaca que após cinco anos do cumprimento ou extinção da pena não será mais considerado reincidente (Sistema de temporariedade da reincidência).

Com o advento da Lei 11.340, ocorreu à época uma extensão nas hipóteses de cabimento da prisão preventiva, determinada pelo artigo 42 dessa Lei, sendo cabível essa modalidade para assegurar a execução de medidas protetivas de urgência.<sup>52</sup>

Em seguida, a lei 12.403 se preocupou em introduzir no próprio Código de Processo Penal essa hipótese de prisões para assegurar a execução das medidas protetivas em relação às mulheres, crianças, adolescentes e idosos, enfermos ou pessoas com deficiência.

Uma parcela da doutrina recebeu tal inovação de maneira bastante positiva, pois com a redação anterior do CPP não seria possível a decretação da prisão preventiva para crimes de lesão corporal leve, por exemplo, merecem destaque os ensinamentos de Eduardo Luiz Santos Cabette:

O dispositivo é providencial, constituindo-se um utilíssimo instrumento para tornar efetivas as medidas de proteção preconizadas pela novel legislação. Não houvesse essa modificação, a maioria dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher ficaria privada do instrumento coercitivo da prisão preventiva por ausência de sustentação nos motivos elencados no artigo 312, CPP.<sup>53</sup>

Por outro lado, existem críticas bastante pertinentes em relação à essa inovação, pois para essa determinada parcela da doutrina, algumas medidas protetivas possuem essencialmente um caráter civil, sendo dotada de patente inconstitucionalidade a utilização da prisão preventiva para assegurar medidas de índole cível, violando o artigo 5º, LXVII que prevê a prisão cível apenas para dívida de alimentos.

No mesmo sentido de posiciona o professor Romulo de Andrade Moreira:

---

<sup>52</sup> GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. Prisão e Medidas Cautelares, comentários à Lei 12.403 de 4 de maio de 2011 P. 149

<sup>53</sup> Ibidem. P.151

Aqui mais um absurdo e uma inconstitucionalidade da lei maria da penha. Permite-se qualquer que seja o crime (doloso), ainda que apenado com detenção (uma ameaça por exemplo), seja decretada a prisão preventiva, bastando que estejam presentes o *fumus commissi delicti* (indícios da autoria e prova da existência do crime – art. 312 do CPP) e que a prisão seja necessária para garantir a execução de medidas protetivas de urgência. A lei criou, portanto, um novo requisito para decretar a preventiva<sup>54</sup>

Ainda sobre o artigo 313 do CPP, temos o parágrafo único que prevê outra possibilidade para a decretação da prisão preventiva, sobre essa hipótese merece destaque as palavras de Aury Lopes Jr:

Trata-se uma inovação e que, igualmente, exige uma leitura cautelosa. Para que seja decretada a prisão preventiva do imputado por haver dúvida em relação à identidade civil são imprescindíveis o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Mais do que isso, até por uma questão de proporcionalidade, pensamos ser necessária uma interpretação sistemática, luz do inciso I do Art. 313 (topograficamente situado antes, como orientador dos demais), para que se exigia um crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos. Impensável decretar a preventiva com base no parágrafo único em caso de crime culposos, por esse exemplo. Da mesma forma, como regra, incabível para crimes de menor gravidade, em que se quer a preventiva seria possível.<sup>55</sup>

Diante da leitura do referido trecho, podemos observar que permaneceria incabível a prisão aos casos de crimes punidos com penas máximas inferiores a quatro anos.

Noutro giro, temos como também como pressupostos da prisão preventiva os indícios suficientes da autoria e a prova da materialidade delitiva, sendo esses pressupostos indispensáveis para justificar a decretação de uma prisão preventiva.

Tais pressupostos (prova da existência do crime e indícios da autoria) são denominados de *fumus commissi delicti* (fumaça do cometimento do delito), assim sendo, para a decretação da prisão preventiva seria necessário que exista a comprovação da existência do crime e aliado a isso bastam apenas os indícios da autoria, bastando apenas uma cognição sumária, ou seja, um mero início, já que a culpa será formada no curso da instrução.

---

<sup>54</sup> *Ibidem*. P. 155

<sup>55</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **O Novo Regime jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. P 85 a 86 .

Não haveria como determinar uma regra ampla o suficiente para verificar os indícios suficientes da autoria, pois cada crime possui sua fisionomia própria e no caso concreto o magistrado examinará, medirá e pesará os elementos que devem autorizar a medida.<sup>56</sup>

### **2.2.4.3. Requisitos para a decretação:**

Analisados os pressupostos (imprescindíveis) para a decretação da prisão preventiva, é importante analisar a segunda parte do binômio, no caso o *periculum Libertates*, que se encarrega de “fundamentar” a necessidade daquela prisão em relação ao processo, de acordo com os requisitos (taxativos) previstos expressamente no artigo 312 do Código Processual Penal.

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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).<sup>57</sup>

Após a leitura do referido artigo, é importante que façamos uma breve análise isolada de cada um desses requisitos, avaliando a sua incidência e as suas questões controversas, excetuada apenas a análise da garantia da ordem pública, que será alvo de uma abordagem mais profunda de modo isolado no capítulo subsequente.

#### **2.2.4.3.1. Garantia da Ordem Econômica:**

A garantia da ordem econômica tem origem histórica vinculada à repressão com aos "crimes do colarinho branco". Nessa hipótese, o cárcere tem o objetivo de impedir que o suspeito permaneça praticando a atividade danosa à ordem econômica e financeira. A grande amplitude da lesão econômica é uma das principais justificativas usadas para decretar a prisão preventiva, ou seja, leva-se em conta a gravidade concreta do delito.

Existe aqueles que defendem que essa hipótese nada mais é do que um mero desdobramento "garantia da ordem pública". De fato, as duas expressões são demasiadamente amplas, entretanto contam com uma aplicabilidade completamente diversa.

---

<sup>56</sup> MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais**. São Paulo, Gen, Método. 2011, p. 231

<sup>57</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm).



Impende salientar, que o trecho do artigo que diz respeito à ordem econômica foi incluída pela Lei n.8.884 (Lei antitruste), 11 de junho de 1994, objetivando permitir a prisão do autor de conduta criminosa que, vise dominar mercados, aniquilar a concorrência e elevar lucros de modo arbitrário e que perturbasse o livre exercício de qualquer de natureza econômica

Com esse requisito, objetivou-se tutelar o risco proveniente de ações que repercutam na tranquilidade e no equilíbrio da ordem econômica, quer seja pela reiteração de práticas que ocasionem prejuízos financeiros vultosos, ou ainda, por colocar em xeque a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro.

Nesse sentido, podemos notar uma aproximação entre a garantia da ordem pública e da ordem econômica, pois tamanha é a imprecisão e o grau de atratividade desses dois requisitos, desse modo, uma parcela da doutrina formula severas críticas à essa modalidade, como é o caso de Aury Lopes Jr:

Se o objetivo é perseguir a especulação financeira, as transações fraudulentas, e coisas do gênero, o caminho passa pelas sanções à pessoa jurídica, o direito administrativo sancionador, as restrições comerciais, mas jamais pela intervenção penal, muito menos de uma prisão preventiva. É manifesta a inadequação da prisão para garantia da ordem econômica, pois já havia, no art. 30 da Lei n. 7.492, a previsão de decretação de prisão preventiva em “razão da magnitude da lesão causada”. Mas, para além disso, em nada serviria a prisão para remediar ou diminuir a lesão econômica. Muito mais útil seria o sequestro e a indisponibilidade dos bens, pois dessa forma melhor se poderia tutelar a ordem financeira e também amenizar as perdas econômicas. Da mesma forma, é inegável que, nesse tipo de crime, o “engessamento” patrimonial é o melhor instrumento para evitar a reiteração de condutas<sup>58</sup>

Diante da leitura do referido trecho, parece bastante acertado tal posicionamento, pois se o objetivo é evitar uma lesão à economia seria muito mais eficaz uma completa mobilização do capital não só do suposto autor do delito, mas de toda a empresa, ao invés de restringir a liberdade enquanto “laranjas” permanecem praticando tais condutas, ou ainda, é grande a possibilidade de se alcançar apenas o executor e não o verdadeiro mentor de tal medida.

---

<sup>58</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 829.

Assim sendo, percebe-se que a restrição da liberdade pautada na garantia da ordem econômica é bastante inapropriada e ineficaz para aquilo que se propõe.

#### **2.2.4.3.2. Conveniência da Instrução Criminal:**

A conveniência da instrução criminal se apresenta como um dos requisitos mais validos e legítimos para a decretação de uma prisão preventiva, uma vez que ele traz em sua essência uma verdadeira medida de natureza cautelar, pois o objetivo dele é proteger o processo principal de possíveis interferências negativas de algum dos réus, sendo esse o fundamento para a reclusão daquele que de alguma forma tentar obstar o curso da instrução.

Entretanto, é imprescindível que se demonstre, com elementos seguros e indubitáveis, que, caso o suspeito esteja solto, ele não irá burlar elementos probatórios que apontam a sua culpabilidade, aterrorizando testemunhas e vítimas ou, ainda, se desfazendo de evidências e fraudando provas por exemplo.

Cumprido salientar que, apesar de a lei se valer do termo “conveniência”, em verdade, deveria se referir a ela como “necessidade” em razão da excepcionalidade que se reveste a prisão preventiva, devendo interpretá-lo como “necessidade”, e não uma simples conveniência.

Coaduna com tal entendimento o Professor Renato Brasileiro de Lima:

Apesar do legislador usar a expressão conveniência da instrução criminal, a medida cautelar não pode ser decretada com base em mera conveniência. Sua decretação está condicionada, sim, à necessidade ou indispensabilidade da medida a fim de possibilitar o bom andamento da instrução criminal<sup>59</sup>

Outrossim, é importante frisar que uma vez que a instrução criminal se encerrou, ou ainda, a testemunha ameaçada já se pronunciou em juízo, não subsiste mais nenhum motivo para a manutenção dessa medida, devendo ser revogada a prisão.

---

<sup>59</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão Cautelar. Doutrina, Jurisprudência e Prática.** Niterói, Impetus. 2011. P. 249.

Por fim, é importante que se faça uma crítica à genericidade e à ausência de fundamentação com base em elementos processuais para a adoção de tais medidas, pois inúmeras vezes não existe nenhuma prova ou sequer indício que o paciente criará óbice a instrução criminal, mas o magistrado com base em elementos “abstratos” pautado em suposições que inexistem para o processo utiliza tal requisito como justificativa para a prisão.

#### **2.2.4.3.3. Assegurar a aplicação da lei penal:**

Essa medida também é essencialmente uma medida de caráter cautelar, podemos perceber isso da notícia histórica que temos das prisões preventivas, de que ela servia para assegurar que o suspeito viesse a cumprir a pena referente ao processo que seria julgado.

Ocorre que, tais concepções foram alteradas e atualmente para que a prisão preventiva tenha fundamento na necessidade de assegurar o cumprimento da lei penal é imprescindível que se tenha alguma fundada suspeita da fuga do paciente para frustrar a aplicação da lei penal.

Sobre essa situação, merece destaque os ensinamentos de Gustavo Badaró:

O juiz terá que fazer um juízo para o futuro, um prognóstico diante da situação atual. O futuro não se acerta, prevê-se. Não é possível se exigir a plena prova da certeza de um perigo de dano, ou um dano em potencial. Seria buscar a certeza de um dano futuro e não de um acontecimento passado, de um dano que já tenha ocorrido. O que se pode exigir do juiz em tal caso é uma previsão, um prognóstico sobre um dano futuro <sup>60</sup>

Um dos elementos preponderantes que é levado em conta para a decretação da prisão preventiva com base nesse fundamento é o fato do suspeito não possuir residência fixa, ocupação lícita, ou ainda, não “residir no distrito da culpa”, essas frases são lugar comum nos decretos preventivos.

Entretanto não parecem adequadas tais justificativas visto que a fuga não pode ser presumida pelo juízo, mas deve ser amparada em elementos que evidenciem claramente que o suspeito deseja se furtar da ação da justiça.

---

<sup>60</sup> <http://badaroadvogados.com.br/o-onus-da-prova-no-habeas-corpus-in-dubio-pro-libertate.html>

Nesse espeque, a simples hipossuficiência econômica do réu, ou ainda o fato dele estar desempregado, não autorizaria o juiz a decretar sua prisão preventiva.

Coaduna com tal entendimento Eugênio Pacielli de Oliveira:

A fuga não pode ser tomada como consequência lógica e necessária da riqueza, mas de outro lado, pode justificar a adoção de outras medidas acautelatórias para a garantia da aplicação da lei penal (...) Dizer que o simples fato da superlativa condição econômica e financeira do agente, por si só, não é suficiente para o temor da fuga, não significa mais que reconhecer que seria necessária a presença de um risco real ou efetivo de sua ocorrência (fuga). Ficáramos, portanto, no plano das abstrações e das especulações, sem correspondência com a concretude a que se faz apenas referência. Por isso, pensamos que será o exame detido de cada caso concreto que poderá legitimar a situação de risco à persecução penal <sup>61</sup>

Diante disso, é importante observar que o requisito da necessidade de assegurar a aplicação da lei penal não pode estar fundamentada em meras presunções e “achismos” do magistrado, devendo observar atentamente os elementos presentes no processo e que fundamente neles a possibilidade de aplicação dessa medida.

### **2.3. Panorama geral das modificações introduzidas pela Lei nº. 12.403/2011 e suas implicações:**

Ao final do presente capítulo, merece destaque que até o advento da lei 12.403/11 o sistema processual brasileiro era bastante carente de medidas cautelares, pautando-se apenas na prisão cautelar ou na liberdade provisória, vivendo uma situação que os doutrinadores denominavam de bipolaridade processual, mas com o curso do tempo começaram a surgir decisões que começavam a impor “condições” ao imputado, entretanto sem ainda estarem regulamentadas.

Em que pese a adoção desse procedimento configurasse uma profunda violação as normas processuais penais, já que nenhuma das cautelares aplicadas eram típicas, ninguém se insurgia contra tais medidas, pois em regra,

---

<sup>61</sup> PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barros da. **Prisão Preventiva e liberdade Provisória a Reforma da lei 12.403/11**. São Paulo, Ed. Atlas. 2013 P. 106

as medidas impostas eram sempre mais benéficas. A adoção desse procedimento era conhecida como “Poder Geral de Cautela”

No seguinte trecho podemos extrair um entendimento mais profundo sobre o “poder geral de cautela”:

No processo civil é reconhecido o poder geral de cautela (potere cautelare generale) confiado aos juízes, em virtude do qual eles podem, sempre, onde se manifeste a possibilidade de um dano que deriva do atraso de um procedimento principal, providenciar de modo preventivo a eliminar o perigo, utilizando a forma e o meio que considerem oportunos e apropriados ao caso.<sup>62</sup>

É salutar destacar o caráter excepcional do cárcere, em detrimento das cautelares diversas, que podem e devem ser priorizadas no nosso ordenamento, todavia percebemos uma inversão de tal ordem, ao tempo que a prisão preventiva é praticamente instantânea e automática, apenas sendo “convertida”, existindo uma resistência muito grande dos magistrados para a aplicação das cautelares diversas.

A Lei 12.403 teve como um dos seus principais propósitos o esvaziamento das cadeias públicas e das delegacias dos presos provisórios, principalmente aqueles que cometeram crimes mais banais e que não necessitam responder ao processo presos, já que muitas vezes o próprio crime prevê uma pena que possa ser cumprida em regime semiaberto ou aberto, sendo dispensável manter o réu preso durante toda instrução.

Diversamente, podemos observar que o objetivo da Lei não foi alcançado, pois desde a sua criação até o presente momento, percebe-se um crescimento assustador do número de presos provisórios, sobretudo aqueles que respondem a crimes menos graves, ou seja, uma lei que serviria para esvaziar as cadeias públicas acabou por aumentar mais ainda.

Não podemos atribuir a culpa desse fato exclusivamente à Lei, muito embora ela apresente alguns problemas, o maior de todos eles é: a margem de liberdade que ela atribui ao magistrado, ficando ao critério deles uma série de elementos com um elevado grau de subjetividade e além disso percebe-se que alguns ainda não se adaptaram às inovações trazidas por ela.

---

<sup>62</sup> Trecho de: Aury Lopes Jr. “Direito Processual Penal.” Saraiva, 2012-04-05T13:07:29+00:00. iBooks.

### 3 Garantia da Ordem Pública:

No capítulo anterior vimos alguns dos principais requisitos para justificar a decretação da prisão preventiva, restando apenas a “garantia da ordem pública”, que será alvo de uma abordagem mais ampla e aprofundada nesse capítulo especificamente.

Muito embora o objetivo não seja uma análise dogmática a respeito desse instituto, é importante que sejam estabelecidas algumas premissas norteadoras, para que posteriormente seja possível a construção de uma análise crítica desse tema.

Sobre a garantia da ordem pública, merece destaque o trecho de Andrey Borges de Mendonça que traz uma visão sobre a garantia da ordem pública:

A garantia da ordem pública é a expressão mais ampla e aberta de todos os fundamentos da prisão preventiva e, justamente por isto, a que traz mais divergências e, muitas vezes, abusos. Ordem pública significa segurança e tranquilidade da sociedade. Ou, nas palavras de Fábio Bechara, paz social e convivência harmoniosa." Justamente nesse sentido, a prisão preventiva do acusado é decretada para a garantia da ordem pública quando houver o risco de que a tranquilidade social será ameaçada pela prática de novos delitos. Assim, majoritariamente, entende-se que o risco de reiteração criminosa pelo agente é o fator que justifica a prisão com base na ordem pública.<sup>63</sup>

Diante do seguinte trecho, percebe-se desde então a amplitude conceitual e a margem de indefinição que paira sob a garantia da ordem pública, não existindo ao certo uma definição precisa para a garantia da ordem pública, mas uma série de formulações genéricas que são utilizadas como argumentos para a garantia da ordem pública.

A imprecisão conceitual e a indeterminabilidade da garantia da ordem pública têm ocasionado um dos maiores problemas existentes no panorama das prisões preventivas, que é a margem de discricionariedade para o julgador fundamentar da forma que melhor lhe aprouver a “garantia da ordem pública”.

---

<sup>63</sup> MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais**. São Paulo, Gen, Método. 2011, p. 262.

O Processo Penal lida com um dos bens mais preciosos na vida de um ser humano, no caso, a sua liberdade. Atuando como um limitador do poder punitivo estatal, razão pela qual não pode lidar com conceitos jurídicos tão abertos e imprecisos, dotados de uma subjetividade tão gritante.

Nesse sentido, os magistrados têm fundamentado as suas decisões das formas mais variadas, lançando mão em uma série de conceitos e jargões criados para justificar a garantia da ordem pública, são eles: “risco/probabilidade de reiteração delitiva” “clamor público/social” “gravidade *in concreto* do delito” “repercussão negativa no seio social”, “reprovabilidade da conduta” e “perturbação à paz social”.

Ou seja, em um breve parágrafo foi possível trazer os argumentos mais diversos e indefinidos de garantia da ordem pública, todos eles são utilizados diariamente por magistrados e Tribunais mantendo centenas de milhares de pessoas encarceradas todos os dias.

Nesse sentido, é importante evidenciar a dualidade que foi criada no cenário das prisões preventivas, sendo elas aquelas “tipicamente cautelares” e as que servem a “valores sociais presentes na sociedade” como é o caso da segurança pública e a credibilidade das instituições públicas, diversos autores têm começado a perceber essa dualidade, como é o caso de Andrey Borges de Mendonça:

Merece destaque a Obra do professor Rômulo de Andrade Moreira, que com brilhantismo caracteriza a garantia da ordem pública

Lamentavelmente continuamos a ter como um dos requisitos para a decretação da prisão preventiva a “garantia da ordem pública”, conceito por demais genérico e, exatamente por isso, impróprio para autorizar uma custódia provisória que, como se sabe, somente se justifica no processo penal como um provimento de natureza cautelar (presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*). Há mais de dois séculos Beccaria já preconizava que “o réu não deve ficar encarcerado senão na medida em que se considere necessário para o impedir de escapar-se ou de esconder as provas do crime, o que coincide com dois outros requisitos da prisão preventiva em nosso País (conveniência da instrução criminal e assecuração da aplicação da lei penal)<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> MOREIRA, Romulo de Andrade. **A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e As Demais Medidas Cautelares**. Porto Alegre, Lex Magister. 2012 P.48.

No Brasil a prisão preventiva tem sido decretada sob o argumento de se estar resguardando a ordem pública, quando, na verdade, o real objetivo é querer evitar o cometimento de novos delitos pelo acusado, ou ainda, satisfazer a opinião pública.

Sobre tal tema, merece destaque o posicionamento dos juristas espanhóis Gimeno Sendra, Moreno Catena e Cortés Dominguez:

Tampoco puede atribuirse a la prisión provisional un fin de prevención especial: evitar la comisión de delitos por la persona a la que se priva de libertad. La propia terminología más frecuentemente empleada para expresar tal idea – probable comisión de ‘otros’ o ‘ulteriores’ delitos – deja entrever que esta concepción se asienta en una presunción de culpabilidad. (...) Por las mismas razones no es defendible que la prisión provisional deba cumplir la función de calmar la alarma social que haya podido producir el hecho delictivo, cuando aún no se ha determinado quién sea el responsable. Sólo razonando dentro del esquema lógico de la presunción de culpabilidad podría concebirse la privación en un establecimiento penitenciario, el encarcelamiento del imputado, como instrumento apaciguador de las ansias y temores suscitados por el delito. (...) La vía legítima para calmar la alarma social – esa especie de ‘sed de venganza’ colectiva que algunos parecen alentar y por desgracia en ciertos casos aflora – no puede ser la prisión provisional, encarcelando sin más y al mayor número posible de los que **prima facie** aparezcan como autores de hechos delictivos, sino una rápida sentencia sobre el fondo, condenando o absolviendo, porque sólo la resolución judicial dictada en un proceso puede determinar la culpabilidad y la sanción penal.”<sup>65</sup>

Parece bastante acertado o posicionamento supramencionado, vez que a garantia da ordem pública não pode ter como objetivo acautelar o meio social, pois estaria incorrendo numa inversão do estado de presunção de inocência e incidindo uma presunção de culpabilidade, dando azo a uma vingança coletiva por parte da sociedade em relação ao imputado.

### 3.1 Contornos teóricos e práticos

Sob o plano teórico, percebe-se que a maioria da doutrina é resistente, ou até mesmo avessa ao requisito da garantia da ordem pública como fundamento para as prisões preventivas, sendo diversos os motivos, dentre eles alguns entendem que se trata de um requisito demasiadamente vago, outros defendem a inconstitucionalidade desse instituto, ainda existem os que defendem que a garantia da ordem pública não guarda relação alguma com as prisões cautelares.

---

<sup>65</sup> Derecho Procesal Penal, Madrid: Colex, 3ª. ed., 1999, pp. 522/523. Apud MOREIRA, Romulo de Andrade. **A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e As Demais Medidas Cautelares**. Porto Alegre, Lex Magister. 2012 P. 48 a 49.



Nesse sentido, merece evidencia o posicionamento de alguns autores consagrados, acerca dessa temática, para que seja possível a construção de uma cognição ampla com os mais diversos pontos de vista:

Para Eugênio Paccieli de Olivera a garantia da ordem pública seria o calcanhar de Aquiles do processo penal brasileiro: sendo uma modalidade de cautela absolutamente desconectada com a instrumentalidade inerente ao processo de natureza cautelar. O objetivo dela não é a proteção da investigação ou do processo em curso, mas a tutela contra possíveis atos de reiteração criminosa. Identificando tais possibilidades e legitimando tal providência através de um esforço argumentativo.<sup>66</sup>

Segundo o entendimento de Renato Brasileiro de Lima existiriam três correntes sobre a garantia da ordem pública, a primeira delas (minoritária) defende que a garantia da ordem pública não é dotada de cauteralidade e seria uma forma de cumprimento antecipado de pena, para essa parcela a ordem pública serviria a finalidades extraprocessuais, sustentada por Odone Sanguiné.<sup>67</sup>

Para a segunda corrente (majoritária) a garantia da ordem pública teria a finalidade de aplacar a reiteração delitiva, evitando colocar em liberdade aquele que é propenso a prática delituosa, para eles existiria sim uma cauteralidade pois existiria o objetivo de assegurar um resultado útil ao processo. Sendo esse o posicionamento que tem prevalecido nos Tribunais Superiores.<sup>68</sup>

A terceira corrente com um caráter ampliativo atribui à garantia da ordem pública uma finalidade de impedir que o agente solto continue delinquindo, servindo para acautelar o meio social do convívio do imputado e garantir a credibilidade da justiça nos crimes que provoquem um clamor público, defendida por Fernando Capez.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barros da. **Prisão Preventiva e liberdade Provisória a Reforma da lei 12.403/11**. São Paulo, Ed. Atlas. 2013 p. 92.

<sup>67</sup> <sup>67</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão Cautelar. Doutrina, Jurisprudência e Prática**. Niterói, Impetus. 2011. p. 235 a 236.

<sup>68</sup> *Ibidem*. p. 236 a 240.

<sup>69</sup> *Ibidem* 240 a 241.

No mesmo sentido se posiciona Denílson Feitoza Pacheco, entendendo que a prisão processual deve zelar pela proteção do “fim mediato geral da persecução penal, que é a segurança pública”<sup>70</sup>

Após as referidas análises, merece destaque as considerações de Aury Lopes sobre o tema:

É inconstitucional atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarma social, e, por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o Estado, enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo. Também a ordem pública, ao ser confundida com o tal “clamor público”, corre o risco da manipulação pelos meios de comunicação de massas, fazendo com que a dita opinião pública não passe de mera opinião publicada, com evidentes prejuízos para todos. Obviamente que a prisão preventiva para garantia da ordem pública não é cautelar, pois não tutela o processo, sendo, portanto, flagrantemente inconstitucional, até porque, nessa matéria, é imprescindível a estrita observância ao princípio da legalidade e da taxatividade. Considerando a natureza dos direitos limitados (liberdade e presunção de inocência), é absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva (*in malam partem*) que amplie o conceito de cautelar até o ponto de transformá-la em medida de segurança pública<sup>71</sup>

Feita a análise do posicionamento da doutrina sobre a temática da garantia da ordem pública, percebe-se que existem fortes argumentos e doutrinadores de renome que defendem a inconstitucionalidade e a inaptidão da garantia da ordem pública como requisito para a prisão preventiva.

Embora a maioria da doutrina não entenda sobre a inconstitucionalidade da garantia da ordem pública, não parece tal posicionamento adequado, pois diversos são os motivos que tornam inconstitucional a garantia da ordem pública, dentre eles a impossibilidade de enquadramento desse requisito enquanto uma medida cautelar, a amplitude e vagueza conceitual, que abre espaços a analogias *in malam partem* e viola a taxatividade do processo penal, além disso o esforço argumentativo que é utilizado para fundamentar essa modalidade e afastar o estado de inocência do acusado.

---

<sup>70</sup> PACHECO, Denílson Feitoza. **Direito Processual Penal. Teoria, Crítica e Praxis** 7ª Ed. Rio de Janeiro, Impetus. 2010, p. 289.

<sup>71</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **O Novo Regime jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. P.89.

Adentrado a seara prática, essa temática se mostra ainda mais complexa, pois os Tribunais Superiores entendem como válido ao requisito da garantia da ordem pública como fundamento para a prisão preventiva, sendo esse posicionamento uníssono na jurisprudência brasileira.

No entanto, ainda dentro do posicionamento dos Tribunais Superiores existe uma subdivisão sobre a temática da garantia da ordem pública, não podendo ser utilizado qualquer argumento de forma ampla e irrestrita para justificar a garantia da ordem pública.

A propósito, os Tribunais superiores têm rechaçado a argumentação de que a garantia da ordem pública serviria para aplacar o clamor social, credibilidade de instituições, proteger o imputado da exposição social, dentre outros argumentos falaciosos.<sup>72</sup>

Ocorre que, a garantia da ordem pública, justamente pela sua acepção ampla tem abarcado todo tipo de fundamentação para a decretação da prisão preventiva, tendo virado um conceito padrão em que tudo se enquadra a essa categoria, desde que haja um certo esforço argumentativo.

Para piorar mais ainda a situação prática da garantia da ordem pública, os magistrados têm feito cada vez menos esforço para motivar as suas decisões, muitas vezes apenas citando o artigo 312 do Código de Processo Penal ou apenas dizendo que viola a garantia da ordem pública.

A verdade é que as decisões que decretam a prisão preventiva na esmagadora maioria das vezes contam com o requisito da garantia da ordem pública, já que esse é o mais fácil para fundamentar, não exigindo nenhuma robustez da decisão.

A situação tem assumido um quadro tão crítico que alguns magistrados criaram decisões padrão que conseguem se adequar a todos os casos, desde um furto até um homicídio, alterando-se apenas um parágrafo que conta com algumas nuances superficiais do caso. Além disso temos as chamadas “decisões

---

<sup>72</sup> Ainda é possível encontrar alguns poucos julgados que não respeitam esse posicionamento majoritário, até porque tem pouco tempo que foi pacificada a inaplicabilidade desses argumentos como fundamento válido para uma prisão. Logo mais trataremos de forma mais aprofundada essa matéria.

questionarias” que funcionam com um simples (X) para marcar o motivo da prisão.

Tamanha a genericidade da garantia da ordem pública, que vem cedendo espaço para decisões completamente genéricas e sem nenhum tipo de fundamentação. Não bastasse a inconstitucionalidade desse fundamento, ela tem se tornado mais do que isso, uma verdadeira “erva daninha” destruindo completamente o quadro das prisões preventivas no ordenamento jurídico pátrio.

A garantia da ordem pública tem se mostrado um argumento bastante sedutor, com o qual a sociedade tem “concordado” já que a finalidade seria a resolução de problemas de segurança pública, não existindo o mínimo interesse se de fato esse requisito violaria a nossa constituição.

A verdade é que em nome de uma sede punitiva estatal, temos dado espaço para que institutos como esse ganhem força e funcionem como justificativa padrão para todo o tipo de prisão.

### **3.2 A hermenêutica do julgador: A consciência, a pré-compreensão e a influência midiática como instrumentos (i)materiais da compreensão do magistrado acerca da garantia da ordem pública.**

Com o avanço da mídia e o crescimento em larga escala e a difusão ao acesso à informação, temos a mídia como um dos principais agentes formadores de opinião da nossa sociedade, elemento que representa um risco, sobretudo no que diz respeito à seara Penal. Neste ponto, cumpre analisar a subjetividade do fundamento da garantia da ordem pública e de que forma a mídia interfere em relação a empregabilidade desse requisito.

Sobre o subjetivismo da garantia da ordem pública merece destaque o posicionamento de Gustavo Badaró:

A expressão “ordem pública” é vaga, de conteúdo indeterminado. A ausência de um referencial semântico seguro para a “garantia da ordem pública” coloca em risco a liberdade individual. (...) Quando se prende para “garantir a ordem pública” não se está buscando a

conservação de uma situação de fato necessária para assegurar a utilidade e a eficácia de um futuro provimento condenatório. Ao contrário, o que se está pretendendo é a antecipação de alguns efeitos práticos da condenação penal.<sup>73</sup>

No mesmo sentido se posiciona Roberto Delmanto, quando aborda as consequências da utilização da medida coercitiva de liberdade, tendo como fundamento a garantia da ordem pública:

É de se esclarecer, porém, ser indisfarçável que nesses termos a prisão preventiva se distancia 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. Não há como negar, com efeito, que ao se aceitar a prisão provisória de alguém, para que a sociedade não se sinta perturbada, amedrontada, desprotegida etc., estar-se-á presumindo a culpabilidade do acusado.<sup>74</sup>

Merece destaque a breve retrospectiva histórica formulada por Aury Lopes, analisando o processo de surgimento da garantia da ordem pública para que tenhamos uma plena compreensão das suas implicações em nossa sociedade:

Grave problema encerra ainda a prisão para a garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha da década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão 'bem' sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes<sup>75</sup>

Tourinho Filho se posiciona no mesmo sentido dos referidos autores coadunando com entendimento até então exposto, acreditando ser a garantia da ordem pública um conceito aberto, que se confunde com a paz social e tranquilidade, colocando nas mãos dos juízes um poder imenso, permitindo que as prisões sejam embasadas, ainda que inconscientemente, por suas convicções, frente a indeterminabilidade da expressão. Sustenta o absurdo de se considerar a mídia enquanto um termômetro do que afeta a ordem pública,

---

<sup>73</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito processual penal**. 2. ed. Rio de Janeiro. Elsevier. 2009. Tomo II. P. 193 a194.

<sup>74</sup> <http://emporiododireito.com.br/garantia-da-ordem-publica-fundamentacao-generica-constitui-meio-abusivo-de-decretacao-da-prisao-preventiva-segundo-o-procurador-de-justica-romulo-de-andrade-moreira/>

<sup>75</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **O Novo Regime jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 92.

pois sendo assim, esta modalidade de prisão ficaria a único critério dos meios de comunicação.

Para Fauzi Hassan a temática da garantia da ordem pública transformou-se em “argumento típico da retórica de emergência”, entre as razões para tal, por ser conceito aberto, que assimila tanto a presunção de culpabilidade, quanto a possibilidade de reiteração, tendo em vista que esta está fundamentado no discurso lei e ordem que inspira a legislação de emergência,<sup>76</sup>

De modo breve e brilhante Aury Lopes se posiciona quando diz que a garantia da ordem pública é uma “autorização geral e aberta para prender”<sup>77</sup>.

Nesse ponto, é importante observar que antes mesmo de construir uma decisão o magistrado já tem na cabeça dele uma concepção formada, para prender ou soltar o imputado, buscando apenas uma fundamentação que melhor se adeque a uma decisão que ele já tinha tomado anteriormente, nesse ponto, a garantia da ordem pública contribui bastante, pois dada a sua vagueza, qualquer argumento se enquadra como justificativa plausível.

Diante de tamanha insensatez, a verdade é que a “opinião pública” tem se encarregado de “julgar antecipadamente” o acusado, o magistrado seria apenas um porta voz daquilo que pensa a sociedade a respeito da possibilidade de soltura de um determinado indivíduo, muitos se intitulam de “agentes de transformação social” de modo que a decisão deles devesse atender os anseios da sociedade, ignorando completamente a lei e a constituição.

Existem relatos de magistrados que observavam nitidamente a ilegalidade da prisão mas falavam “Não posso soltar esse indivíduo, pois caso ele cometa algum crime novamente a imprensa e a opinião pública irá atribuir a mim responsabilidade sobre esse provável fato”.

Este é um ponto preocupante: o papel exercido pelos telejornais, que ao invés de simplesmente noticiar, transforma delitos e processos judiciais em novelas promovendo um verdadeiro sensacionalismo midiático, sobretudo nos casos

---

<sup>76</sup> CHOUKR HASSAN, Fauzi. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002 147-148

<sup>77</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **O Novo Regime jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 98

que “chocam a sociedade”, aliado ao vago requisito da garantia da ordem pública e cumulado à arbitrariedade de alguns magistrados, tem promovido verdadeiros absurdos.

Por diversas vezes, a reprovabilidade da mídia perante a sociedade é mais severa do que a própria sanção decorrente da sentença penal e as prisões provisórias, que tem suas vidas completamente devassadas e invadidas. destaque-se, ainda, que por vezes, imprensa já escolheu condenar o cidadão (constitucionalmente presumido inocente) antes mesmo do término da instrução criminal.

Sobre essas questões, destaco as brilhantes palavras do mestre Francesco Carnelutti:

Logo que surge o processo, o suspeito, o acusado, sua família, sua casa seu trabalho são inquiridos, investigados, despidos na presença de todos. Um indivíduo assim é feito em pedaços. E um indivíduo assim, relembremo-nos, é o único valor da civilização que deveria ser protegido<sup>78</sup>

A verdade é que o sensacionalismo da imprensa tem se demonstrado algo bastante lucrativo, já que diversos telejornais apostam nessa fórmula nos mais diversos horários da programação, justamente pela audiência que contam por parte da sociedade.

### **3.3 A Futurologia Perigosista exacerbada e a pseudo garantia da ordem pública**

A futurologia perigosista é proveniente de uma análise feita pelos magistrados sobre a probabilidade do imputado caso seja colocado em liberdade torne a cometer outros delitos, é o que muitos denominam de “personalidade voltada para o crime”, algo completamente frágil e sem o menor embasamento processual.

---

<sup>78</sup> CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo Penal**. 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 48.

Tratam-se de meras presunções de que se o sujeito já praticou duas vezes ou mais aquele determinado delito, quando posto em liberdade encontrará os mesmos estímulos que teve anteriormente para praticá-los.

Ou seja, o estado atribui às prisões de caráter provisório um caráter de prevenção geral que já seria uma das finalidades da pena e não de uma medida de natureza cautelar, além disso não existe uma real preocupação e um plano a médio e longo prazo para a prevenção de delitos.

Sendo assim, a garantia da ordem pública tem sido vista como válvula de escape para todos esses problemas, pois de fato é muito mais fácil prender do que de fato buscar a verdadeira solução para esse problema, acontece que mais cedo ou mais tarde esse indivíduo deverá ser posto em liberdade o que evidencia a fragilidade argumentativa da futurologia perigosista.

Merece destaque a transcrição da seguinte ementa do voto do Relator Amilton Bueno de Carvalho do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

HABEAS CORPUS. Prisão preventiva. Requisitos legais. Presunção de periculosidade pela probabilidade de reincidência. Inadmissibilidade.

A futurologia perigosista, reflexo da absorção do aparato teórico da Escola Positiva – que, desde muito, têm demonstrado seus efeitos nefastos: excessos punitivos de regimes políticos totalitários, estigmatização e marginalização de determinadas classes sociais (alvo do controle punitivo) – tem acarretado a proliferação de regras e técnicas vagas e ilegítimas de controle social no sistema punitivo, onde o sujeito – considerado como portador de uma perigosidade social da qual não pode subtrair-se – torna-se presa fácil ao aniquilante sistema de exclusão social.

A ordem pública, requisito legal amplo, aberto e carente de sólidos critérios de constatação (fruto desta ideologia perigosista) – portanto antidemocrático –, facilmente enquadrável a qualquer situação, é aqui genérica e abstratamente invocada – mera repetição da lei –, já que nenhum dado fático, objetivo e concreto, há a sustentá-la. Fundamento prisional genérico, anti-garantista, insuficiente, portanto! A gravidade do delito, por si-só, também não sustenta o cárcere extemporâneo: ausente previsão constitucional e legal de prisão automática por qualquer espécie delitiva. Necessária, e sempre, a presença dos requisitos legais (apelação-crime 70006140693, j. em 12/03/2003).<sup>79</sup>

A decisão supramencionada é certa com relação ao verdadeiro significado da futurologia perigosista e o modo que ela tem sido empregada, e as suas finalidades. Em verdade percebe-se que o magistrado deveria ser um “grande

---

<sup>79</sup> j <http://jus.com.br/artigos/9120/a-natureza-juridica-da-ordem-publica-e-o-clamor-publico-como-fundamento-da-prisao-preventiva/2>



oraculo” para conseguir prever a reiteração delitiva em relação ao acusado, já que nem ele mesmo sabe se tornará a delinquir quiçá um juiz que nunca viu e nem sequer dialogou com o suposto autor do fato.

Em verdade, o argumento da futurologia perigosista em nada coaduna com o nosso sistema processual penal e nem com a nossa constituição garantista e democrática. Tal raciocínio se associa muito mais a um estado totalitário e ditatorial do que em relação a um “estado democrático de direito”. O fato é que a nossa constituição e as nossas leis retratam uma democracia, mas a nossa sociedade e a mentalidade do nosso povo retrata um pensamento ditatorial e retrogrado que destoa completamente do “papel”.

A futurologia perigosista nada mais é do que a manutenção e a releitura dos institutos da escola positiva, ocasionando uma criação de regras vagas e ilegítimas que se encarregam na verdade de um papel muito mais de controle social do que uma preocupação com direitos e garantias, já que é muito mais fácil encarar determinados sujeitos como dotados de uma “periculosidade” e mantê-lo excluído do sistema e da sociedade

Cabe añadir que una de las pretensiones más ambiciosas de esta criminología etiológica individual equívoca fue la de hacer realidad el viejo sueño positivista: medir la peligrosidad. Puede decirse que el "peligrosómetro" se trata de construir en la posguerra, pues las tentativas anteriores no eran tan tecnificadas o bien se limitaban a ser intuitivas, pese a que la idea de su construcción, por regla general, proviene de antes de la guerra y se funda en investigaciones llevadas a cabo en su trascurso”<sup>80</sup>

Diante do referido trecho em destaque, pode-se observar uma severa crítica desse autor para com a “objetivização” de uma reincidência, vez que existia um objetivo de medir o grau de periculosidade de um determinado sujeito e seja feita uma tabela com tal porcentagem, ou seja, algo completamente inimaginável para os padrões de um estado democrático.

Sobre a pseudo garantia da ordem pública, já é sabido por todos que ela é um requisito legal amplo, aberto e carente de sólidos critérios de constatação, antidemocrática e fruto desta ideologia perigosista, de uma grande maleabilidade que a torna perigosa por ser enquadrável a qualquer situação.

---

<sup>80</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Criminología: Aproximación desde un margen**. Bogotá Colômbia, Editorial Temis. 1988, p. 244.  
<https://colectivociajpp.files.wordpress.com/2012/08/criminologc3ada-aproximacic3b3n-desde-un-margen-zaffaroni.pdf>

Cumpra salientar que em verdade a famigerada garantia da ordem pública nunca será verdadeiramente concretizada, pois não é a prisão de um determinado sujeito que fará que alcancemos a “ordem pública”, afinal, prendemos tanto com base nesse argumento (centenas de milhares) que se de fato a ordem pública existisse já teríamos alcançado-a.

Não será a colocação em liberdade daqueles que são presumidamente inocentes que abalará a ordem pública e nem a prisão deles que fará que ela seja reestabelecida.

Nesse sentido, merecem ser feitos os seguintes questionamentos: será que realmente cumprimos o papel de garantir a ordem pública com essas prisões? Temos atualmente em nosso país uma ordem pública? Se prendemos tanto com base nesse critério porquê será que ainda não alcançamos a ordem pública?

Bem, diante de todos esses questionamentos que parece que já foram amplamente respondidos durante o texto, podemos concluir que na verdade a garantia da ordem pública é apenas uma frase, um “topoi”, que na verdade é uma estrutura completamente oca, já que por trás dela não há nenhum suporte jurídico e tampouco sociológico argumentativo que justifique a sua utilização, tudo nela se encaixa.

### **3.4. A (in)adequação da garantia da ordem pública empregada enquanto fundamento para medida de natureza cautelar.**

Além do que já foi exposto, percebe-se claramente que a garantia da ordem pública, assim como a garantia da ordem econômica, são os dois únicos requisitos que não conseguem ser traduzidos em medidas cautelares, já que não trazem em sua essência nenhuma relação com o processo penal quiçá com a cauteridade.

Desse modo, percebe-se a inadequação desse requisito por justamente inobservar a verdadeira finalidade de uma medida cautelar, sobre isso merece

destaque o posicionamento de Gomes Filho quanto a utilização da ordem pública enquanto requisito para uma medida cautelar:

demonstrou-nos não possuir a idéia de "ordem pública" caráter instrumental relacionado com os meios e fins do processo, veja-se: 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, em prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitar novos crimes; uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuadamente propenso a práticas delituosas ou, ainda, indicar a possível ocorrência de outras, relacionadas à supressão de provas ou dirigidas contra a própria pessoa do acusado.<sup>81</sup>

Diante da referida análise, fica evidente a impropriedade da garantia da ordem pública como requisito para justificar a adoção de uma medida cautelar, mas podemos perceber que a ordem pública na verdade se propõe a uma finalidade de antecipação da própria pena do que verdadeiramente de uma prisão provisória.

No mesmo sentido se posiciona Américo Taipa de Carvalho sobre a natureza diversa de uma pena e de uma prisão provisória:

Pena e prisão preventiva têm diversa natureza jurídica, diferentes objectivos, diversa função. para decidir se uma certa garantia individual deve aplicar-se a um determinado instituto, é necessário atender, em primeiro lugar, à incidência do mesmo instituto sobre a esfera do indivíduo. Ora a prisão preventiva – embora diversa, como se disse, da pena – traduz-se para o indivíduo numa restrição total de sua liberdade. Diferentes os institutos, idênticos os valores em jogo e o perigo de lesão do fundamental direito da liberdade.<sup>82</sup>

Nesse diapasão, percebe-se que a prisão preventiva pautada no requisito da ordem pública em nada se aproxima de uma medida cautelar, pois como aprendemos das lições de Calamandrei, a finalidade dos procedimentos cautelares é assegurar plena eficácia dos procedimentos definitivos, não objetivando tão somente à aplicação do direito material.

---

<sup>81</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Medidas Cautelares no Processo penal: Prisões e Suas Alternativas: Comentários a Lei 12.403/11.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 67 a 68.

<sup>82</sup> CARVALHO, Américo Taipa. **Sucessão de Leis Penais,** Coimbra Editora, 1990, p. 251. Apud MOREIRA, Romulo de Andrade. **A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e As Demais Medidas Cautelares.** Porto Alegre, Lex Magister. 2012 p. 49.

A partir dos pensamentos idealizados por Calamandrei que a doutrina atual entende que as medidas cautelares são dotadas de uma instrumentalidade indispensável para o verdadeiro funcionamento da justiça, de modo que a medida cautelar seria o instrumento do instrumento, ou seja, um peio para que fosse alcançado um determinado fim.

Sobre o tema mencionado, destaque-se a transcrição do seguinte trecho de Calamandrei:

la tutela cautelare è, nei confronti del diritto sostanziale, una tutela mediata: più che a far giustizia, serve a garantire l'efficace funzionamento della giustizia. Se tutti i provvedimenti giurisdizionali sono uno strumento del diritto sostanziale che attraverso essi si attua, nei provvedimenti cautelari si riscontra una strumentalità qualificata, ossi elevata, per così dire, al quadrato: essi sono infatti, immancabilmente, un mezzo predisposto per la miglior riuscita del Provvedimento definitivo, che a sua volta è mezzo per l'attuazione del diritto; sono cioè, in relazione alla finalità ultima della funzione giurisdizionale, strumenti dello strumento<sup>83</sup>

Nesse diapasão, resta evidente o verdadeiro objetivo de uma prisão de natureza cautelar, tendo como escopo assegurar ao imputado uma séria de garantias, justamente por ser considerado inocente até que ocorra o transito em julgado da sentença penal condenatória, sendo assim, a deturpação das prisões cautelares afronta a não culpabilidade por se tratar de verdadeira antecipação punitiva.

Sobre a cauteridade das prisões de posiciona Roberto Delmanto Junior de modo bastante acertado, no qual concordamos integralmente:

Acreditamos, igualmente, que a característica da instrumentalidade é ínsita à prisão cautelar na medida em que, para não se confundir com pena, só se justifica em função do bom andamento do processo penal e do resguardo da eficácia de eventual decreto condenatório.<sup>84</sup>

Nesse sentido, entende-se que a prisão preventiva decretada com base na garantia da ordem pública é completamente dissociada da necessária instrumentalidade que deveria revestir todas as medidas cautelares; ela não é um instrumento de natureza processual, mas algo completamente alheio a ele,

<sup>83</sup> CALAMANDREI. Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares** 2000, p. 21 a 22

<sup>84</sup> <http://emporiododireito.com.br/garantia-da-ordem-publica-fundamentacao-generica-constitui-meio-abusivo-de-decretacao-da-prisao-preventiva-segundo-o-procurador-de-justica-romulo-de-andrade-moreira/>

que no caso é a preocupação com a segurança pública, inexistindo a cauteridade.

Diante disso, é completamente temerário e inconstitucional fundamentar a restrição da liberdade de alguém com base apenas na famigerada garantia da ordem pública, visto que afronta princípios constitucionalmente consagrados e rememora os tempos mais nefastos e sombrios da história da nossa humanidade, em que direitos fundamentais dos cidadãos foram completamente vilipendiados pelo Estado.

### **3.5. Análise Jurisprudencial das justificativas empregadas para a utilização da garantia da ordem pública:**

Após a análise dos tópicos anteriores sobre a semântica da expressão “ordem pública” e as suas implicações sob o ponto de vista teórico e prático, ainda assim carecemos da avaliação sobre posicionamento da jurisprudência a respeito desse requisito, pois diante dessa omissão legal, sobre o conteúdo indeterminado da expressão, resta apenas tentar compreender como os Tribunais brasileiros têm interpretado “ordem pública” em diversos sentidos e as posições adotadas.

Diante da análise do posicionamento dos Tribunais sobre a ordem pública, é estarrecedor as variadas interpretações que vem sendo dadas a esse requisito, as mais distintas possíveis.

Percebe-se que não há de longe um consenso sobre a significância do requisito da garantia da ordem pública, variando em relação a cada caso, não há uma posição firme do STF nem do STJ, muitas vezes as próprias turmas e os próprios relatores proferem decisões completamente contraditórias, não existindo uma uniformidade em suas decisões o que torna ainda mais difícil a construção de uma linha de raciocínio sobre o posicionamento dos Tribunais.

Não é raro os Tribunais nacionais expedirem decretos prisionais preventivos baseados na “credibilidade das instituições”, “reiteração delituosa”, “resposta

ao clamor público”, “gravidade do delito”, “probabilidade de reiteração” e “preservar a segurança social.

Antes de adentrar nas interpretações jurisprudências, faz-se necessário salientar que tais julgados serão analisados sob a ótica das garantias previstas por nossa constituição, logo abaixo extraímos alguns trechos de ementas dos Tribunais superiores que são utilizados como fundamento para a utilização da garantia da ordem pública:

Min. Ellen Grezie, no HC 89143, em 10 de junho de 2008:

“A garantia da ordem pública é representada pelo imperativo de se impedir a reiteração das práticas criminosas, como se verifica no caso sob julgamento. A garantia da ordem pública se revela, ainda, na necessidade de assegurar a credibilidade das instituições públicas quanto à visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução penal”.<sup>85</sup>

Diante da leitura do referido trecho da ementa observa-se que a eminente relatora se valeu do argumento da credibilidade da justiça como fundamento para a restrição da liberdade, logo em seguida faremos uma análise mais robusta sobre a utilização da credibilidade da Justiça como fundamento para a garantia da ordem pública.

No mesmo sentido, o Min Gilmar Mendes, no HC: 89090 GO, em 21 de novembro de 2006:

(...) 3. Quanto ao requisito da garantia da ordem pública, em linhas gerais e sem qualquer pretensão de exaurir todas as possibilidades normativas de sua aplicação judicial, destaco as seguintes circunstâncias principais: **i) a necessidade de resguardar a integridade física do próprio paciente ou dos demais cidadãos; ii) o imperativo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que tal objetivo esteja lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar; e iii) para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do Poder Judiciário, quanto à visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução criminal e desde que diretamente relacionadas com a adoção tempestiva de medidas adequadas e eficazes associadas à base empírica concreta que tenha ensejado a custódia cautelar. (...)**<sup>86</sup>

Inicialmente, percebe-se que o Eminent Relator fundamenta o voto dele com base no requisito da garantia da ordem pública, com relação a esse requisito, impressiona bastante como na fundamentação nos deparamos com situações

<sup>85</sup> <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4305319/habeas-corpus-hc-96579-mg>

<sup>86</sup> <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2939364/habeas-corpus-hc-89090-go>

flagrantes de inconstitucionalidades e de profundas violações a Lei processual penal e as garantias da nossa Constituição Federal.

O primeiro dos fundamentos para a garantia da ordem pública é **“a necessidade de resguardar a integridade física do próprio paciente ou dos demais cidadãos”** é inimaginável que uma medida cautelar esteja a serviço de tamanho absurdo, pois em hipótese alguma o cidadão pode ser privado da sua liberdade com base na pobre justificativa de resguardar a integridade física dos cidadãos, ou seja, o estado onera o paciente por algo que ele não possui nenhuma responsabilidade.

O referido *decisum* da forma que foi exposto parece sugerir que o cárcere seria algo mais benéfico ao paciente, já que em liberdade a integridade física dele estaria em risco.

Sobre o segundo fundamento que tem como base **“o imperativo de impedir a reiteração das práticas criminosas”** esse é o que possui uma maior empregabilidade na jurisprudência para embasar a garantia da ordem pública. Ou seja, o magistrado exerce uma “previsão” sobre a probabilidade de uma reiteração delitiva por parte do imputado.

Em que pese alguns magistrados insistam em utilizá-la como argumento, sobretudo aqueles que dizem que a partir da leitura dos autos estaria demonstrada uma probabilidade do imputado tornar a delinquir, não há em hipótese alguma como justificar tal argumento, pois ainda que o acusado tenha mais de dez passagens anteriores, ainda assim é temerário afirmar que ele tornará a delinquir.

Sobre o terceiro fundamento, também é inadequada a utilização da credibilidade da Justiça como fundamento para uma medida de natureza cautelar, pois nunca foi e nunca será o objetivo de uma cautelar a proteção da credibilidade da justiça.

Com as devidas vênias, o discurso de credibilidade da justiça é algo completamente falacioso, pois não será a manutenção da prisão de um indivíduo que atribuirá credibilidade à Justiça, e nem a soltura dele fará com que a Justiça perca a sua credibilidade.

Merece destaque que a noção de credibilidade da justiça adentra numa subjetividade ainda maior do que a própria garantia da ordem pública, além disso a credibilidade da justiça nunca foi e nunca será um instituto do processo penal e nem da nossa constituição, não podendo ser utilizado como embasamento para uma medida restritiva de liberdade.

Dessa forma, parece claro que nenhum dos três argumentos utilizados como sustentáculo para a garantia da ordem pública estão de acordo com a ótica da nossa constituição garantista.

Outro posicionamento que vem sendo empregado pela jurisprudência é a gravidade *in concreto* do delito como justificativa para a garantia da ordem pública, como podemos observar do julgado da Min. Laurita Vaz no HC: 237404 RJ de 29 de junho de 2012:

(...) 1. No caso, verifica-se que a imposição do cárcere preventivo encontra-se devidamente fundamentada na garantia da ordem pública, tendo em vista, essencialmente, a periculosidade do agente e a gravidade concreta do delito de homicídio qualificado praticado pelo Paciente, evidenciada pelo *modus operandi* empregado na prática do delito, em que a vítima foi alvejada por vários disparos de arma de fogo, pelas costas, inclusive. 2. Outrossim, mostra-se válida a fundamentação do decreto prisional, na medida em que os autos noticiam tratar-se de atividade criminosa reiterada, demonstrando a preciosidade da ação ao meio social. (...) <sup>87</sup>

A gravidade *in concreto* do delito é um argumento que vem sendo comumente empregado pela jurisprudência, sobretudo do STJ como fundamento para a restrição da liberdade.

Não é necessário nenhum aprofundamento para perceber a inconstitucionalidade e quão vazio é esse fundamento, pois é inimaginável que a gravidade do crime por si só justifique a aplicação de uma medida de natureza cautelar, nesse sentido, resta clara a utilização da prisão provisória como uma forma de antecipação de pena.

Outro julgado que também merece destaque pela impropriedade dos seus fundamentos é o do Min. Luiz Fux no HC 109209 AgRg, julgado em 01 de outubro de 2013:

---

<sup>87</sup><http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21924487/habeas-corpus-hc-237404-rj-2012-0062376-7-stj/inteiro-teor-21924488>



“o paciente, ora Agravante, fora acusado pela prática do delito de roubo (CP, art. 157), tendo sido decretada a sua custódia cautelar pelo juízo a quo em outubro de 2010, ancorado em elementos concretos para a a formação do seu convencimento, que indicaram a indispensabilidade da adoção da custódia cautelar, quais sejam: (i) gravidade, (ii) modus operandi e (iii) consequências dos crimes praticados; b) Ao decretar a prisão preventiva, o juízo a quo amparou-se em elementos concretos para a a formação do seu convencimento, que indicaram a indispensabilidade da adoção da custódia cautelar, quais sejam: (i) gravidade, (ii) modus operandi e (iii) consequências dos crimes praticados. Com efeito, o risco à ordem pública restou devidamente demonstrado pela gravidade in concreto do delito, uma vez que os acusados, dentre os quais se inclui o ora paciente, valiam-se de excessiva violência para com as vítimas, além de terem se utilizado uniformes de empresas de segurança para facilitar o acesso às residências roubadas.<sup>88</sup>

Diante da leitura da referida ementa, parece que o eminente relator está em uma Sentença Penal Condenatória, quando na etapa da dosimetria da pena se utiliza do artigo 59 para fixar a pena base do réu, já que utiliza como argumentos a consequência do crime, a gravidade *in concreto* do delito, emprego de violência, modus operandi, e diversos outros elementos que só poderiam ser avaliados em sede de sentença.

Ou seja, em via de habeas corpus o digno Ministro realizou uma verdadeira avaliação dos elementos do crime, algo que foge completamente à disciplina desse remédio constitucional, novamente fica evidenciado o caráter antecipatório de pena que as prisões provisórias estão assumindo.

A respeito do referido tema, defende Aury Lopes:

“Muitas vezes a prisão preventiva vem fundada na cláusula genérica ‘garantia da ordem pública’, mas tendo como recheio uma argumentação sobre a necessidade da segregação para o ‘restabelecimento da credibilidade das instituições’. É uma falácia. Nem as instituições são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é um instrumento apto para esse fim, em caso de eventual necessidade de proteção. Para além disso, trata-se de uma função metaprocessual incompatível coma natureza cautelar da medida. Noutra dimensão, é preocupante – sob o ponto de vista das conquistas obtidas – que a crença nas instituições jurídicas dependa da prisão de pessoas. Quando os poderes públicos precisam lançar mão da prisão para legitimar-se, a doença é grave (...)”<sup>89</sup>

Diante da leitura do trecho do mencionado autor, observa-se que ele sopesou todas as questões controversas da “credibilidade das instituições”. Dentre elas,

<sup>88</sup> <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22324939/habeas-corpus-hc-109209-mg-stf>

<sup>89</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **O Novo Regime jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.p. 96.

a situação óbvia de que um determinado crime ou a restrição da liberdade do agente não tem o potencial de ameaçar a credibilidade do Poder Público diante dos seus cidadãos.

Noutro giro, ressalte-se que um país como o Brasil que recentemente vivenciou um dos seus períodos mais tenebrosos da sua história, a Ditadura Militar, onde a regra era a realização de prisões arbitrárias, não podemos conceber e nem acolher o discurso falacioso de uma prisão enquanto mantenedora de uma ordem.

Nesse sentido, percebe-se que o emprego da expressão “credibilidade das instituições” como argumento para “garantia da ordem pública”, deve ser completamente rechaçado da jurisprudência pátria, tendo em vista a inexistência de uma causalidade. Não merecendo, nem sequer, ser fundamento subsidiário de um decreto prisional preventivo, não devendo nem sequer ser cogitada a sua utilização.

Torna-se dispensável um maior aprofundamento acerca de outros argumentos utilizados para a garantia da ordem pública, já que em sua própria nomenclatura já está evidente o quão impregnado de inconstitucionalidade estão.

Por outro lado, é importante colacionar algumas decisões mais recentes que vem sendo proferidas e desconstituem os argumentos que fizemos alusão anteriormente, essas sim atendem os anseios da nossa Constituição e estão em consonância com a norma processual penal:

Sobre isso, merece destaque o julgado do HC 111244 sob a relatoria do Min. Carlos Ayres Britto, de 10 de abril de 2014 que evidencia um processo de transição do posicionamento da Suprema corte do nosso país:

(...) Poder Judiciário e das instituições públicas. Por fim, há também aqueles que encaixam no conceito de ordem pública a gravidade do crime ou a reprovabilidade da conduta, sem falar no proverbial “clamor público”, muitas vezes confundido com a repercussão, na mídia, causada pelo suposto delito. 2. No seu cotidiano exercício de interpretação constitucional do Direito Penal e Processual Penal, o Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento de que o uso de expressões fortemente retóricas ou emocionais, além do apelo à credibilidade da Justiça ou ao clamor público, não se prestam para preencher o conteúdo da expressão “ordem pública”. Seja porque não ultrapassam o campo da mera ornamentação linguística, seja porque desbordam da instrumentalidade inerente a toda e qualquer prisão

provisória, antecipando, não raras vezes, o juízo sobre a culpa do acusado. (...) 6. Ordem denegada.<sup>90</sup>

A partir da leitura do referido julgado pode-se observar que o Supremo Tribunal Federal está abolindo a utilização de expressões vagas e imprecisas como por exemplo o “clamor social”, “credibilidade da Justiça” entre outras. Muito embora ainda existam alguns raros julgados que se valem dessas expressões como fundamento.

Nesse diapasão, ressalte-se também o seguinte aresto sob a relatoria do Min. Celso de Mello (HC 92751), julgado em 09/08/2011:

O CLAMOR PÚBLICO NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. - O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. - O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu.”

Novamente as sábias palavras do Min. Carlos Ayres Britto no julgamento do HC 101705, julgado em 29/06/2010:

“Em matéria de prisão processual, a garantia constitucional da fundamentação do provimento judicial importa o dever da real ou efetiva demonstração de que a segregação atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Sem o que se dá a inversão da lógica elementar da Constituição, segundo a qual a presunção de não-culpabilidade é de prevalecer até o momento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A mera referência vernacular à garantia da ordem pública não tem a força de corresponder à teleologia do art. 312 do CPP. Até porque, no julgamento do HC 84.078, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu inconstitucional a execução provisória da pena. Na oportunidade, assentou-se que o cumprimento antecipado da sanção penal ofende o direito constitucional à presunção de não-culpabilidade. Direito subjetivo do indivíduo que tem a sua força quebrantada numa única passagem da Constituição Federal. Leia-se: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (inciso LXI do art. 5º). Esta nossa Corte entende que a simples alusão à gravidade do delito ou a expressões de mero apelo retórico não valida a ordem de prisão cautelar. Isso porque o juízo de que determinada pessoa encarna verdadeiro risco à coletividade só é de ser feito com base no quadro fático da causa e, nele, fundamentado o respectivo decreto de prisão cautelar. Sem o que não se demonstra o

---

<sup>90</sup> <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22085112/habeas-corporus-hc-111244-sp-stf>

necessário vínculo operacional entre a necessidade do confinamento cautelar do acusado e o efetivo acautelamento do meio social. Ordem concedida.” (grifo nosso).<sup>91</sup>

*Pari passu* está a remansosa jurisprudência do STJ, que também tem deixado de lado a utilização de expressões vazias, muito embora ainda esteja distante do ideal, eis alguns julgados que evidenciam a mudança de posicionamento:

“No caso, o decreto que impôs a prisão preventiva ao recorrente não apresenta fundamentação concreta, eis que a invocação da gravidade genérica do delito não se revela suficiente para autorizar a segregação cautelar, com fundamento na garantia da ordem pública. Recurso ordinário provido, para revogar a prisão preventiva do recorrente, salvo se por outro motivo estiver preso.” (RHC 48.921/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 02/10/2014)<sup>92</sup>

Na mesma linha se posiciona a Ministra Maria Thereza De Assis Moura:

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. POSSE DE ARMA DE FOGO. PRISÃO PREVENTIVA. PRONÚNCIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. OCORRÊNCIA. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. A prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade. 2. Na hipótese, a decisão de pronúncia afastou a conveniência da instrução criminal como fundamento para a custódia, alicerçando a manutenção da medida constritiva em elementos que não denotavam maior gravame ao bem jurídico tutelado, quais sejam, o clamor público e ilações quanto à periculosidade do agente. 3. Recurso provido, a fim de que o recorrente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o Juízo a quo, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma ou mais dentre as medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade. (RHC 63248 / SC Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA 15/09/2015)<sup>93</sup>

No mesmo sentido a Ministra Laurita Vaz:

“O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n.º 84.078/MG, Rel. Min. EROS GRAU, concluiu, definitivamente, que a decretação ou a manutenção do encarceramento processual (entenda-se qualquer prisão antes de condenação transitada em julgado) depende da configuração objetiva de um ou mais dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Para isso o Julgador deve consignar, expressamente,

<sup>91</sup> <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6078777/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-101705-ba-stf>

<sup>92</sup>

<sup>93</sup>

elementos substanciais indicadores de que o indiciado ou acusado, solto, colocará em risco a ordem pública ou econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal. “Sem o que se dá a inversão da lógica elementar da Constituição, segundo a qual a presunção de não-culpabilidade é de prevalecer até o momento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (STF, HC 101.705/BA, 2.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe de 03/09/2010). Não tem base empírica idônea o decreto prisional em que o Magistrado limita-se tão somente a mencionar a gravidade abstrata do delito ou cuja fundamentação é dissociada de qualquer elemento concreto e individualizado, sem ressaltar a necessidade real da medida excepcional.(...)” (RHC 43.442/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/04/2014, DJe 14/04/2014)<sup>94</sup>

Após a análise do posicionamento que vem sendo adotado, sobretudo dos Tribunais Superiores, é notória e bastante salutar a transição que está ocorrendo na jurisprudência, muito embora ainda seja bastante lenta e esteja aquém das expectativas.

Em sentido bastante diverso tem caminhado boa parte dos Tribunais de instâncias inferiores, que não vem assimilando e incorporando as alterações das instâncias superiores, vez que ainda permanecem bastante defasados e dissonantes dos posicionamentos das cortes superiores, salvo algumas raríssimas exceções.

Ainda podemos observar votos que se prestam a finalidade de fundamentar decisões que deveria ser fundamentada pelas instâncias inferiores, mas diante de tal ausência, essas cortes têm se colocado a serviço para elaboração dessa fundamentação, ao invés de ser analisada a ilegalidade do *decisum*, conforme as sábias palavras do professor Rômulo de Andrade Moreira, Habeas Corpus ultimamente tem servido para prender e não para soltar.

### **3.6. Brevíssima análise acerca dos argumentos da (In) constitucionalidade do fundamento da garantia da ordem pública:**

Cumprе salientar que não existe apenas um argumento ou uma vertente acerca da inconstitucionalidade da garantia da ordem pública, mas diversos são os fundamentos que conduzem à inconstitucionalidade da prisão cautelar decretada com base na garantia da ordem pública.

---

<sup>94</sup><http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15923258/habeas-corpus-hc-101705-ba>

Dentre eles, aquela mais evidente, que mais chama a nossa atenção: a violação dos princípios constitucionais da presunção de inocência, além do desrespeito ao devido processo legal que será analisado em outro capítulo.

Conforme narrado anteriormente, existem em suma duas vertentes que tratam da definição da finalidade da prisão preventiva. A primeira entende que a prisão preventiva tem a finalidade de acautelar o procedimento penal e os valores sociais, enquanto a segunda corrente informa que a instrumentalidade da prisão preventiva está relacionada aos meios e fins do processo penal.

Nesse sentido, para que a prisão preventiva seja essencialmente caracterizada como uma medida de natureza cautelar inerente ao próprio processo penal, deve ser completamente afastado o requisito da garantia da ordem pública, pois caso ele seja utilizado incidiríamos na primeira corrente, que relaciona a prisão preventiva aos valores sociais.

Considerar prisão preventiva enquanto forma de satisfação de valores sociais e metaprocessuais é o mesmo que retirar o caráter de provisoriedade das prisões cautelares e transformá-las em forma de antecipação de pena, violando princípio constitucional do estado de inocência.

Assim, percebe-se que os operadores do direito não são aptos a conferir ao fundamento da garantia da ordem pública uma interpretação capaz de atingir a cauteralidade da prisão preventiva. Neste sentido, o fundamento em tela será sempre utilizado como instrumento de antecipação da penal.

Nesse diapasão, por maior que seja o esforço em adaptar a garantia da ordem pública aos ditames de uma constituição garantista, não haverá como isso ser feito, pois os fundamentos da prisão preventiva, *periculum libertatis*, tem como conceito o perigo que, em liberdade, o acusado oferece ao regular rito processual. Não existindo a mais remota possibilidade do fundamento da garantia da ordem pública preencher a essa função.

Conclui-se que a garantia da ordem pública é imprestável para fins de fundamentar a prisão preventiva, sendo notadamente medida antecipatória de pena. Deste modo, sendo considerada inconstitucional diante de tudo que já foi analisado e discutido exaustivamente nesse capítulo.

Por fim, merece destaque um trecho que se adequa perfeitamente à esse dilema de processo penal como um fim em si mesmo e um processo à serviço de anseios sociais:

*“O juiz tem que saber qual é o sentimento social. E se ele puder decidir na forma da Constituição na mesma linha do sentimento social, é muito bom. Mas, sobretudo, quando exista um direito fundamental em jogo, mesmo que a maioria queira uma determinada coisa, se aquilo não for o certo o juiz tem o dever de ser contramajoritário, e em nome da Constituição fazer o que é certo, mesmo contra a vontade da multidão.”<sup>95</sup>*

#### **4. SOCIEDADE CRIMINÓGENA: A PERSECUÇÃO CRIMINAL ESTATAL AO INIMIGO:**

A sociedade Criminógena é um fenômeno que não é recente, trazendo as suas origens desde muitos séculos, contudo podemos afirmar que com o tempo ocorreu uma série de transições a respeito dessa teoria da sociedade Criminógena.

Diversos critérios já foram empregados para a criação do pensamento criminógeno, desde fatores biológicos, dada a influência de Cesare Lombroso, até os critérios mais atuais que entendem o crime como proveniente de um somatório de questões de natureza social.

Embora o raciocínio ganhe algumas variações, ela não perde a sua principal característica, de uma sociedade que é direcionada a formação de delinquentes, pois é preciso enxergar o crime não como algo isolado, mas dentro de um processo de cadeia, justamente por se tratar de um fato social.

O crime é apenas uma consequência de um longo processo de natureza essencialmente social, em que o indivíduo ao praticar um determinado crime, não o comete “sozinho”, mas com toda influência de uma sociedade e de valores deturpados que lhes são transmitidos durante o curso da sua vida.

Nesse sentido, convém realizar um maior aprofundamento, pautado em teorias como o direito penal do Fato, Direito Penal do Autor, Direito Penal do Inimigo,

---

<sup>95</sup> Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/en-trevista-luis-roberto-barroso-ministro-stf-parte2>.

Processo Penal do inimigo, dentre outras tantas que servirão para elucidar a gênese de uma sociedade Criminógena e o “porquê” de uma persecução criminal estatal ao “inimigo”.

#### **4.1 As Funções do Direito Penal e os Fins da Pena:**

Uma das principais funções do direito penal, considerado importante instrumento de controle social é a proteção de bens jurídicos<sup>96</sup>, escolhidos em regra por critérios políticos.

Além disso, o Direito Penal tem outras finalidades de natureza secundária, dentre elas o papel de limitar a atuação do Estado, evitando que o estado possa intervir em qualquer tipo de situação, mas apenas naquelas que possuem uma “relevância penal” definida pela Lei, através de critérios de política criminal. Além disso, o Direito Penal tem o objetivo de prevenir a vingança privada e reduzir a violência através da aplicação de sanções.

Segundo Rogerio Greco, o direito penal tem por finalidade tutelar bens que, por serem considerados de uma elevada estima, conforme podemos observar do seguinte trecho:

A finalidade do Direito Penal é proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade, ou, nas precisas palavras de Luiz Regis Prado, "o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos - essenciais ao indivíduo e à comunidade".<sup>4</sup> Nilo Batista também aduz que "a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena"(...) Com o Direito Penal objetiva-se tutelar os bens que, por serem extremamente valiosos, não do ponto

---

<sup>96</sup> Um dos doutrinadores que conseguiu trazer uma visão clara sobre bem jurídico foi Luis Regis Prado, após realizar uma profunda análise partindo de conceitos elaborados por Welzel, Muñoz Conde, Rudolphi, Bettiol, Roxin, Zaffaroni, Aníbal Bruno, Heleno Fragoso, Assis Toledo, Magalhães Noronha concluiu que o conceito de bem jurídico era algo bastante controverso, sendo diferente para cada um dos autores mencionados, merecendo destaque para a conclusão atingida por Luis Regis Prado: “De qualquer modo, resta patente que a noção de bem jurídico decorre das necessidades do homem surgidas na experiência concreta da vida que, "enquanto dados sociais e historicamente vinculados à experiência humana, têm uma objetividade e uma universalidade que possibilitam sua generalização, através da discussão racional e o consenso, e sua concreção em postulados axiológicos materiais” (PRADO, Luiz Regis. Bem Jurídico Penal e Constituição. 3ª Ed. rev. atual. São Paulo, Revista dos Tribunais. 2003. e ampl p. 44 a 50



de vista econômico, mas sim político, não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do Direito.<sup>97</sup>

Ante a leitura do trecho supramencionado, observa-se que o Direito Penal milita naqueles ramos em que as demais áreas do Direito não foram suficientemente eficazes para proteger aquele determinado direito, carecendo de uma tutela mais gravosa e mais enérgica para proporcionar essa proteção.

Nesse sentido, o direito penal é utilizado como soldado de reserva em relação aos demais ramos do direito, quando aqueles de mostram inaptos para lidar com determinados tipos de conduta e que só o direito penal seria capaz de lidar.

Existem inúmeras teorias que buscam esclarecer o poder de controle do direito penal e tem como base a promessa de cumprimento da função instrumental da defesa social além do controle efetivo da criminalidade.

Dentre essas teorias, temos a teoria denominada “prevenção geral negativa” que entende que o direito penal funciona como agente inibidor em relação ao indivíduo (criminoso em potencial), pois ele se sentiria intimidado pela ideia de sofrer algum tipo de sanção e isso por si só, de modo abstrato já configuraria como uma finalidade de prevenção.

Ocorre que, a teoria da prevenção geral negativa não era vista como tão eficaz, surge então a teoria da “prevenção geral positiva” que acredita na possibilidade de ressocialização dos indivíduos, uma vez que acredita ser o crime algo inerente ao convívio natural em sociedade, e que por isso essas pessoas merecem uma sanção, já que é através da sanção que se alcançaria uma ressocialização.

Outra teoria proveniente da Escola Positiva é a da “prevenção especial negativa” que compreende como medida adequada para os criminosos neutralização ou até mesmo a completa eliminação destes. Esta teoria afronta claramente o princípio da dignidade da pessoa humana por aniquilar direitos além de impor sofrimento a estas pessoas.

---

<sup>97</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14ª ed. Rio de Janeiro. Impetus. 2012. p. 2

Por fim, alcançamos a teoria da “prevenção especial positiva” que entende o cometimento de delito é fato proveniente da vida social e que apenas devem ser encarados como anomalia os excessos, e a estes deve ser aplicada a intervenção estatal. Cumpre salientar que todas estas teorias mencionadas são utilizadas atualmente em diversos sistemas penais, com a finalidade de analisar a função da pena.

Por outro lado, segundo Jakobs o direito penal não teria uma mera função de proteger bens jurídicos, pois ele entende que esses bens jurídicos já tinham sido anteriormente ofendidos, devendo a proteção ser voltada para a norma e a garantia de sua vigência, na medida que os bens se convertem em jurídicos à quando são transpostos para normas.<sup>98</sup>

Para Jakobs o direito penal serviria como um instrumento público subordinado a atuação estatal e não apenas como uma mera medida de ultima *ratio*, que apenas deveria atuar quando da comprovada necessidade pela inércia dos demais "ramos" do Direito, mas devendo atuar de forma preventiva voltada não para o fato, mas para os indivíduos “possíveis criminosos”.<sup>99</sup>

#### **4.2 DIREITO PENAL DO INIMIGO:**

Criada no ano de 1985, pelo doutrinador alemão Gunther Jakobs, a teoria do Direito Penal do Inimigo tem suas bases calcadas em políticas públicas relacionadas ao combate da criminalidade em âmbito nacional e internacional.

Essa teoria é bastante polêmica, sendo muito contestada pela doutrina Penal, para essa teoria, certos indivíduos deveriam ser desclassificados como pessoas, não podendo ser oferecida a eles determinadas garantias estatais que os outros cidadãos teriam, como por exemplo a acusação formal, o devido processo legal, além de outros direitos, além disso, ignoram completamente a aplicação de diversos princípios, dentre eles, a dignidade da pessoa humana,

---

<sup>98</sup> JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 4º ed. Organização e tradução: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2009.p. 55.

<sup>99</sup> *Ibidem.*, p. 58),

proporcionalidade, humanização das penas, e o mais relevante de todos: a presunção de inocência

Um dos fatos históricos que mais fortificou a teoria do direito penal do inimigo e provocou diversas modificações no direito penal em todo o mundo foi o atentado terrorista de 11 de setembro de 2001 contra o World Trade Center nos Estados Unidos, pois sem dúvidas esse foi o estopim para os EUA declararem a guerra contra o “terrorismo”, adotando medidas mais gravosas e institucionalizando o desrespeito os direitos fundamentais e as garantias contra um determinado público alvo que foi taxado como “inimigo”.

Os diversos atentados terroristas que aconteceram em todo o mundo provocaram uma rápida inovação legislativa visando o combate a essa “criminalidade” colaborando significativamente para a aceitação e difusão do Direito Penal do Inimigo.

O Direito Penal do Inimigo também conhecido como teoria do funcionalismo sistêmico ou radical, defendida por Jakobs, está compreendido como subsistema do sistema sociedade, ou seja, para essa teoria o Direito Penal serviria a sociedade. Para Jakobs existiriam dois tipos de “Direito Penal”, o “Direito Penal do Inimigo” e o “Direito Penal do Cidadão”.

Sendo assim, de acordo com a teoria de Jakobs, o principal objetivo do direito penal é proteger o sistema e apenas indiretamente efetivar a tutela dos bens jurídicos fundamentais, *contrariu sensu* do que entende Roxin e Zaffaroni, para os quais o Direito Penal serve como proteção de bens jurídicos e para minimizar a violência no estado de Polícia, devendo o direito penal atuar apenas de forma repressiva, ou seja, quando um bem jurídico já tiver sido violado.<sup>100</sup>

Mesmo tendo sido lançada em 1985, a teoria do Direito Penal do Inimigo somente foi desenvolvida nos anos 90, devido a influência dos acontecimentos históricos, acima mencionados, que provocaram na sociedade uma sensação de desconforto, preocupação, desencadeando em respostas emergenciais para “sanar”, ou melhor, “maquiar os fatos”.

---

<sup>100</sup> *Ibidem*. P. 49.

Para Alexandre Rocha o pensamento de Zaffaroni sobre a legislação penal de emergência é dividido em diversos aspectos, como é o caso da existência de um reclamo da “opinião pública” para reagir à sensação de insegurança; a necessidade de adoção de sanção com regras diferentes das tradicionalmente contempladas no modelo liberal-clássico.<sup>101</sup>

Ainda para Alexandre Moraes, Rousseau entende que aquele indivíduo que infringir o contrato social deverá ser considerado traidor da pátria (malfeitor), deixando de ser considerado membro da sociedade, sendo uma verdadeira ameaça ao Estado. Nesse sentido, a única solução para este indivíduo seria a morte já que a manutenção do Estado é incompatível com a vida desse sujeito.<sup>102</sup>

Segundo o pensamento Kantiano, aquele excluído da sociedade civil ou dela não parte, significa ameaça a sociedade e ao Estado, devendo ser tratado como inimigo. Por fim, Hobbes preceitua que os inimigos são os “criminosos”, ou seja, todos aqueles que desrespeitam o “pacto social”, não se submetem às determinações das leis naturais ou civis.

Em entrevista concedida ao periódico argentino "La Nación" Jakobs definiu Direito Penal do Inimigo da seguinte forma:

Es um fenômeno que se da em todos los ordenamientos jurídicos de los países occidentales, y consiste em sancionar la conducta de un sujeto peligroso em una etapa muy anterior a um acto delictivo, sin esperar a uma lesión posterior tardía. Se sancionam la conducta y la peligrosidad del sujeto, y no sus actos. El mismo fenómeno se da em El ámbito procesal, especialmente com la restricción de algunos ámbitos privados. Por ejemplo, la posibilidad de alianamiento de morada com fines investigativos, la posibilidad de registro de viviendas o la instalación de micrófonos o instrumentos para escuchas telefónicas. En esencia, el concepto de derecho penal del enemigo es una noción descriptiva que define algo existente em los ordenamientos democráticos actuales y designa aquellos supuestos de especial peligrosidad para distinguidos de aquellos otros supuestos em los que se produce una relación jurídica entre ciudadanos.<sup>103</sup>

Diante do exposto acima, percebe-se que a teoria de Jakobs entende que a punição do indivíduo deve se dar em decorrência de sua periculosidade, não

---

<sup>101</sup> MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 173.

<sup>102</sup> ibdem

<sup>103</sup> <http://www.lanacion.com.ar/826258-el-enemigo-tiene-menos-derechos-dice-gunther-jakobs>

levando em consideração o fato por ele praticado, devendo este indivíduo ser punido antes mesmo de agir.

Os grandes pilares da teoria ora analisada são os argumentos da necessidade da antecipação da punição do inimigo, disparidade das penas e relativização/supressão de garantias processuais, a partir da criação de leis mais severas direcionadas aos inimigos, sendo eles por exemplo: delinquentes organizados, traficantes, terroristas, criminosos econômicos, dentre outros.

Ainda em 1985, Jakobs, analisou a respeito da viabilidade de tipificar a conduta antes mesmo dela lesar algum bem jurídico tutelado, diferenciando completamente o Direito Penal do Cidadão que preza pela liberdade e Direito Penal do Inimigo que visa à proteção dos bens jurídicos.

Ao diferenciar cidadãos e inimigos no âmbito estatal, Jakobs entendeu que o Direito Penal também deve ser separado e diferenciado, uma vez que aos cidadãos que cometem delitos devem-se manter todas as garantias penais e processuais, obedecendo ao devido processo legal, enquanto que para o delinquente inimigo não existe nenhum respeito, nem ao menos à pessoa do indivíduo, menos ainda as garantias penais e processuais.

Equipara-se a inimigo, aquele que não se enquadra enquanto “cidadão pessoa” por inadmitir seu ingresso no Estado, portanto, não merece o inimigo tratamento equivalente dado ao cidadão.

Luis Regis Prado conceituou Direito Penal do Inimigo da seguinte forma:

Um Direito Penal de exceção, em que existiriam regras para aqueles que são pessoas e para os não pessoa, conduzindo à distinção entre dois polos de regulamentação normativa penal, coexistentes no ordenamento jurídico: uma dirigida ao cidadão e outra ao inimigo. <sup>104</sup>

O Direito Penal do inimigo, tem seu discurso voltado para os indivíduos que em virtude do seu comportamento, evidenciam uma pretensão de quebra de paradigmas da ordem normativa vigente e, portanto, devem perder o status de pessoa e cidadão, sendo submetidas a um “Direito Penal de exceção”, cujas sanções têm por finalidade primordial não mais a restaurar a vigência

---

<sup>104</sup> <http://www.cartataforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-penal-do-inimigo/3624>

normativa, mas assegurar a própria existência da sociedade em face desses indivíduos.

Nesse sentido, a pessoa não é apenas fruto do “natural”, inerente a todo e qualquer indivíduo, mas está intrinsecamente ligado ao destino das expectativas normativas.

A atribuição da condição de pessoa a um determinado indivíduo está relacionada ao grau de satisfação das expectativas normativas que ele é capaz de atender. Desse modo, o inimigo, seria completamente inapto a atender qualquer expectativa normativa, pois, em verdade, ele não só reflete a legitimidade do ordenamento jurídico, como busca a sua destruição.<sup>105</sup>

Outra questão bastante relevante sobre o direito penal do inimigo é o suporte que ele dá para no surgimento do Direito Penal do Autor, completamente dissociado dos princípios do Direito Penal Clássico.

Uma das características mais marcantes do Direito Penal do Inimigo em face ao Direito Penal do cidadão é a permeabilidade dessa teoria, que é muito “comprada” pela sociedade, independentemente de classe social. Além disso, atinge diferentes searas do sistema penal. Contendo dispositivos de natureza material, processual e também de execução penal.

Essa construção está diretamente relacionada com a utilização excessiva da lei penal, que assume o papel de *prima ratio* e não a *última ratio*, através da utilização descabida de medidas de caráter emergencial/simbólicas e negativas, além da flexibilização excessiva de princípios penais e a supressão de garantias.

O Direito Penal do inimigo é calcado na “pessoa do delinquente” e não se preocupa com fato delituoso especificamente, como ocorreria com o Direito Penal do cidadão. Jakobs busca de forma breve a melhor distinção entre Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo destacando que o Direito Penal do Cidadão é voltado para toda sociedade e cidadãos que eventualmente poderiam cometer algum delito, ao passo que o Direito Penal do Inimigo voltado para àqueles denominados “não cidadãos”.

---

<sup>105</sup> *Ibidem*

No curso da elaboração desse conceito, ficou claro que o Direito Penal do Inimigo se baseia na diferenciação de tratamento dado aos cidadãos e aos inimigos, sendo que tal fato mostra-se bastante impactante, uma vez que cria duas categorias de sujeitos, desqualificando completamente uma delas, pautado em um argumento completamente vazio.

Por outro lado, deprecia completamente todas as conquistas democráticas que durante séculos toda sociedade batalhou através de avanços consideráveis nos tratamentos destinados aos infratores da lei, assegurando, sobretudo, que as garantias fundamentais fossem observadas e respeitadas, através de uma luta histórica.

#### **4.3. A crise do Garantismo Penal e a Ascensão do Direito Penal do Inimigo:**

Para abordar o Direito Penal do Inimigo, é indispensável contextualizá-lo com a crise enfrentada pelo Garantismo Penal, considerando que essa crise foi a mola propulsora que proporcionou o surgimento da teoria do funcionalismo radical, e, em razão de seu desequilíbrio, o Direito Penal vem assumindo uma política cada vez mais radicalista, ao ponto de criar um verdadeiro *apartheid*, mesmo naqueles estados que se dizem democráticos.

O Garantismo penal teve o seu surgimento durante o período iluminista, onde ficou caracterizada a verdadeira cisão entre o direito e a moral, sendo preponderante para que os estados adotassem uma postura típica de “Estado de Direito”, abandonando momentaneamente os regimes absolutistas e totalitários.

A teoria do Garantismo Penal, tem como o seu maior representante, Luigi Ferrajoli, que ao longo da obra "Direito e Razão", cria algumas premissas básicas para justificar o garantismo, dentre elas: a necessidade de uma “legalidade estrita”, “materialidade delitiva”, “contraditório” e “presunção da inocência”, “responsabilidade pessoal”, fruto de uma grande influência de uma doutrina liberal.<sup>106</sup>

---

<sup>106</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3º ed. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006 p. 37

Segundo o posicionamento de Ferrajoli, o garantismo apresenta algumas condições, limites e proibições, que devem ser encaradas como garantias ao cidadão em face do arbítrio penal. Não é aceitável em qualquer hipótese a imposição de pena sem que algum delito tenha sido praticado, além da necessidade de uma previsão legal para ela, além disso efetivação do contraditório e de mecanismos que assegurem as garantias, divergindo completamente dos modelos autoritários, caracterizado pela anomia e a completa ausência de mecanismos limitadores da intervenção estatal.<sup>107</sup>

Quando falamos em garantismo, é praticamente uma premissa a existência de um Estado Democrático de Direito, enquanto no estado totalitário a principal característica é a utilização maciça do Direito Penal, que está completamente voltado para o sistema de controle social.<sup>108</sup>

O Garantismo funciona como um mecanismo de proteção ao cidadão contra às arbitrariedades estatais, visando a implementação de garantias fundamentais na seara penal, tanto no âmbito material como no processual.

Após a criação da “guerra ao terror”, as sociedades democráticas passaram a adotar mecanismos para aplacar esse fenômeno, na maioria vezes contraditória aos próprios ditames democráticos. Diante dessa nova conjuntura, nasce o Direito Penal do Inimigo, como tendência emergencial, em busca do combate à dita “criminalidade desenfreada”.

Desse modo, é possível observar a supressão de diversos direitos e garantias materiais e processuais sob o título da persecução criminal. Deixando de ser tratado o direito penal como *ultima ratio*, e passando a *prima ratio* colocando todas as responsabilidades da sociedade sob o direito penal.<sup>109</sup>

Argumentos falaciosos como: “o bandido não tem que ter o mesmo tratamento de um cidadão pai de família” ainda são formas mascaradas de se embutir a ideia do direito penal do inimigo sobre a mentalidade da sociedade, devendo ser amplamente combatido esse tipo de pensamento, afinal a Constituição assegura os mesmos direitos a ambos.

---

<sup>107</sup> Ibidem,

<sup>108</sup> Ibidem,

<sup>109</sup> Ibidem.



#### **4.4. O Direito Penal do Fato x Direito Penal do Autor:**

Existe uma grande discussão se o autor de uma conduta delituosa deve ser punido pelo que ele representa (direito penal do autor), ou pelo fato que cometeu (direito penal do fato), ou ainda por ambos motivos simultaneamente.

É possível afirmar que no mundo existe uma subdivisão entre esses dois blocos, de um lado estão os países que adotam o direito penal do fato e, do outro lado aqueles que se filiam ao direito penal do autor.

No direito penal brasileiro, para a caracterização de crime, deve ser pautado no fato cometido pelo autor do delito, independentemente de histórico de condutas delitivas. No entanto, para a fixação da pena, espécie de sanção e regime de cumprimento, são levados em consideração critérios vinculados as características do autor, de acordo com o art. 59 do CP.

Nesse sentido, em nosso país, para a responsabilização penal de uma determinada conduta criminosa, cabe ao estado, através da atuação da polícia judiciária, por meio do inquérito policial e do Ministério Público no curso do processo), provar, de forma clara, a ação direta ou indireta para a prática da conduta criminosa.

Nesse diapasão, pode-se afirmar que não interessa o histórico e nem os antecedentes do suspeito que está sendo investigado. Por maior que seja o histórico delitivo do imputado, no sistema brasileiro ele deve ser julgado por aquilo que praticou, devendo obediência aos princípios constitucionais da presunção de inocência e o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

A partir dessa linha de raciocínio que foi concebida a celebre expressão “o que não está nos autos não está no mundo”. Ou seja, ainda que saibam que um determinado indivíduo foi autor de outros crimes e que tem um histórico “pregresso” relacionado a prática de delitos, se esse fato não estiver no processo ele não deve ser levado em consideração e nem ser condenado por essa conduta.

Desse modo, os únicos critérios utilizados pelo sistema penal brasileiro que admitem a utilização do direito penal do autor dizem respeito a aplicação da pena, e ainda assim, trata-se de critério bastante questionável em relação a sua constitucionalidade.

A teoria do direito penal do autor está intrinsecamente ligada à teoria do direito penal do inimigo, pois ambas levam em consideração o sujeito, principalmente elementos subjetivos como por exemplo a personalidade, não se atendo ao fato cometido por ele.

Em que pese nenhuma das duas teorias tenham sido formalmente recepcionadas pelo sistema penal brasileiro, observa-se que o Brasil tem caminhado na contramão da doutrina penal mais moderna, pois é notório o espaço que o direito penal do autor tem ganhado, principalmente em relação as decisões que possuem um determinado grau de subjetividade.

Com o crescente aumento da violência no cenário brasileiro, a sociedade e a mídia tem cobrado respostas do poder judiciário, atribuindo-lhe uma responsabilidade indevidamente, a de “reduzir os índices de criminalidade”, pautado nesse argumento, muitos magistrados equivocadamente têm cedido à essa pressão e lançado mão desses institutos para justificar suas decisões, que em regra violam tanto a constituição, como a lei penal e processual penal.

Entretanto, não podemos perder de vista que o Direito penal moderno, alicerçado sobre o fato do agente é fruto de uma árdua conquista histórica da humanidade. Não podemos replicar um argumento que perdurou por séculos e que vitimou muitos inocentes e inclusive foi alvo de diversas catástrofes em âmbito mundial, como foi o caso do Holocausto com os Judeus.

O raciocínio do holocausto é praticamente idêntico ao do direito penal do autor, visto que o sujeito deveria ser punido pelo que ele era, ou representava e não pelo que cometeu, esse positivismo acobertou uma política de defesa da sociedade, que por muito tempo deu legitimidade para o Estado aniquilar todas as garantias e direitos dessas pessoas.

O Direito Penal do Autor tem suas raízes na Escola Positiva, que entende os fatores da criminalidade relacionados a perspectiva do sujeito. Os positivistas

naquela época acreditavam que os fatores que desencadeavam a delinquência eram psíquicos-orgânicos, transformando a criminalidade em algo patológico.

Nesse sentido, diversos estudiosos se dedicaram a essa vertente, como foi o caso de Cesare Lombroso, que a partir de análises comparativas de características físicas buscava um padrão para os delinquentes, já que entendia como fruto de um processo biológico. Por sua vez, Franz Von Liszt declarava que era necessário punir o autor antes do fato cometido por ele, além disso, as sentenças penais deveriam ser abertas, e a pena seria cumprida na medida da personalidade do agente.<sup>110</sup>

Para a Escola Positiva, o Direito penal deve ter como norte a proteção de valores sociais apenas, não possuindo um cunho educativo. Nessa vertente, o autor é visto como alguém irrecuperável, dessa forma, estabelece-se, um caráter maniqueísta do direito penal, pois aquele que é o criminoso deve ser visto como um risco a sociedade, devendo ser neutralizado.<sup>111</sup>

Impende salientar que o debate entre direito penal do fato x direito penal do autor, não se limita a um debate meramente doutrinário, visto que na prática temos muitos institutos que estão impregnados desse raciocínio, como por exemplo os antecedentes, a reincidência, personalidade do agente e a própria garantia da ordem pública

Por fim, merece destaque que existe uma manifesta incompatibilidade entre o princípio da presunção de inocência e o direito penal do autor, não sendo possível uma coexistência harmônica entre esses dois conceitos, implicando, portanto, em uma clara violação a Constituição Federal brasileira.

#### **4.5. O Processo Penal do Inimigo:**

Quando da criação da teoria do direito penal do inimigo, percebe-se claramente que Jakobs não se preocupou em elaborar uma distinção clara entre o direito penal e o processo penal com relação a sua teoria, mas demonstrou-se

---

<sup>110</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da. **Raízes da Sociedade Criminógena**, Costa. 2ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris.2010. P. 21

<sup>111</sup> *Ibidem*. 42.

preocupado apenas com a separação entre a categoria de cidadãos e de “não cidadãos (inimigos).

Sobre o tema, merecem destaque as palavras de César Farias em sua tese de doutorado:

As relações entre o Direito Processual Penal e o Penal são tão íntimas que Jakobs sequer distinguiu o Direito Penal do Inimigo do Processo Penal do Inimigo, embora devesse fazê-lo quando se referiu à supressão ou flexibilização das garantias processuais. A visão integradora adotada pelo autor alemão, como forma de expandir seu “Direito Penal do Inimigo”, conduz a um processo penal sem garantias, na medida em que também atribui ao processo fins de (re)estabilização normativa. A filosofia de considerar determinados acusados como inimigos acarreta necessariamente consequências no processo penal. Apesar de sua autonomia como ciência jurídica, o processo penal tem um caráter eminentemente instrumental, através dele é que o Direito penal atua, que passa do abstrato ao concreto, da idéia à realidade.<sup>112</sup>

Nesse sentido, como já foi mencionado anteriormente, Jakobs entendia que determinada categoria de sujeitos não deveriam ter os mesmos direitos e serem equiparados aos cidadãos, pois uma vez que eles descumpriram o “contrato social” eles passariam a ser enquadrados na categoria de não pessoas.<sup>113</sup>

Sendo assim, para Jakobs pouco importava se a supressão de direitos teria uma natureza material ou processual, já que segundo a sua teoria todos os direitos e garantias desses inimigos, deveriam ser completamente relativizados.

Podemos exemplificar isso quando Jakobs entende que quanto mais grave sanção em relação ao inimigo maior deveria ser a relativização de direitos e de garantias processuais, sobretudo em relação à presunção de inocência, com o destaque para o seguinte trecho:

O Direito Penal do Inimigo, influenciado pelo punitivismo, apregoa sanções mais graves, exacerbadas, para os inimigos, que, contudo, mesmo sem examinar sua eficácia preventiva, só poderão ser aplicadas, após o devido processo penal. Ora, quanto mais grave a acusação, com maior razão, não se deve perder de vista o princípio constitucional da presunção de inocência, daí o enorme risco de se

---

<sup>112</sup> FARIA JUNIOR, César de. **O Processo Penal Do Inimigo, Os Direitos E Garantias Fundamentais E O Princípio Da Proporcionalidade** 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador.p 31

<sup>113</sup> Ibidem. p 23 a 24.

adotar normas processuais próprias do Direito Processual Penal do Inimigo.<sup>114</sup>

Todo o sujeito que é acusado de algum crime, por si só, torna-se um sujeito processual, dotado de direitos como é o caso da não autoincriminação, não ser enganado, procedimento regular para obtenção de provas, cumprimento de deveres, por exemplo, não mudar de residência sem autorização judicial, não se ausentar por determinado período da comarca onde tramita o processo.<sup>115</sup>

Caso o acusado se comporte como “inimigo” sob o ponto de vista processual, burlando elementos probatórios, ameaçando testemunhas, tentando fugir, nesse caso, devem ser tomadas medidas mais enérgicas, como é o caso da prisão preventiva<sup>116</sup>

No entanto, ainda que o indivíduo aja dessa maneira (como inimigo), não podemos em hipótese alguma considera-lo como inimigo, já que, mesmo que ele adote essas posturas supramencionadas, ainda assim deverá ser tratado com dignidade e ter seus direitos amplamente assegurados, vem vulnerar nenhum tipo de garantia processual, mas trata-lo de acordo com o rigor da lei, nunca além disso.

Cumprе salientar que o processo penal por si só já é algo bastante tormentoso, trata-se de um tormento na vida de qualquer indivíduo, que tem a sua vida completamente devassada, tem a sua imagem exposta e pior do que isso tudo é ter como seu “adversário” o estado, infinitamente mais forte, mais aparelhado, ou seja, trata-se de uma luta entre “Davi e Golias”.

Com relação ao processo penal do inimigo, ele apresenta como “proposta” a supressão e relativização de garantias, ou seja, um processo que já é desigual, se tornará ainda mais desigual, tornando ainda mais vulnerável aquele que responde por algum crime.

O “inimigo” por supostamente integrar um grupo de risco, pela sua dita “periculosidade”, deverá ter seus direitos e garantias processuais suprimidos, mesmo que nem sequer tenha sido processado ou condenado ainda.

---

<sup>114</sup> *Ibidem.* p. 30

<sup>115</sup> *Ibidem.* P. 31

<sup>116</sup> *Ibidem.* p. 31 a 32

Como foi possível perceber, a teoria do processo penal do inimigo ainda é uma “teoria” pouco explorada e bem recente, em que pese Jakobs tenha tratado o Direito Penal do inimigo de uma forma ampla, sem distinguir processo e matéria, é importante que seja feito o devido aprofundamento e a separação, para que não cause uma falsa impressão de que apenas existiria um “Direito Penal material do Inimigo”, ousado afirmar que a relativização de garantias processuais, como propõe Jakobs, pode ser ainda mais grave do que uma interferência isolada no direito material.

Logo em seguida será feito o devido aprofundamento a respeito das características do processo penal do inimigo, além da realização de algumas considerações mais profundas a respeito dessa temática.

#### **4.5.1 Contornos e características:**

Feitas as devidas considerações sobre o processo penal do inimigo, nesse ponto serão delineadas as principais características e feitas considerações relevantes acerca do processo penal do inimigo

As principais características do Processo Penal do Inimigo são as seguintes: primeiramente a completa relativização de garantias processuais penais, ou seja, a desconsideração de princípios cruciais para o nosso processo penal.

Dentre eles podemos citar a desconsideração da presunção de inocência, inobservância ao devido processo legal, relativização da dignidade da pessoa humana, inversão do *in dubio pro reo* pelo *in dubio pro societates*, além da relativização de todos os direitos processuais penais, configurando a criação de um verdadeiro “processo penal de exceção”

Outra característica marcante seria a categorização e a criação de uma hierarquia em relação ao processo, existindo um processo penal para o cidadão e um outro processo penal para aquele que não é um cidadão, ou não pessoa, ou inimigo. Além disso, existiria uma gradação, na medida que o crime cometido fosse mais grave, maior seria a relativização de garantias em relação ao imputado.

Merecem destaque os ensinamentos do professor César Faria:

Contra o “inimigo” defende Jakobs a aplicação de regras excepcionais, como a intervenção nas telecomunicações, investigações secretas e a intervenção de agentes infiltrados, mas de modo juridicamente ordenado para não contaminar o que ora se denomina “Direito Processual Penal do cidadão”. Nas suas palavras, “estas medidas não têm lugar fora do Direito; porém, os imputados, na medida em que intervêm em seu âmbito, são excluídos de seu direito: O Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado”.<sup>117</sup>

É possível afirmar que existe um antagonismo muito grande dentro do processo penal, que no caso é a efetivação da justiça e a proteção dos direitos fundamentais do cidadão, que seria o conflito liberdade x Segurança.

Nesse diapasão, é notório que o Processo Penal do Inimigo se encarrega de romper com a imparcialidade cognitiva presente no estado democrático de direito, o que Luigi Ferrajoli denomina “procedura decisionistica e inquisitória fondata sul principio, schiettamente politico, dell’amico/nemico”.<sup>118</sup>

Nesse sentido, outra característica significativa do processo penal do inimigo seria a conotação partidária que ele assumiria, pois, o objetivo dele é eliminar com a criminalidade organizada, o que supostamente só seria atingido dessa forma.<sup>119</sup>

Por fim, cumpre estabelecer que o processo penal do inimigo afronta violentamente o estado democrático de direito, em que é essencialmente pautado pelas liberdades, pelas garantias e sobretudo a existência de uma isonomia, em que todos os cidadãos devem ser tratados de forma paritária, algo que a teoria do processo penal do inimigo viola amplamente.

#### **4.5.2 O Processo Penal Como Instrumento de Opressão ao “Inimigo”: A Quem Interessa?**

---

<sup>117</sup> Ibidem. p. 31

<sup>118</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Emergência penale e crisi della giurisdizione. Dei delitti e delle pene**, Bari, n. 2, p. 271-292, mar./ago. 1984 apud FARIA JUNIOR, César de. **O Processo Penal Do Inimigo, Os Direitos E Garantias Fundamentais E O Princípio Da Proporcionalidade** 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador. P. 32.

<sup>119</sup> Ibidem.

Diante do que já foi exposto, não podemos perder de vista que o Processo Penal do Inimigo é uma importante arma de manipulação ideológica e principalmente social. Por muito tempo conseguimos ver a sociedade criar determinados inimigos, no caso da Alemanha nazista os Judeus, durante a Guerra Fria o capitalismo tinha como inimigo os “comunistas” e atualmente o mundo tem como inimigo os Terroristas.

Todo o desenvolvimento desse raciocínio se deu através de muita manipulação ideológica, através dos meios de comunicação, produções cinematográficas com a “vilanização” de determinados sujeitos, para que a sociedade compre a ideia de que aquele determinado sujeito deve ser encarado como um inimigo.

Em verdade percebe-se que o discurso é exatamente igual em todos os casos, mudando apenas o alvo dele, ou seja, cada sociedade tem o poder de criar seus inimigos e disseminá-los, a pretexto disso, esses sujeitos passariam a ter seus direitos e garantias amplamente relativizados, justamente por ser um “inimigo” da sociedade.

Observa-se, portanto, um fenômeno bastante peculiar que é a espetacularização do processo penal, onde a sociedade que é responsável pelo julgamento antecipado do réu, o judiciário se encarrega apenas de atribuir um caráter técnico formal a uma vontade popular.

Nesse sentido, observa-se que direitos constitucionalmente previstos são sonogados aos réus, nulidades absolutas se tornam relativas, a taxatividade da lei penal e processual penal é relativizada com frequência, prisões arbitrárias são mantidas indefinidamente, mas quem se importa? Afinal eles são os “inimigos”.

Nesse sentido, convém salientar, que os fenômenos da modernização e da globalização vêm se transformando em ameaças as clássicas garantias do processo penal, tornando cada vez mais o processo penal como uma ferramenta de controle social das massas.<sup>120</sup>

O resultado desse somatório é a criação de uma forma de “estilização seletiva” das áreas de risco de violação dos direitos, onde a parte não está no todo, mas

---

<sup>120</sup> Ibidem



em lugar do todo ou, diretamente, contra o todo, entendido o todo como os direitos fundamentais de todas as pessoas.<sup>121</sup>

Embora pareça inofensivo, o Processo Penal do inimigo leva a refletir a necessidade de uma ressignificação do processo penal como um instrumento vetor de garantias contra o arbítrio e a opressão e em hipótese alguma como um instrumento de perseguição, manipulação ideológica e controle de massas.

Não se trata de uma tarefa fácil resgatar a dimensão garantista do processo penal, sendo um primeiro passo para isso: a necessidade de afastar o processo penal e os seus “atores” do pensamento populista de um processo penal a serviço da proteção de valores sociais.

#### 4.6 O MODELO ADOTADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO: PARADOXOS:

Após longos anos mergulhados sobre uma ditadura militar que massacrava a população brasileira, de um modo violento e opressor, através do cerceamento às liberdades individuais. Aquele que não obedecesse ao regime era violentamente massacrado, sem direito a um devido processo legal e nenhum tipo de julgamento.

Com a abertura política o Brasil foi experimentando uma liberdade da qual nunca dispôs, ao lado disso foram implementados e assegurados diversos direitos, sobretudo relacionados às garantias processuais.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, é possível afirmar que o país vivenciou uma profunda reformulação de natureza legislativa, pois o texto constitucional é essencialmente garantista e gerou um conflito com diversos diplomas legais, sobretudo em relação ao Código de Processo Penal, que inevitavelmente teve que ser reinterpretado sob o prisma da “nova” constituição.

---

<sup>121</sup> Ibidem. p. 33

Sabe-se que o Código de Processo Penal é proveniente da ditadura Vargas, formulado no ano de 1941, praticamente uma cópia do código de processo penal da Itália, durante o período fascista de Benito Mussolini.

Diante das informações mencionadas, parece claro que o Código de Processo Penal do Brasil era bastante antagônico à Constituição, pois enquanto um foi formulado para atender os anseios de um governo fascista, a constituição numa via diametralmente oposta surge logo após a Ditadura Militar, ou seja, apresenta uma completa repulsa e intolerância a qualquer traço de autoritarismo.

É previsível que ocorreriam diversos conflitos entre esses textos, desse modo por ser a constituição hierarquicamente superior ao Código de Processo Penal, é possível afirmar que esse código teve de ser completamente reinterpretado, mas sob as lentes de uma constituição garantista. Diversos artigos foram considerados inconstitucionais (não recepcionados).

Diante desse cenário bastante conflituoso o Código de Processo Penal passou por algumas reformas em várias partes do seu texto. Muito embora a intenção das reformas deva ser encarada positivamente em alguns casos, mas ela gerou um grande problema que foi transformar o Código em uma verdadeira Colcha de retalhos.

Existem situações tão extremas que podemos dizer que dois incisos do mesmo código dizem coisas completamente diferentes sobre a mesma matéria, como é o caso do parágrafo único do artigo 186 e o 198 que fazem menção ao direito ao silêncio, enquanto um fala que é possível o sujeito se manter em silêncio e aquilo não ser interpretado em seu desfavor, o outro artigo diz que caso o sujeito se mantenha em silêncio, essa omissão poderá ser considerada em seu desfavor.

Ainda depois de um longo período, até hoje enfrentamos um profundo desafio que é adequar o nosso Código de Processo Penal a nossa Constituição, de modo que a aplicação de determinados dispositivos não seja encarada como uma violação aos ditames constitucionais.

Atualmente, estamos inseridos no contexto de um estado democrático de direitos, pós estado liberal e pós estado social. De uma maneira sucinta, o

Estado Democrático de Direito reconhece o poder do povo através da representação popular, além de consagrar os direitos fundamentais como valores soberanos. Está submetido a uma constituição rígida, que encarna o pluralismo político e reconhece a existência de minorias que precisam de tutela.<sup>122</sup>

Nesse sentido, é possível afirmar que o Estado Democrático tem por finalidade, colocar o Direito Penal a serviço do cidadão, em consonância com os limites estabelecidos pela dignidade humana, igualdade e participação efetiva do cidadão.<sup>123</sup>

Ou seja, o Direito Penal no estado democrático de direito não deve apenas estar adstrito aos cidadãos, mas deve obediência a uma série de princípios previstos pela Constituição, não podendo a concepção dos cidadãos prevalecer e ser considerada de forma isolada.

Em que pese a legislação esteja caminhando muito lentamente em relação à constitucionalização do Processo Penal, existe um elemento bastante preocupante em relação a isso tudo, a mentalidade de uma significativa parcela da população permanece adestrada ao modelo ditatorial, apresentando uma resistência bastante significativa às inovações trazidas pela constituição.

Ainda existe alguns julgadores que ignoram solenemente a constituição e ainda encaram o processo penal como um processo essencialmente inquisitorial em que garantias, devido processo legal e princípios são completamente inobservados, tratando o processo como um meio para obtenção da verdade, não medindo esforços para supostamente atingi-la, sem se importar com os direitos que foram suprimidos.

Ao lado disso, temos vivenciado um contexto de globalização em que a notícia se propaga muito rapidamente, ou seja, qualquer delito que aconteça é motivo para uma comoção social e uma verdadeira caça às bruxas, sobretudo se a vítima é de classe média alta e o suposto criminoso é negro, pobre e da periferia.

---

<sup>122</sup> PINHO, Ana Claudia Bastos de. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito: Uma abordagem a partir do Garantismo de Luigi Ferrajoli**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2006. p. 45

<sup>123</sup> PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal: Fundamentos e Teoria do delito**. 7º ed. Tradução Claudia Viana Garcia. 7º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 86

A sociedade diante da situação de insegurança que está inserida, acaba recorrendo ao direito penal e ao processo penal como “formula mágica” para a resolução desses problemas relacionados à segurança pública.

Nesse sentido, é possível observar a criação de várias leis em caráter emergencial como forma de aplacar o clamor social causado com relação a determinados casos, a partir de uma compreensão equivocada que essas leis e esse recrudescimento serão capazes de lidar com as questões de segurança pública.

Com relação ao processo penal do inimigo, muito embora esteja claro que a nossa constituição federal de 1988 não tenha o menor espaço para essa teoria, temos assistido boquiabertos a implementação de um processo penal do inimigo em que garantias constitucionais são violadas, o devido processo penal não é respeitado e poucos se insurgem em relação a essas mazelas.

O Processo Penal tem assumido uma conotação de manipulação ideológica imposta por uma classe dominante, é o que podemos extrair do referido trecho:

A ideologia transforma aqui fins particulares em fins universais, encobre as tarefas que o Direito Penal (poderíamos aqui perfeitamente substituir por direito da ordem pública e poder de polícia) desempenha para a classe dominante, travestindo-as de um interesse social geral, e empreende a mais essencial inversão, ao colocar o homem na linha de fins para a lei, e não a lei existindo para o homem.<sup>124</sup>

A população tem um papel importantíssimo nessa transição perigosa que estamos vivenciando, pois na medida que “cobra respostas” dos poderes com relação à segurança pública, percebe-se um recrudescimento legislativo e inclusive no próprio julgamento, que se torna completamente parcial e inquisidor, sobre as respostas desses processos? Torna-se dispensável qualquer questionamento, pois na grande maioria das vezes esses indivíduos apenas esperam a sua condenação que já é certa desde o início do processo.

Com relação a esse recrudescimento e dessa implementação disfarçada e um processo penal do inimigo, poucas são as queixas, afinal, esses indivíduos que nunca tiveram voz perante a sociedade, nessa situação terão menos ainda, podemos fazer uma metáfora de que são “gritos dados por pessoas mudas” e que por isso nunca serão ouvidos pela sociedade.

---

<sup>124</sup> Nilo Batista, *Introdução Crítica ao Direito Penal*, Rio de Janeiro: Editora REVAN, 1990, p. 54

## **5. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA:**

Após uma análise individualizada de diversos pontos relacionados à temática do requisito da garantia da ordem pública na prisão preventiva, convém elucidar aquele que é um dos pontos mais delicados na seara das prisões preventivas, no caso o princípio da presunção de inocência, a possibilidade, ou não de sua coexistência e a relativização desse princípio.

O princípio da presunção de inocência em que pese esteja previsto na Constituição Federal no artigo 5º, LVII, "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", é no Processo Penal que ele encontra, uma maior aplicabilidade e incidência sobre normas e também em julgamentos, não ficando restrito apenas ao plano das prisões provisórias.

A presunção de inocência em que pese se trate apenas de um princípio, entendemos que a aceção dele é bastante ampla, tratando-se inclusive de um filtro interpretativo no Processo Penal, ou seja, antes de se valer de qualquer norma processual penal é necessário que seja feita uma análise se ela estaria em consonância com a presunção de inocência, sob pena de incorrer numa interpretação inconstitucional.

Podemos afirmar de modo irrefutável que ele se trata de uma garantia processual atribuída a todo aquele que foi ou está sendo acusado pela prática de uma determinada infração penal, sendo-lhe assegurado o amplo direito de defesa antes da formação de qualquer título de condenação.

Esse princípio, ao menos em tese, deve assegurar um julgamento prévio a qualquer tipo de sanção; e que nesse julgamento sejam respeitadas todas as garantias constitucionais e a observância estrita à dignidade da pessoa humana.

Em verdade, um dos maiores problemas relacionados à presunção de inocência é uma hiper flexibilização desse princípio e algo que seria de caráter excepcional aba tornando-se a regra, como é o caso das prisões provisórias que tem assumido cada vez mais um aspecto de antecipação de pena em razão da relativização desse princípio.

Por outro lado, merece destaque, que para realizar a devida análise desse princípio, é indispensável a construção de uma sólida base instrumental acerca do princípio da presunção de inocência, pautada em uma visão constitucional e também de tratados internacionais aplicáveis ao nosso país.

## **5.1 BASES INSTRUMENTAIS:**

Primeiramente, convém salientar que a presunção de inocência não é “algo dado” um princípio que foi posto, muito pelo contrário, ele é proveniente de uma árdua conquista histórica da nossa sociedade. Para que estejamos nesse patamar atual, muitos inocentes já morreram (e ainda morrem), sendo importante refletir que ele nem sequer existia.

Para isso se faz imprescindível realizarmos algumas reflexões históricas sobre a natureza e a origem desse princípio, para que possamos eliminar determinados equívocos que de tanto se repetirem acabam se tornando uma “verdade”, além disso para minuciar debates doutrinários e juspolíticos que estão sendo omitidos.<sup>125</sup>

A presunção de inocência é um princípio relativamente recente, tendo em vista que no período medieval a lógica era exatamente inversa, o sujeito que supostamente cometeu um determinado fato delituoso não tinha em seu favor o

---

<sup>125</sup> MORAES, Mauricio Zanoide. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para decisão judicial.** Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2010. p. 01

benefício da dúvida, muito pelo contrário, existiam as famosas ordálias, que eram os “juízos de Deus”.

As ordálias e os juízos de deus não consistiam em um procedimento criminal, mas em forma de se, provar/julgar” a culpa de alguém, “uma devolução a Deus da decisão sobre a controvérsia”. O julgamento não era mais realizado perante o povo e em votação em assembleia, mas era realizado e presidido pelo líder. Inicialmente, eram colhidos os juramentos, tanto do acusador quanto do acusado, também denominados “expurgações canônicas”. Por eles as partes assumiam o compromisso (“com deus”) de que diriam a verdade, atuavam com justiça e, no caso do acusado, de que não tinha cometido o crime. Ao acusado era permitido trazer juramentos de outras pessoas para apoiar o por ele prestado (os conjuradores), o que bem indica a menor credibilidade de que os acusados gozavam em relação aos acusadores. Tendência com a qual vai se forjando e solidificando uma cultura da presunção da culpa. Passadas as formalidades iniciais de juramentos e colheita de versões, avaliando a necessidade de eliminar incertezas, poder-se-ia instituir ordálias que, conforme se acreditava, provocariam a proteção divina a quem tivesse razão. Aos proprietários de bens de determinado valor e aos nobres reservavam-se os duelos judiciários, uma das formas de ordálias, em que os litigantes combatiam entre si, ou em certas circunstâncias escolhiam seus representantes. Outras formas de juízos de deus eram, p.ex., as provas de água quente (imersão da mão ou do braço) e do ferro em brasa (carregava-se na mão um ferro em brasa por determinado número de passos), segundo as quais, após cumprida a tarefa, enrolava-se o membro exposto em ataduras e esperava-se por um período de três dias. Teria razão aquele que apresentasse os ferimentos curados nesse espaço de tempo, caso fossem infeccionados ou não evoluíssem para a cicatrização estava provada a culpa.<sup>126</sup>

Diante da leitura do breve trecho supramencionado, é possível compreender o mecanismo de funcionamento que ocorria na idade média, em que claramente a presunção de culpa era a regra, “a menos que um milagre divino acontecesse” para que esses indivíduos conseguissem se salvar, era uma espécie de julgamento divino em que Deus se encarregaria de dar, ou não, a resposta sobre a inocência do suspeito.

Além das ordálias, a tortura era outro mecanismo amplamente utilizado como forma de obter a confissão para instruir adequadamente o processo. Devendo o indivíduo ser submetido a tais torturas e caso resistisse à tortura sem confessar, significaria que de fato não teria cometido o delito. Podemos visualizar melhor a referida situação a partir do seguinte trecho:

De um modo geral, pode-se afirmar que era necessário um mínimo de elementos para que o juiz iniciasse a investigação pré-processual, a qual se realizava em sigilo. Após essa fase de busca de elementos de convicção, o magistrado, já convencido da ocorrência da heresia

---

<sup>126</sup> Ibidem. p. 42 a 43

ou da infração e sua autoria, formalizava o início do processo pelo qual o acusado seria julgado. (...) Provas testemunhais e documentais eram colhidas pelo julgador também nessa última fase citada, assim como poderia se proceder à consulta a técnicos jurídicos (clérigos de reconhecida capacidade jurídica ou doutores das Universidades europeias). Ainda nessa fase, em regra sigilosa, o acusado era interrogado para que confessasse. Caso isso não ocorresse, e o número de provas atingisse o que a lei entendia como suficiente para formar uma "certeza da culpa" do acusado, o juiz decidia pelo encaminhamento do réu à tortura, a fim de que confessasse o crime do qual, insista-se, já havia a certeza do seu cometimento e de sua culpa. Buscava-se, por meio da tortura, apenas a legitimação daquela "certeza prévia".<sup>210</sup> Nessa decisão, ainda como parte do sistema da prova legal, o juiz deveria indicar, de acordo com as características do caso e da pessoa a ser torturada, qual o método de tortura a ser empregado, sua intensidade e duração, assim como deveria zelar pela integridade física do torturado, valendo-se, inclusive, se necessário, de médicos.<sup>127</sup>

Diante do referido apanhado histórico sobre o funcionamento dos processos na Idade Média, fica evidente a completa inexistência do princípio da presunção de inocência.

Apenas algum tempo depois, com o advento dos ideais iluministas que começaram a ser gradativamente implementados direitos que outrora não eram previstos, com isso surgiram os primeiros ideais de presunção de inocência, para que posteriormente ocorresse a sua inclusão na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), convém destacar o trecho da obra de Mauricio Zanoide de Moraes:

As forças políticas mais sensíveis àquela insatisfação crescente começaram, de meados do século XVII até o final do século XVIII, a produzir alterações legislativas em reinos mais infensos às ideias iluministas. Surgem os monarcas chamados "déspotas esclarecidos" ou "monarcas iluministas". Em França, já em 08 de maio de 1788, foi elaborado um édito suprimindo muitos abusos do sistema inquisitivo vigente desde a Ordenança Criminal de 1670. Dentre essas mudanças legais pode-se citar, atendo-se apenas ao campo processual penal: as sentenças deveriam ser motivadas; a fase persecutória de preparação produzida pelo juiz investigador foi abolida; os acusados que fossem absolvidos teriam direito a indenização; e, principalmente, a tortura é abolida como forma de se obter a confissão do imputado.(...) destaque-se: (a) a obrigatoriedade de defesa de ofício; (b) a publicidade e a oralidade passaram a ser a tônica procedimental; (c) a necessidade do juiz indagar sobre provas favoráveis ao acusado; (d) os interrogatórios deviam ser feitos na presença de duas pessoas; e, por ser este o eixo central dos sistemas processuais penais imediatamente anteriores (ordálias e Inquisição), (e) **a presunção de culpa foi substituída pela presunção de inocência e, em decorrência disso, as hipóteses de prisão cautelar foram reduzidas e melhor racionalizadas.**<sup>128</sup>

<sup>127</sup> Ibidem. p. 65

<sup>128</sup> Ibidem p. 76



Feitas as devidas referências sobre o surgimento da presunção de inocência, ao longo do tempo ela foi se consolidando e se inserindo gradativamente em convenções relacionadas à direitos humanos, ocasionando uma verdadeira quebra de paradigmas e uma revolução histórica no processo penal.

Após a implementação da presunção de inocência na Carta Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, ainda assim a humanidade vivenciou diversos períodos em que a presunção de inocência foi completamente escanteada, muito embora estivesse prevista e assegurada nesse documento.

Atualmente a presunção de inocência já se encontra amplamente difundida em diversos ordenamentos jurídicos, dentre eles o brasileiro, que prevê em sua constituição esse princípio, além de trazer outros princípios como corolário desse.

## **5.2. A presunção de inocência enquanto um direito fundamental:**

Após delinear brevemente as bases instrumentais da presunção de inocência, é importante que tenhamos uma concepção mais ampla acerca da presunção de inocência, não apenas como um mero princípio que admita ou não aplicação em determinados casos. É imprescindível que tenhamos a compreensão da presunção de inocência como um direito fundamental.

Primeiramente é importante que façamos um brevíssimo apanhado sobre os direitos fundamentais e situá-los num contexto jurídico/constitucional, para posteriormente introduzir a presunção de inocência e as suas peculiaridades.

No seguinte trecho podemos ter uma noção sobre a concepção de Direitos Fundamentais para Ingo Sarlet:

De acordo com o critério aqui adotado, o termo "direitos fundamentais" se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado,' ao passo que a expressão "direitos humanos" guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e em todos os

lugares, de tal sorte que revelam um caráter supranacional (internacional) e universal.<sup>129</sup>

O referido trecho evidencia que o direito fundamental tem como peculiaridade a sua vinculação à pessoa humana, previstos em uma determinada ordem constitucional.

Sobre a “Presunção de Inocência” enquanto um direito fundamental, é inegável o seu caráter de direito fundamentalmente garantido, primeiramente pela historicidade, os direitos fundamentais são provenientes de árduas conquistas históricas, como foi o caso da presunção de inocência.

Podemos categoriza-lo como um direito fundamental de primeira dimensão, justamente por estar relacionado aos direitos que impõem um dever abstencionista do estado, que exige dele uma “liberdade” uma autonomia.<sup>130</sup>

Ademais, impende salientar a enorme relevância da presunção de inocência, sendo praticamente uma baliza para nortear o processo penal constitucional. Tamanha é a importância desse direito, que encontra previsão nas democracias modernas de diversos países, que já incluem-no explicitamente nas suas leis e em suas constituições.

Por outro lado, não podemos perder de vista que a presunção de inocência enquanto direito fundamental que funciona como limitador do “ius puniendi” estatal, e como norteador para um processo penal garantista que respeite a constituição e os tratados internacionais.

### **5.3 Tutela internacional do princípio da presunção de inocência:**

Como já foi abordado anteriormente, a presunção de inocência encontra-se insculpida em diversos diplomas internacionais, dentre eles em convenções, tratados, pactos, legislação alienígena. Trata-se de um direito dotado de universalidade, que possui eficácia plena em âmbito global.

---

<sup>129</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. amp. São Paulo, Saraiva. 2015; p. 297.

<sup>130</sup> MORAES, Mauricio Zanoide. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para decisão judicial**. Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2010. p. 174

Nesse sentido, convém fazer um breve apanhado de como a presunção de inocência está inserida nos diplomas internacionais, dentre eles destacam-se três textos vinculados à proteção internacional dos direitos humanos:

O art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, prevê que "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".<sup>131</sup>

O artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU), prevê que:

todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa<sup>132</sup>

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, em seu art. 14, item 2, prevê que "toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa".<sup>133</sup>

Na Convenção Européia sobre Direitos Humanos, conforme disposto no art. 6º, item 2, "qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada".<sup>134</sup>

O art. 8º, item 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), dispõe que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".<sup>135</sup>

Nesse sentido, observa-se que a presunção de inocência além de ser fruto de uma construção histórica de toda humanidade, ela encontra abrigo de forma ampla na ordem jurídica internacional, impondo a diversos países o respeito a uma série de normas e garantias com a finalidade de assegurar a presunção de inocência aos seus cidadãos.

---

<sup>131</sup> [https://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/52-ARTIGO](https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/52-ARTIGO)

<sup>132</sup> Ibidem.

<sup>133</sup> Ibidem.

<sup>134</sup> Ibidem.

<sup>135</sup> Ibidem.

#### 5.4. Princípios decorrentes e relacionados à presunção de inocência:

A presunção de inocência não pode ser compreendida como um princípio isolado em meio a um ordenamento jurídico repleto de outros princípios que guardam uma estreita relação, ou até mesmo uma influência do princípio da presunção de inocência.

Dentre eles, podemos elencar o princípio do favor rei, ou *favor libertatis* a favor do inocente, podendo considera-lo como um dos princípios mais importantes do Processo Penal, pode-se afirmar que ele se trata de uma decorrência lógica da presunção de inocência.

O referido princípio tem como norte a ponderação de forças entre o estado e o indivíduo, sendo notória essa disparidade, é necessário, portanto, minimizar esse desequilíbrio, até porque não faz o mínimo sentido colocar alguém que o estado não tem certeza da culpa na cadeia, ou seja, esse indivíduo é presumivelmente inocente, devendo então ter o benefício da “dúvida” ao seu favor.

Esse princípio possui diversas vertentes, dentre elas uma das mais importantes é a interpretativa, na medida que a norma possua uma determinada dubiedade ela deverá ser baseada na predominância do direito à liberdade do acusado quando confrontado com o direito de punir do Estado, ou seja, na dúvida, sempre prevalecerá o interesse do réu, devendo ser escolhida a interpretação mais favorável ao acusado.

No sistema penal brasileiro é inconcebível que qualquer sujeito seja condenado sem que haja provas robustas acerca da autoria e da materialidade delitiva, muito embora ainda existam diversos erros judiciais, justamente pela inadequação da interpretação do *in dubio pro reo*.

Nesse sentido se posiciona Mauricio Zanoide de Moraes:

O "favor rei" é relevante para a "presunção de inocência" tanto no instante legislativo, quando deve orientar a formação legislativa infraconstitucional processual penal de modo a não se elaborarem leis abstratamente desconformes àquele dispositivo constitucional, quanto no âmbito judicial, para orientar a escolha da interpretação mais favorável ao imputado. Para uma melhor didática expositiva da interação dos dois âmbitos de incidência do "favor rei" (o legislativo e o judiciário), ambos serão tratados conjuntamente na medida em que

se sugere um modelo (constitucional) de medidas de coação no processo penal.<sup>136</sup>

Outro princípio que muito embora não seja derivado da presunção de inocência, mas possui uma relevante relação com a presunção de inocência é o da dignidade da pessoa humana, pois no curso do processo penal esse indivíduo deverá ser tratado com dignidade, pois trata-se de um sujeito de direitos a quem devem ser asseguradas todas as garantias constitucionais.

Muito embora se trate de um princípio que possua uma aceção bastante ampla, ele encontra uma ampla aplicabilidade no processo penal, sobretudo se formos confronta-lo com o processo penal do inimigo, em que apenas alguns deverão ser tratados com dignidade, no caso apenas os que não se enquadram como inimigos.

Em que pese pareça banal, mas esse princípio é um dos principais protetores dos indivíduos em relação às arbitrariedades estatais, tolerar qualquer tipo de relativização desse princípio é o mesmo que abrir mão de todas as conquistas relacionadas ao campo dos direitos fundamentais

Sobre a relação entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, merecem destaque as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

Verifica-se ser de tal forma indissociável a relação entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais que mesmo nas ordens normativas onde a dignidade ainda não mereceu referência expressa, não se poderá — apenas a partir deste dado — concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda a ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana." Com efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem — ainda que com intensidade variável — explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio (já que exceções são admissíveis, consoante já frisado), em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa.<sup>137</sup>

Finalmente, cumpre salientar que o presente tópico fez apenas um breve apanhado e uma seleção de alguns princípios de uma grande relevância para o processo penal, relacionando-os à presunção de inocência e compreendendo a importância de cada um deles nesse contexto.

---

<sup>136</sup> MORAES, Mauricio Zanoide. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para decisão judicial.** Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2010. p. 369

<sup>137</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2010, p. 96

### 5.5 A Presunção de Inocência e a Garantia da Ordem Pública:

A presunção de inocência como já foi abordado anteriormente, está prevista no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, e é fruto de uma longa construção histórica da humanidade, estando atualmente prevista na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, além da pela Declaração Universal de Direitos Humanos (1948). Servindo de inspiração para uma série de outras convenções e tratados, a exemplo do “Pacto de San José de Costa Rica”.<sup>138</sup>

Ao longo desse trabalho, foi possível observar que apesar da grande dificuldade de compatibilizar as prisões cautelares e a presunção de inocência, é perfeitamente possível essa coexistência harmônica, mas para isso é necessário um diálogo das prisões coma as diretrizes da presunção de inocência, além dos demais princípios constitucionais.

Adentrando mais especificamente a seara das prisões preventivas, é indispensável a elaboração de uma análise constitucional do fundamento da garantia da ordem pública, justamente por ser o fundamento mais utilizado para justificar a custódia cautelar.

No que diz respeito ao referido tema, a doutrina adota basicamente dois posicionamentos, a primeira corrente possui um viés mais tradicional, enquanto a segunda adota uma postura mais crítica. Nesse sentido, várias formas de abordagem sobre o tema foram trazidas, dentre elas aquela pugna pela inconstitucionalidade desse fundamento.<sup>139</sup>

Nesse sentido, parece a alternativa mais adequada aquela que adota um posicionamento crítico com relação à garantia da ordem pública e pugna pela sua inconstitucionalidade. Partindo-se da premissa que a finalidade da prisão cautelar está direcionada para garantir o regular desenvolvimento do processo e é meramente situacional.

---

<sup>138</sup> GOMES, Luiz Flávio. Estudos de direito penal e processo penal. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.114

<sup>139</sup> MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. São Paulo. Editora Gen e Editora Método. p. 34 a 35.

Nesse espeque, convém salientar que as prisões provisórias são dotadas de excepcionalidade, justamente por ocorrerem antes do trânsito em julgado da sentença. Dessa forma, o cerceamento cautelar da liberdade apenas é justificável quando é utilizado como instrumento do processo, não fazendo sentido a utilização da garantia da ordem pública.

Sobre o tema, merecem destaque as lições de Maria Lucia Karam:

A prevalência da tutela da liberdade sobre o poder de punir está na origem de todos os princípios garantidores positivados em normas inscritas nas declarações internacionais de direitos e nas constituições democráticas. Na democracia, a presunção de inocência daquele que é submetido ao processo penal e seu direito à mais ampla defesa devem ser preocupações de todos. As garantias que protegem a liberdade diante do violento, danoso e doloroso poder punitivo não são apenas garantias do indivíduo que, em um determinado momento, está sendo acusado de um crime. Não são garantias destinadas a proteger apenas a sua liberdade. São garantias de todos os indivíduos: visam proteger o direito fundamental de todos os indivíduos à liberdade.<sup>140</sup>

Ao abordar a famigerada garantia da ordem pública, percebe-se que na doutrina e na jurisprudência esse conceito está atrelado a periculosidade do agente, a gravidade do delito, o modus operandi e ao perigo de reiteração delitiva, nesse sentido é possível observar um completo distanciamento desse requisito com relação à verdadeira finalidade desta modalidade de prisão, ficando claro que o argumento da ordem pública atende apenas a interesses de cunho exclusivamente social.

Tal situação revela, como já foi exhaustivamente abordado, que se um sujeito realmente é presumidamente inocente, em hipótese alguma seria possível fazer qualquer tipo de ilações acerca da sua periculosidade, ou a crueldade do delito, pois é o processo que se encarregará de “dizer” se o sujeito cometeu ou não o crime. Sendo assim, antes do trânsito em julgado, os únicos receios plausíveis que poderiam rodear o processo seria uma provável fuga, ou ainda a obstrução da instrução. Apenas com o cometimento de algum desses atos que o princípio da presunção da inocência pode (e deve) ser relativizado.

Nesta senda, percebe-se um clamor social em busca de rápidas e eficazes soluções quanto à criminalidade, que diante da insuficiência de conhecimentos jurídicos não se importam com o sacrifício de garantias, seja a que custo for,

---

<sup>140</sup> KARAM, Maria Lúcia. Liberdade, Presunção de Inocência e Direito à Defesa. Vol. 5. Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2009. p. IX

mas quando eles mesmos se veem envolvidos num processo criminal, obviamente clamam por todas as garantias.

Novamente Maria Lucia Karam com maestria se posiciona sobre o tema:

A divisão entre quem se considera "cidadão de bem" e aponta outros indivíduos como "criminosos" ignora essa igualdade essencial entre todos os seres humanos. É uma divisão que tem origem em ideias totalitárias que marcam pessoas como "criminosas", "delinquentes", "terroristas", "dissidentes", "diferentes", "inimigos", "não-pessoas". Tal divisão ignora o reconhecimento dos direitos fundamentais e é incompatível com a democracia. É tendo em conta a dignidade inerente a cada um dos indivíduos que as normas inscritas nas declarações internacionais de direitos e nas constituições democráticas proclamam a presunção de inocência, construindo uma situação de inocência e reconhecendo um estado de inocência a todos os indivíduos<sup>141</sup>

Nesse espeque, as pressões sociais se mostram tão implacáveis que o Estado, acaba cedendo a essa pressão e busca por medidas meramente simbólicas para reprimir esses fatores, através da criação de novos tipos, o maior recrudescimento das penas e, no caso específico das prisões provisórias, a utilização da medida que a população mais gosta: a prisão cautelar. Nessa senda, merece destaque a hipótese menos trabalhosa de fundamentar esse tipo de prisão é a garantia da ordem pública, pois dada a sua plurissignificância, nela tudo cabe, tudo pode.

Oportunamente, convém salientar que não assusta em nada o posicionamento da sociedade, formada em sua grande maioria de pessoas "ignorantes", preocupante mesmo é observar que aquele que detém em suas mãos o poder para aplicar essas medidas age na grande maioria das vezes como um leigo, se deixando influenciar por questões extraprocessuais, o que compromete completamente as suas decisões.

Além do fato de ser preso, o que por si só já é algo bastante tormentoso, devemos observar que as prisões trazem consigo toda uma carga negativa e uma projeção social daquele indivíduo, sendo algo completamente vexatório, ou seja, o imputado arca com tamanho ônus com base no risco que ele supostamente gera à ordem pública. Seria mais honesto a inversão da lógica da presunção da inocência, devendo dar lugar a presunção de culpabilidade;

---

<sup>141</sup> *Ibidem.* p 3 a 4



percebe-se uma mentalidade completamente equivocada de que responder ao processo em liberdade é um sinônimo de impunidade.

Por fim, no campo das prisões preventivas no processo penal, é possível salientar que:

“A inscrição da presunção de inocência na Lei Maior, da mesma forma que ocorre em relação a outros princípios do liberalismo, cumpre apenas a função político-retórica de inculcar no cidadão a ideia de que o direito penal é aplicado com observância de todas as garantias para o acusado, considerado inocente antes de uma condenação definitiva”.<sup>142</sup>

### **5.5.1. Conflito entre normas e princípios: A prevalência do neoconstitucionalismo**

Após a análise a respeito do princípio da presunção de inocência e da garantia da ordem pública prevista pela norma processual penal, foi possível identificar um claro conflito entre uma norma e um princípio de natureza constitucional, nesse sentido deverá ser feita a confrontação entre esse princípio e essa norma para aferir qual deles gozaria de aplicabilidade.

Ocorre que, para realizar essa análise constitucional a respeito desse conflito, deverá ser levada em consideração uma abordagem feita sob a luz do neoconstitucionalismo e as suas implicações.

Convém, no entanto, estabelecer a importância do neoconstitucionalismo e qual é a importância da sua utilização para dirimir essa situação de conflito. Sobre o neoconstitucionalismo, é importante esclarecer que ele está diretamente relacionado à uma nova lógica voltada para a concretização de direitos fundamentais, analisados de acordo com o contexto de um estado democrático de direito.

Sobre esse tema, merecem destaque os ensinamentos de Eduardo Cambi:

O neoconstitucionalismo está voltado à realização do Estado Democrático de Direito, por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais. Aposta no caráter transformador das Constituições modernas, pois, como utopias de direito positivo, servem como norte capaz de orientar as necessárias mudanças sociais. Neste sentido, não se pode ignorar a advertência de Macpherson: "Só sobreviverão as sociedades que melhor possam satisfazer as exigências do próprio

---

<sup>142</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo. Saraiva. 1991. p.2.

povo no que concerne à igualdade de direitos humanos e à possibilidade de todos os seus membros lograrem uma vida plenamente humana” Todavia, as aspirações reformistas começam pela educação dos cidadãos, os quais precisam compreender, criticamente, a sociedade e os possíveis mecanismos para a sua transformação.<sup>143</sup>

Diante do exposto, podemos observar que o neoconstitucionalismo demonstra uma preocupação bastante elevada com os direitos fundamentais e a sua aplicabilidade, sendo o seu verdadeiro cerne.

Após as premissas fixadas a respeito do neoconstitucionalismo é chegado o momento de realizar a confrontação da presunção de inocência com a garantia da ordem pública e compreender as implicações constitucionais nessa temática.

Primeiramente, como já foi amplamente discutido anteriormente, não podemos entender a presunção de inocência apenas como um princípio, mas também como um direito fundamental assegurado pela constituição e por tratados internacionais.

Depois disso, passamos à uma análise da garantia da ordem pública, prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal, como já foi exaustivamente exposto durante esse trabalho, nos filiamos ao posicionamento de que a garantia da ordem pública fere a constituição federal por uma série de motivos, dentre eles os principais são: ausência de cauteridade desse fundamento, indeterminabilidade desse conceito, o que viola a taxatividade da lei penal e processual penal, e finalmente a criação de presunções em relação ao risco de reiteração delitiva e outros fatores.

Primeiramente, é possível observar, que não há o menor resquício de dúvida acerca da impossibilidade de coexistência harmônica dessas duas figuras, pois elas são completamente antagônicas por si sós, pelos motivos amplamente expostos ao longo desse trabalho.

Após essas considerações, se faz necessário colocar na balança e sopesar qual desses dois elementos possui uma maior relevância sob o ponto de vista constitucional, para isso devemos nos atentar para o critério hierárquico, nesse

---

<sup>143</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos Fundamentais, Políticas públicas e protagonismo judiciário.** São Paulo. Revistas dos Tribunais. 2009 P. 27.

caso a presunção de inocência encontra amparo na Constituição Federal, não havendo em hipótese alguma a possibilidade de afastar a presunção de inocência, além disso merece destaque a posição de direito fundamental assumida pela presunção de inocência, fator que dificulta ainda mais nessa relativização.

O que deveria ser feito era uma reinterpretação da garantia da ordem pública sob a luz do princípio da presunção de inocência, por ser esse princípio hierarquicamente superior a essa norma, além de ocupar uma posição de direito fundamental. Acontece que, não é possível em hipótese alguma a reconstrução da garantia da ordem pública, pois ele não é um instituto de natureza processual penal, não tem vinculação nenhuma com a causalidade, o que se tornaria um verdadeiro empecilho para essa reinterpretação, pois esse requisito é como “um solo infértil, nada que seja plantado nele dará resultado” visto que as bases são equivocadas.

#### **5.6. O Neoprocessualismo como baliza (re) interpretativa do processo penal garantista**

É notória a profunda disfunção que o processo penal tem assumido em virtude da adoção de diversas teorias emergenciais, como forma de “apagar incêndios” no processo penal. Desse modo, é imprescindível que ocorra uma reinterpretação do processo penal através de uma análise sob o prisma do Neoprocessualismo constitucional.

Com o fenômeno da jurisdicização dos direitos constitucionais, é possível observar que o processo vem começando a assumir um caráter unitário, em que a jurisdição constitucional deve prevalecer em detrimento a uma análise meramente “processual” isolada, isso é uma evolução bastante positiva na seara dos direitos constitucionais, sendo responsável pela aproximação dos sistemas processuais, penal e civil, em virtude da convergência nesses direitos em um único direito, no caso o direito constitucional.

Com o passar do tempo foi possível observar que não bastava que o estado assegurasse de modo subjetivo os direitos fundamentais, pois eles deveriam

ser efetivados, nesse contexto tem surgido a necessidade de ampliação da jurisdição constitucional, principalmente em decorrência da transição para o Estado Democrático de Direito.

Com essa transição, é importante que o ordenamento jurídico seja oxigenado, principalmente aquelas leis mais antigas, que deverão ser urgentemente reinterpretadas sob um viés constitucional.

Não poderia ser diferente com relação ao processo penal, uma lei datada de 1941, o que por si só já demonstra uma incompatibilidade com a nossa constituição. Com essa finalidade surge o Neoprocessualismo, com o escopo de reaproximar as leis processuais infraconstitucionais com a nossa constituição.

Se a constituição é vista como a lei maior, o resultado não poderia ser diferente, a não ser a convergência dos sistemas processuais, minimizando todas as questões extrínsecas e ratificando a sua raiz comum.

Nesse contexto é preciso adequar a leitura processual penal à nossa constituição, tal situação requer bastante esforço, principalmente nesse momento em que o simbolismo do direito penal tem ganhado cada vez mais força, em virtude da crença social na necessidade do recrudescimento do sistema penal.

Nesse sentido, trata-se de uma tarefa bastante árdua a utilização do Neoprocessualismo como baliza interpretativa para que consigamos alcançar um processo penal eminentemente garantista e plural.

No momento em que a sociedade se encontra no ápice do desenvolvimento de conquistas vinculadas aos direitos fundamentais, também vivenciamos um dos momentos mais críticos do direito e do processo penal, que é a espetacularização do processo penal e o fortalecimento de teorias como por exemplo a do processo penal do inimigo.

Nesse sentido, para conseguirmos alcançar um processo penal garantista que seja devidamente respeitado é imprescindível afastar toda de qualquer teoria “populista” voltada para o processo penal, além disso é necessário reaproximar a constituição do processo penal, que deve passar a ser visto como um vetor para concretização de garantias fundamentais.

## **6. Conclusão:**

No curso desse trabalho foi possível observar a inconstância no posicionamento do estado com relação ao Processo Penal, não existe um único motivo específico para esses acontecimentos, mas uma série de fatores que acabam influenciando nesse tipo de postura por parte do ente público, percebe-se que cada vez mais o estado tem flexibilizado garantias e relativizado direitos fundamentais no afã de reprimir a criminalidade.

Ocorre que, como já foi exaustivamente exposto no presente trabalho, o poder judiciário nunca teve e nunca poderá ter o papel de “braço armado” do estado, não lhe cabendo a função de controle da criminalidade e de repressão à violência, muito pelo contrário, o judiciário não deve se imiscuir nessa temática, justamente por interferir na parcialidade do julgamento que será feito.

Percebe-se que muito embora já tenhamos abandonado no plano teórico o sistema inquisitorial, ainda assim, parece que essa realidade não chegou até os Tribunais, pois a “prática forense” tem sido cada vez mais de um juízo inquisidor, que atua na grande maioria das vezes como “dono do processo” assumindo uma posição de xerife.

Por outro lado, merece destaque que não é o objetivo desse trabalho fechar os olhos para a realidade da nossa sociedade e fingir que nada está acontecendo, pois de fato a violência tem crescido assustadoramente no nosso país e é uma situação e deixa toda a população bastante apreensiva.

No entanto, é preciso filtrar todas as informações que nos deparamos todos os dias, de fato o fenômeno da globalização e da difusão da informação tem ajudado a disseminar na população uma situação de temor, mas é preciso bastante cautela, pois é pautado nesse argumento que teorias de relativização de garantias e de direitos fundamentais tem ganhado força e colocado em xeque o processo penal garantista.

É perfeitamente compreensível o papel da mídia enquanto forma de noticiar e retratar a sociedade brasileira, mas tem-se observado uma verdadeira espetacularização do Processo Penal, provocando a sociedade para pressionar o poder judiciário em busca de decisões “justiceiras”, transferindo a culpa de

um problema endêmico, a segurança pública, para o judiciário e também o legislativo.

Nesse panorama que começam a “brotar” as teorias do direito penal do inimigo, do direito penal do autor e diversas outras, que se aproveitam desse “clima de insegurança” que muitas vezes é algo planejado propositalmente para que essas teorias tenham cada vez mais alcance.

Em verdade, tem-se observado que todos os problemas da sociedade têm sido transferidos para o direito penal e para o processo penal, como se ele fosse o responsável por resolver todas essas questões, enquanto na verdade esses problemas são muito mais profundos, relacionados com questões estruturais da nossa sociedade e do nosso país.

A pretexto do “crescente aumento da violência” observa-se a implementação de um processo penal do inimigo, processo penal de exceção, processo penal de emergência. Ou seja, tudo menos um “PROCESSO PENAL”, em que garantias são respeitadas e asseguradas a todos independentemente de condição social, que direitos fundamentais previstos na constituição sejam amplamente assegurados e que a “regra do jogo” seja a mesma do início ao fim, evitando-se surpresa para as partes.

Diante dessa sobrecarga de expectativas do Poder Judiciário, é possível presenciar um verdadeiro “ativismo judicial” em que os juízes se sentem na obrigação de apresentar respostas para a sociedade, assumindo o papel de inquisidor e fazendo verdadeiros “malabarismos” para manter um indivíduo preso ou conseguir uma condenação sem provas robustas.

No cenário das prisões provisórias, percebe-se cada vez mais um recrudescimento do poder judiciário, que ao invés de utilizar as prisões provisórias dentro da característica da excepcionalidade, têm transformado ela na regra.

Atualmente o Brasil conta com centenas de milhares de presos provisórios, correspondendo a mais de um terço do número de presos no país, ainda assim existem aqueles que insistem em afirmar que o Brasil é “tolerante” em suas Leis.

Dentro desse panorama das prisões preventivas contamos com a garantia da ordem pública como um dos fundamentos de maior aplicabilidade nas decisões responsáveis pela decretação das prisões. Já amplamente discutida no curso desse trabalho, conclui-se que a prisão preventiva viola em diversos aspectos a nossa constituição.

Primeiramente é necessário esclarecer que tanto a garantia da ordem pública como a ordem econômica não possuem sequer a característica de cauteralidade, já que elas não foram concebidas para resguardar o processo, mas a sociedade, nesse sentido já é notória a deturpação das medidas cautelares e a violação clara ao devido processo legal.

Num segundo plano temos ainda a indeterminabilidade conceitual da garantia da ordem pública, que possui uma margem de subjetividade bastante significativa, repercutindo diretamente no princípio da taxatividade, em que o sujeito só pode ser punido por aquilo que a lei prevê de modo expresso e claro, não pautado em meras presunções.

Por fim e mais importante de todos temos o conflito da garantia da ordem pública com a presunção de inocência, nessa seara foi possível verificar uma grande divergência, em que alguns admitem a relativização da presunção de inocência em detrimento da necessidade de garantir a ordem pública, desde que existam motivos relevantes para a adoção desse posicionamento.

Por outro lado, existem aqueles que a presunção de inocência não pode ser relativizada em hipótese alguma em detrimento da garantia da ordem pública, corrente com a qual me filio, justamente por entender que a garantia da ordem pública é um instituto que “caiu de paraquedas” no processo penal, não existindo nenhum tipo de estudo ou aprofundamento que comprove a vinculação desse requisito a nenhum elemento de natureza processual penal, servido meramente como um instrumento de controle social.

Convém salientar que não estamos atribuindo à presunção de inocência um caráter de direito fundamental absoluto, mas apenas não reconhecemos a garantia da ordem pública como forte o suficiente para que enseje a relativização de um direito que foi fruto de uma árdua conquista da humanidade.

No mesmo sentido, é possível que a presunção de inocência seja relativizada em detrimento de fundamentos que são dotados de cauteridade em sua essência, como é o caso da conveniência da instrução criminal e da necessidade de assegurar o cumprimento da lei penal, desde que devidamente fundamentado, pois esses requisitos estão em plena consonância com a sistemática processual penal.

Após a análise e reflexão acerca do desvirtuamento do processo penal, é preciso compreender a necessidade urgente de resgatar o processo penal brasileiro, que se encontra atualmente em uma fase bastante problemática, em que a sociedade enxerga a redução de garantias e relativização de direitos como um avanço enquanto em verdade trata-se de um profundo retrocesso.

Como já foi dito anteriormente, direitos fundamentais são aqueles provenientes de lutas e conquistas históricas de toda uma população, que conseguiu adquiri-lo através de muito esforço e que durante muito tempo lidou com violações.

Nesse sentido, o processo penal deve ser observado como um vetor de direitos fundamentais, sendo assim, qualquer relativização de direito ou garantia deve ser encarado como um profundo retrocesso social, afinal trata-se de um direito de todos e não apenas de alguns.

O Processo Penal não pode ser visto como algo voltado apenas para o outro, para o inimigo, para o (não) “cidadão de bem”, mas deve ser enxergado como um processo penal de todos, em que por uma situação meramente circunstancial é aquele sujeito que está sendo julgado e punido, assim como poderia ser com qualquer outra pessoa.

É imprescindível democratizar o processo penal e enxergá-lo como um processo penal equitativo, garantista e que respeite os direitos fundamentais e as liberdades individuais de cada um, sob pena de retornarmos ao estado de selvageria vivenciado durante a idade média, com os famosos Tribunais de Inquisição.



## 7 REFERÊNCIAS:

ARAGONESES, Pedro Alonso. **Instituciones de Derecho Procesal Penal**. 5. ed. Madri: Editorial Rubí Artes Gráficas, 1984.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. **Ônus da prova no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. Gustavo Henrique. **Direito processual penal**. 2. ed. Rio de Janeiro. Elsevier. 2009. Tomo II.

BANACLOCHE PALAO, Julio. La Libertad Personal y sus limitaciones. Madri. Mc Graw Hill, 1936, p. 22 apud LOPES JUNIOR, Aury. **O Novo Regime jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011,

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova Edição. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 4ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares** 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil. V III**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2001.

CÂMARA, Luiz Antônio. **Prisão e Liberdade provisória**: Lineamentos e Princípios do Processo Penal Cautelar. Curitiba: Juruá, 1997.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos Fundamentais, Políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo. Revistas dos Tribunais. 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo Penal**. 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

\_\_\_\_\_, Francesco. **Leciones Sobre el Proceso Penal**. Trad. Santiago Sentins Melendo. Tomo II. Buenos Aires, 1950, apud LOPES JUNIOR, Aury. **O Novo Regime jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011,

CARVALHO, Américo Taipa. **Sucessão de Leis Penais**, Coimbra Editora, 1990,.Apud MOREIRA, Romulo de Andrade. **A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e As Demais Medidas Cautelares**. Porto Alegre, Lex Magister. 2012.

CARVALHO, Salo. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. Dell' azione nascente del contrato preliminare. Rivista di diritto commune. 1911 e posteriormente, Saggi di diritto processuale civile. Roma 1930, v1.. apud RAMOS, João Gualberto Garcez. **A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro**. Belo Horizonte- Del Rey. 1998.

CHOUKR HASSAN, Fauzi. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002

CONDE, Muñoz. **Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal**. Buenos Aires: Depalma: 2000.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Raízes da Sociedade Criminógena**, Costa. 2ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris.2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Prefácio. Aury Lopes Junior. In: **Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FAIREN GUILLEN, Víctor. **El Jurado** - Cuestiones Prácticas, Doctrinales y Políticas de las Leyes Españolas de 1995. Madri: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997.

FARIA JUNIOR, César de. **O Processo Penal Do Inimigo, Os Direitos E Garantias Fundamentais E O Princípio Da Proporcionalidade** 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3º ed. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006

FILHO, Antônio Magalhães Gomes. **Medidas Cautelares no Processo penal: Prisões e Suas Alternativas: Comentários a Lei 12.403/11**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRAGOSO, Claudio Heleno. **Lições de direito penal: A nova parte geral** 10ª ed. rev por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense. 1986 p. 173-174 *apud* RAMOS, João Gualberto Garcez. **A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro**. Belo Horizonte- Del Rey. 1998.

GARCIA, Débora Faria. **Novas Regras de Prisão e Medidas Cautelares: Comentários à Lei 12.403/11**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Politicos del Proceso Penal**. P.8 apud. LOPES JUNIOR, Aury. **O Novo Regime jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Medidas Cautelares no Processo penal: Prisões e Suas Alternativas: Comentários a Lei 12.403/11**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo. Saraiva. 1991. p.2.

GOMES, Luiz Flávio. Estudos de direito penal e processo penal. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. Prisão e Medidas Cautelares, comentários à Lei 12.403 de 4 de maio do 2011 P. 149

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14ª ed. Rio de Janeiro. Impetus. 2012.

<http://badaroadvogados.com.br/o-onus-da-prova-no-habeas-corporis-in-dubio-pro-libertate.html>

<http://emporiododireito.com.br/garantia-da-ordem-publica-fundamentacao-generica-constitui-meio-abusivo-de-decretacao-da-prisao-preventiva-segundo-o-procurador-de-justica-romulo-de-andrade-moreira/>

<http://jus.com.br/artigos/34514/a-nova-lei-da-prisao-preventiva-e-o-novo-requisito-para-a-sua-decretacao>.

<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15923258/habeas-corporis-hc-101705-ba>

<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22085112/habeas-corporis-hc-111244-sp-stf>

<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22324939/habeas-corporis-hc-109209-mg-stf>

<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2939364/habeas-corpus-hc-89090-go>

<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4305319/habeas-corpus-hc-96579-mg>

<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6078777/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-101705-ba-stf>

<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21924487/habeas-corpus-hc-237404-rj-2012-0062376->

<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-penal-do-inimigo/3624>

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61762-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>

<http://www.lanacion.com.ar/826258-el-enemigo-tiene-menos-derechos-dice-gunther-jakobs>

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)

Acessado em 30 de setembro de 2015.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm).

<https://colectivociajpp.files.wordpress.com/2012/08/criminologic3ada-aproximacic3b3n-desde-un-margen-zaffaroni.pdf>

[https://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/52-ARTIGO](https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/52-ARTIGO)

<http://jus.com.br/artigos/9120/a-natureza-juridica-da-ordem-publica-e-o-clamor-publico-como-fundamento-da-prisao-preventiva/2>

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 4<sup>o</sup> ed. Organização e tradução: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2009.

KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, Presunção de Inocência e Direito à Defesa*. Vol. 5. Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2009.

LIMA, Marcellus Polastri. **Tutela Cautelar no Processo Penal**. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão cautelar Doutrina, Jurisprudência e Prática**. Niterói, Impetus, 2011.

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

\_\_\_\_\_, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas: Lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_ Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MALTA, Tostes, **Da Prisão Preventiva**. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1992.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal Vol. 1**. Campinas: Bookseller. 1998.

MEIREIS, Manuel Augusto Alves. **O Regime das Provas Obtidas Pelo Agente Provocador em Processo Penal**. Coimbra: Almedina. 1999. Pag. 21 apud Paulo Rangel Ibook

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

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2008.

MORAES. Mauricio Zanoide. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para decisão judicial**. Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2010.

MOREIRA, Romulo de Andrade. **A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e As Demais Medidas Cautelares**. Porto Alegre, Lex Magister. 2012

MOREIRA, Rômulo. **Curso Temático de Direito Processual Penal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal*, Rio de Janeiro: Editora REVAN, 1990,

NUCCI, Guilherme de. **Código de processo penal comentado**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 560.

OLIVEIRA, Eugênio Pacielli de. **Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: A Reforma da Lei nº. 12.403/11**. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_, Eugênio Pacielli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória: Doutrina Jurisprudência e Legislação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ORTELLS RAMOS, Manuel; MONTON REDONDO, Alberto; MONTERO AROCA, Juan & GOMEZ COLOMER, Juan-Luiz. **Derecho Jurisdiccional — Proceso Penal**, vol. III. Barcelona: Bosch Editor, 1996.

PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barros da. **Prisão Preventiva e liberdade Provisória a Reforma da lei 12.403/11**. São Paulo, Ed. Atlas. 2013

PACHECO, Denílson Feitoza. **Direito Processual Penal. Teoria, Crítica e Praxis** 7ª Ed. Rio de Janeiro, Impetus. 2010,

PELLEGRINI GRINOVER. A tutela preventiva das liberdades: Habeas-Corpus e mandado de Segurança. In: **Revista AJURIS**, n.º 22.

PINHO, Ana Claudia Bastos de. **Direito Penal e Estado Democrático de**

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico Penal e Constituição*. 3ª Ed. rev. atual. São Paulo, Revista dos Tribunais. 2003.

PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal: Fundamentos e Teoria do delito**. 7º ed. Tradução Claudia Viana Garcia. 7º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro**. Belo Horizonte- Del Rey. 1998.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011 (versão digital).

SANGUINÉ, Odone. A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva. In: **Revista de Estudos Criminais**, n.º 10, Porto Alegre, Dez, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. amp. São Paulo, Saraiva. 2015; p. 297.

stj/inteiro-teor-21924488

TÁVORA, Nestor e Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de Direito Processual Penal**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução Penal, Prisão e Liberdade**. São Paulo, Saraiva. 1980,

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Criminología: Aproximación desde un margen**. Bogotá Colômbia, Editorial Temis. 1988.